

**REFORMA A LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS
-ANÁLISIS CRÍTICO-**

**JENNY ALEXANDRA GUERRA VILLARREAL
ALEJANDRO FELIPE SANCHEZ CERON**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2007**

**REFORMA A LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS
-ANÁLISIS CRÍTICO-**

**JENNY ALEXANDRA GUERRA VILLARREAL
ALEJANDRO FELIPE SANCHEZ CERON**

**Trabajo de grado para optar al título de:
Especialistas en Derecho Administrativo**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2007**

**“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado son de
responsabilidad exclusiva de su grado”.**

**Artículo 1º del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966.
Emanado del Honorable Consejo Directivo de la
Universidad de Nariño**

NOTA DE ACEPTACIÓN

ARMANDO BENAVIDES CARDENAS
ASESOR

ARMANDO SALAS
JURADO

CARLOS VELASCO MARTINEZ
JURADO

APROBADO

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
1. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS CONTRACTUALES	11
2. VISIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	13
3. LA DIFERENCIA ENTRE LICITACIÓN Y CONCURSO	15
4. PASOS DE LA LICITACIÓN: REPORTE A CÁMARA DE COMERCIO.....	17
5. PLIEGO DE CONDICIONES, NATURALEZA JURÍDICA Y REPERCUSIONES FRENTE AL CONTRATO	19
6. PREPARACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES O TÉRMINOS DE REFERENCIA, ASPECTOS A TENER EN CUENTA.	21
7. ESTUDIOS PREVIOS DE CONVENIENCIA, NECESIDAD Y OPORTUNIDAD Y OTROS ESTUDIOS RELACIONADOS CON LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	24
8. LOS PLIEGOS DE CONDICIONES, DIFICULTADES QUE SE PRESENTAN EN SU ELABORACIÓN Y APLICACIÓN	27
9. LA POSIBILIDAD DE SUBSANAR, CORREGIR O ACLARAR ALGUNOS ELEMENTOS DE LA PROPUESTA O DEJAR DE CONSIDERAR Estrictamente los requisitos de los pliegos.....	31
10. LA IRREVOCABILIDAD DE LAS OFERTAS Y CASOS EN LOS CUALES NO OPERA: ERRORES ARITMÉTICOS	37
11. EL MITO DE LA MENCIÓN DE MARCAS EN LA DESCRIPCIÓN DE LOS OBJETOS A CONTRATAR EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES.....	44
12. EL SEÑALAMIENTO DE PRECIOS EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES..	48
13. LA CONTRATACIÓN A PRECIOS UNITARIOS Y A PRECIO GLOBAL	49
14. ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO: NO DE NI LO UNO NI LO OTRO	56
15. LA PUBLICACIÓN DE LOS PRE-PLIEGOS, DE PLIEGOS DEFINITIVOS Y ACTO ADMINISTRATIVO DE APERTURA	61

16. ¿EL ACTO ADMINISTRATIVO DE APERTURA SE PUEDE REVOCAR?	65
17. LA OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL Y REGISTRO PRESUPUESTAL	67
18. PUBLICACIÓN DE AVISO EN DIARIO DE AMPLÍA CIRCULACIÓN EN EL TERRITORIO DE JURISDICCIÓN DE LA ENTIDAD QUE ADELANTA EL PROCESO	69
19. VENTA O RETIRO DE LOS PLIEGOS E INSCRIPCIÓN ¿TIENEN LAS ENTIDADES COMPETENCIA PARA COBRAR UN VALOR POR LOS PLIEGOS DE CONDICIONES?.....	71
20. ACLARACIONES DE LOS INTERESANTES Y AUDIENCIA DE PRECISIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS PLIEGOS	75
21. PLAZO DE LA LICITACIÓN Y POSIBILIDAD DE PRORROGARLO	77
22. LA PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS DESDE EL ASPECTO FORMAL ...	78
23. REVISIÓN Y EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS	80
24. ADJUDICACIÓN O DECLARACIÓN DE DESIERTA DE LA LICITACIÓN O CONCURSO ¿EL ACTO DE ADJUDICACIÓN ES IRREVOCABLE?.....	83
25. LA CONTRATACIÓN DIRECTA: PROCEDIMIENTO	87
25.1 La Contratación Directa ¿Qué tan directa es?	87
25.2 Procedimiento de la Contratación Directa	89
26. DECLARACIÓN DE DESIERTA DE LICITACIÓN, CONCURSO O CONVOCATORIA PÚBLICA.....	91
27. ¿HASTA DONDE LLEGA LA OBLIGACIÓN DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL FUNCIONARIO QUE DELEGA LA REALIZACIÓN DE LAS ETAPAS PRE-CONTRACTUALES Y CONTRACTUALES EN SUS INFERIORES?	92
CONCLUSIONES	98
BIBLIOGRAFIA	99

RESUMEN

El trabajo analiza desde un sentido extremadamente crítico los procesos de selección de contratistas, a partir de un presupuesto básico, la estructura de su diseño sólo influye en intensificar la famosa paquidermia de la administración pública y en perjudicar a los funcionarios encargados de su impulso.

En esencia, se estudian las diferentes etapas que deben cumplirse para que la satisfacción de una necesidad de la sociedad empiece a tener cabida, como lo es la celebración del contrato estatal, discutiendo si la secuencia prolongada, extensa y reiterativa de las mismas, respaldada en el argumento de poner frenos a la corrupción, lo que en últimas hace es incrementar los costos sociales y administrativos que la sociedad debe pagar, mismos que hasta el momento nadie ha calculado.

Por ello, se expone un panorama de los principales inconvenientes que se presentan en la vida práctica de la contratación estatal, destacando cómo todos ellos a veces no son ni siquiera sospechados por quienes se encargan de la labor de control, aquellos que observan todo desde la cumbre, es decir, cuando todo está concluido y donde, cómo es lógico, la labor juzgadora se muestra más sencilla.

Es por esto que, frente al criterio siempre restringido y riesgoso con el cual generalmente se observa a los procesos contractuales, se propone otro, totalmente distinto, en el cual el prisma de la buena fe –artículo 83 de la Constitución Política– se abre en toda su extensión y aunado al principio de eficacia administrativa, permite un manejo más práctico y a su vez garantista de los mismos.

Menos pasos, menos publicaciones, mayor credibilidad en el funcionario público, mayor rapidez en la solución de los problemas de la comunidad, son las banderas que enarbola este trabajo, además de hacer un estudio sencillo y didáctico de los diferentes pasos contractuales y su correcta aplicación en los casos concretos.

ABSTRACT

This work analyzes the processes of contractors selection critically and based on a basic budget. The structure of its design only emphasizes the famous laziness of public administration and the tendency to adversely affect employees that promote progress.

In essence, it studies the different steps to be followed in order to get community needs to start to be fulfilled. One of such steps is celebration of the state contract in which you discuss if extended and repetitive sequence of statements pretending to stop corruption are of any good or if they only increase social and administrative costs paid by the community. These costs have never been estimated by anyone.

For this reason, the work unfolds the main problems involved in the making up of state contracts; pointing out the fact that those problems are not even suspected by the state control system. The controller personnel watch events from the top and when everything has been done and from where supervision becomes a routine event.

That is why, narrow and risky criteria of contract processes are usually replaced by a completely different one in which the prism of good faith-article 83 of the Constitution, widely unfolds and together with the principle of administration efficiency allow a practical and guaranteed handling of contracts.

Less steps, less printing, more credibility on the public employee, speedy solution of community problems are the key topics of this work. It also makes a simple and didactic study of various contract steps and of its appropriate use in concrete cases.

INTRODUCCIÓN

Hablar de contratación estatal en este momento es –guardadas las proporciones- como hablar del mundial de fútbol de Italia 90; estaba tan reglamentado, tan normatizado, que era imposible jugar sin hacer faltas.

El resultado no pudo ser otro, no aparecieron los jugadores talentosos, los partidos fueron aburridos, sin dinámica ni creatividad.

El jugador que se atrevía terminaba sacrificado, como le paso a Caniglia, quien dejó de jugar con Argentina la final de ese mundial, pues el reglamento no permitía que las tarjetas amarillas fueran borradas.

La FIFA aprendió y modificó su normatividad para permitir mayor participación de los talentosos, sin sacrificarlos. Nuestra administración pública, al contrario, sigue sufriendo las consecuencias de una exagerada reglamentación, haciendo que la violación de sus normas, no sea una cuestión voluntaria, sino casi necesaria.

Para los que sienten y viven esa situación y no quieren dejar de jugar la final, está hecho este trabajo.

Pero si lo que Usted pretende es encontrar aquí una manera de ser corrupto sin ir a la cárcel, es mejor que no siga leyendo este trabajo. Si ha vivido en carne propia lo que cuesta el exagerado control en la contratación estatal, lo que tarda en realizarse un proceso de selección, la oleada de quejas y reclamos, se ha visto “empapelado” y ha sentido que una administración pública no puede seguir funcionando en ese estado, le recomendamos seguir leyendo este trabajo.

Se parte de las percepciones usuales: todo funcionario público –cuando de contratación estatal se trata- es corrupto por naturaleza, agregándole a ello, la otra de que todo funcionario público es pobre tanto económica como intelectualmente y por ello, en sus actuaciones, solo busca el interés particular.

Tampoco podemos olvidar la idea general que se tiene de que solo por excepción hay poquísimos funcionarios que por voluntad de la divina providencia, quieren algo más, buscan un mejor porvenir para sus hermanos, para su comunidad, para su Estado. Son aquellos funcionarios que para nosotros sí son la mayoría y tienen mucho más en sus mentes que robarle al Estado, pero que tropiezan con los obstáculos que la misma ley ha puesto, pensada como está para una función pública movida por la corrupción –cuando se mueve- y que no tienen otra opción que buscar la forma de violar la ley para poder actuar.

Adelantemos también, que en lo posible, hemos intentando obviar citas jurisprudenciales, pues creemos que ningún servicio le presta al derecho contractual, sentencias que se producen a diez o más años de sucedidos los casos que resuelven y que la mayoría tratan sobre asuntos todavía regidos por el antiguo estatuto contractual -Decreto Ley 222 de 1983-.

Con estas premisas y luego de aclarar posibles falsas expectativas, comencemos nuestra tarea, no de aprender a hacer goles con la mano sin que el árbitro nos vea, sino a analizar los temas contractuales desde una mirada crítica que talvez nunca antes se había expuesto.

1. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS CONTRACTUALES

Existen tres principios básicos que orientan la interpretación de las normas contractuales del Estado, son el principio de Transparencia –Art. 24 de la ley 80 de 1.993-, el principio de Economía –Art. 25 Ibídem- y el principio de Responsabilidad –Art. 26 Ibídem-; su aplicación a los casos prácticos, solo ha confirmado que el manejo de principios en el derecho es una cuestión que depende de quien los aplica, pues si bien una cosa es lo que piensa de ellos la administración, otra muy distinta piensan los encargados de controlarlo.

Así, para la administración, como es lógico, prima el principio de economía, la eficiencia en los trámites contractuales, por encima de las formas y los procesos, por ello acude a dar prioridad a los requisitos esenciales por encima de los irrelevantes, es dada a subsanar, a corregir y aunque planea, sabe que no todo sale como está planeado y se da la oportunidad de rectificar.

Pero para quien ejerce la función de control, lo que prima es el principio de transparencia y de responsabilidad, contemplado en lo que pareciera es su premisa básica, entre más complicado, más transparente.

Bajo su concepción, la administración no tiene por qué realizar interpretaciones “arriesgadas” sobre las normas contractuales, lo que implica que si tiene dudas sobre la aplicación de ellas acuda a una interpretación en todo caso restringida, por ejemplo, si tiene dificultades en determinar si el proceso contractual que debe seguir para determinado objeto, consiste en una licitación o más bien en una contratación directa, escoja la primera opción¹.

En ese ejercicio continuo de interpretaciones entre la administración y los órganos de control sobre temas contractuales, lógicamente siempre salen ganando los segundos, pues a pesar de que la propia Corte Constitucional ha señalado que, por ejemplo, el juez disciplinario no puede hacer prevalecer su propia interpretación de las normas cuando la del funcionario es plausible o razonable –Sentencia T-720 del 7 de julio de 2.005, ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto-, al momento de decidir, resulta que los argumentos de éstos son catalogados de irrazonables, inapropiados, acomodados y que solo buscan evadir supuestas responsabilidades.

¹ Despacho del Viceprocurador General de la Nación, Fallo de Primera Instancia, radicación 154-47790-00, Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, del año 2005.

Cuando nuestras altas Cortes fallan casos con posiciones totalmente contrarias, cuando cambian sus tesis de un día para otro y se enfrentan por sus posiciones jurídicas en los medios de comunicación sin ningún reparo, a ello le llamamos respetables disputas jurídicas, alta jurisprudencia o problemas de interpretación; pero cuando la misma situación se presenta entre un ente de control y la administración o un funcionario investigado, a ello lo llamamos “malabarismo jurídico”.

A este punto ha llegado la indignidad de la función pública y de sus actores, que por ello me adelanto a advertir que lo que en este trabajo se expone, son interpretaciones que se defienden desde el bando de los vigilados, con lo cual ya de entrada reconocemos ir en honrosa desventaja.

2. VISIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Nuestra función pública es excelente, es la mejor.

Lo anterior no es una mentira suelta, solo es necesario mirar las evaluaciones de desempeño de los funcionarios públicos para corroborar lo anterior, la gran mayoría están calificados con las más altas notas, así la entidad esté a punto de liquidarse.

Desde aquí empiezan a exponerse una serie de incoherencias que funcionan como naturales, que se exponen en distintos ámbitos y que nadie se atreve a plantear en sus verdaderos términos.

A partir de lo anterior, tenemos unas entidades con funcionarios públicos excelentes, pero tachadas en su gran mayoría de corruptas, ineficientes, burocráticas, politizadas y antitécnicas, por otras entidades, esas sí eficientes, técnicas, no politizadas y antiburocráticas.

De igual manera, para nadie es un secreto que los problemas más serios en la administración pública, se centran en el tema de la contratación estatal, lo cual otra vez no es coherente, si son precisamente esos funcionarios excelentes, los que tienen la responsabilidad de realizar los procesos contractuales.

Y de los problemas en contratación, hay dos que concentran en esencia la atención, el del "CVY" y el del incumplimiento de las normas que regulan el trámite contractual.

Con relación al primero, el del "CVY" o "Como Voy Yo" este documento no tiene nada más que reprocharlo, criticarlo, atacarlo y expresar que bajo ningún punto de vista se comparte, todo lo contrario, es una práctica que atenta con los recursos de todos, que nos debe poner a pensar por qué razón tenemos que pagar más caro nuestros alimentos, si ese valor adicional que cancelamos pasa al bolsillo de una persona que no tiene nada que ver con nosotros y se lo gasta en algo que no nos beneficia.

Con relación a lo segundo, el incumplimiento o violación de las normas que regulan el trámite contractual, talvez no hay un problema sino una realidad, que se traduce en la siguiente frase: funcionario que de alguna u otra forma no viole la ley que regula el trámite contractual, no es funcionario.

Entiéndase aquí, cuando hablamos de proceso contractual, el concepto en un sentido amplio, es decir, desde la parte precontractual, la contractual y la

postcontractual (términos técnicos que la doctrina ha inventando y que hasta ahora nadie puede diferenciar con claridad).

Y es que como hay tantos pasos, tantos trámites, tantos requisitos y tantas arandelas, ni siquiera nuestros “excelentes” funcionarios pueden escapar a las equivocaciones, aclarando que cuando hablamos de “equivocaciones” nos referimos a aquellas acciones u omisiones que no están dirigidas por un fin corrupto, pues si así fuera, lo que tendríamos es un problema de típico “CVY”.

Ya aclarado el objeto de este trabajo, cuestión importante para descartar de antemano los posibles títulos que pudieran equipadamente dársele a este trabajo como “El manual del buen corrupto” o “Cómo ser corrupto en sus justas proporciones”, podemos entrar en la materia.

Analizaremos para ello los procesos precontractuales, es decir, todos los pasos que se deben realizar antes del contrato, sin embargo, cuando la ocasión lo permita, trataremos indirectamente otros temas relacionados que nos faciliten desarrollar la tesis central que se sustenta.

3. LA DIFERENCIA ENTRE LICITACIÓN Y CONCURSO

En virtud del Art. 24 de la ley 80, la regla general en materia de selección de contratistas del Estado, es la licitación o concurso público de méritos; tradicionalmente se dice que la diferencia entre ambas figuras, radica trascendentalmente en el objeto, en tanto el concurso pretende seleccionar personas con unas cualidades personales especiales, que expresan su talento, creatividad, imaginación o capacidad intelectual, por encima del factor precio de su propuesta, en cambio la licitación pública es el proceso administrativo de selección que se utiliza cuando el objeto a contratar no tiene en cuenta esos factores, sino más bien que sean las características de lo que se quiere contratar, por encima de la persona que lo ejecute –obviamente dentro de unos cánones de idoneidad- lo que marque las orientaciones de la selección.

La diferencia lógica que nace entre ambos, también se dice, está en los criterios de ponderación que se tienen en cuenta, en tanto si lo que se busca es seleccionar a una persona por sus méritos, la calificación se enfoca en la experiencia o en pruebas de aplicación, en cambio para una licitación aquello no sería lo más importante, sino otros factores como el precio y aspectos técnicos.

Tradicionalmente la figura del concurso público se utiliza para seleccionar a contratistas como: arquitectos, diseñadores, pintores y demás artistas, etc., siempre y cuando no exista ninguno con una trayectoria profesional tal que amerite ser seleccionado directamente pues en este caso la norma así lo autoriza –Art. 24, numeral 1º literal d.-.

Generalmente nunca se piensa en que la firma de ingenieros para la construcción de una obra pública, puede ser seleccionada por concurso, la pregunta sería ¿A caso no puede ser posible?, en nuestro criterio nada lo impide, porque como lo advirtió el Consejo de Estado, Sección Tercera, en auto del 1º de abril de 2.004, ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, radicación 26.105, al suspender parte del artículo 4º del decreto 2170 de 2.002, nuestra ley general de contratación estatal no brinda prioridad al precio y la parte técnica sobre otras condiciones de la propuesta, como lo son la experiencia, la capacidad administrativa, financiera, operacional, etc., siendo las entidades estatales libres en determinar los criterios de selección que regirán el proceso, lo que puede implicar que en un momento determinado decidan utilizar criterios que permitan medir los méritos de los participantes para escoger a la firma que construirá la carretera, el estadio, etc. –ya es cosa de cada entidad-.

Lo anterior puede variar con los proyectos de ley que se han venido presentando desde ya hace dos años aproximadamente con la intención de modificar la ley 80 –

con pésimos resultados en el congreso hay que decirlo- que tienen la tendencia de revivir por vía legislativa, ese artículo 4 del decreto 2170 de 2002.

Si la reforma prospera, en lo que respecta a licitación pública volveremos a la idea de que lo importante es el precio y la parte técnica de la propuesta, siendo aspectos como la experiencia, la capacidad administrativa, financiera, organizacional, etc., simples aspectos habilitantes de pasa o no pasa, que no pueden jamás otorgar puntaje; sobre este criterio, ya nos referiremos en posteriores líneas, por el momento miremos el tecnicismo del proceso de selección denominado licitación o concurso.

4. PASOS DE LA LICITACIÓN: REPORTE A CÁMARA DE COMERCIO

Cabe advertir que no existe una diferencia en cuanto a pasos procesales entre las figuras de licitación o concurso público, lo que sumado a lo antes dicho, hace más frágil la diferencia que existe entre ambas figuras.

En aras de la siempre aludida publicidad de los procesos de selección, todas las entidades que se rijan por el sistema general de contratación estatal, están en la obligación de reportar a las Cámaras de Comercio, mediante un formato especial y en medio magnético, las licitaciones o concursos que realizarán en el mes siguiente, indicando objeto, valor, fecha posible de apertura, fecha posible de cierre, condiciones generales de participación que deberán cumplir los interesados, en fin, lo que la ley 80 llama: características esenciales de la licitación².

Lo anterior con la siguiente anotación: ese reporte debe realizarse dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes, con una anticipación también de un mes a la fecha de apertura de la licitación, es decir, a la fecha en que inicia el plazo para recibir propuestas³.

Si a usted se le olvida ese detalle, es decir, reportar en esos cinco días, en primer lugar en las Cámaras de Comercio –que son las encargadas de recibir esta información y reportar a la Confederación de Cámaras de Comercio Confecámaras- no se la recibirán o lo harán pero seguramente, la envían en el mes siguiente.

¿Cuál es la razón para que solo pueda enviarse dentro de esas fechas?, la respuesta que se brinda se sustenta en un argumento procesal, en el sentido de que es necesario darle espacio a las Cámaras de Comercio, para permitirles reunir de mejor forma la información y publicar conjuntamente ¿Cuánto le cuesta eso a la comunidad?.

La ley 80 de 1.993, en el artículo 22.7 solo establece el deber de remitir esa información y dejó al reglamento lo concerniente a la regulación del plazo en que dicha obligación debía cumplirse, siendo en el Decreto 856 de 1994, artículo 12, donde se consagró que la misma debería allegarse “los primeros cinco días hábiles de cada mes”, norma que como otras tantas, no se compadece con los fines esenciales que orientan los procesos de contratación⁴.

² Ver Art. 30 de la ley 80 de 1993.

³ Superintendencia de Industria y Comercio, Circular Unica 10 numeral 1.2.5.2, capítulo primero, título VIII.

⁴ Artículo 3° de la ley 80 de 1.993.

Por más planificación que exista para la contratación, a quién no se le ha presentado la necesidad de contratar a mitad de mes o al sexto día hábil siguiente: las razones son muchas, entre ellas están: porque aprobaron ese proyecto de donde venían los recursos, porque giraron tarde algunas sumas del sector central, porque se presenta una urgencia pero que talvez no pasa en la Contraloría como manifiesta, por infinidad de circunstancias que ameritarían que abramos un proceso de la forma más rápida posible; pero nada es válido si ya han pasado los cinco días hábiles y deberá esperar un mes, para que lo pueda hacer en el siguiente y de ahí otro para que empiece a recibir propuestas.

¿Por qué razón las necesidades de la comunidad, del interés general, deben someterse a unos razonamientos técnico procesales de organización tan absurdos?

¿Cuántas personas en su barrio leen mensualmente los boletines que publica Confecámaras?, pasa lo mismo que las publicaciones que el artículo 30 de la ley 80 ordena realizar en un diario de amplia circulación local, pues el argumento de que su finalidad es la de facilitarle el conocimiento a la comunidad en general, no es más que un sofisma y en ello se engaña constantemente, pues para nadie es un secreto que ese tipo de publicaciones como tantas otras que existen, tienen un destinatario especial, conformado por los únicos que incluso -en las grandes ciudades sobre todo- tienen personal especializado en leer cuanto diario se aparezca y cuanta publicación y página Web exista. Me refiero, claro está, al sector de los contratistas.

Hemos encontrado como hasta la misma Procuraduría publica sus avisos licitatorios en el Diario Oficial ¿Qué ciudadano del común lee el Diario Oficial?

Por último, para culminar este tema del engorroso reporte a Cámara de Comercio, un consejo: no intente llenar esta información solo, la verdad no es tarea fácil y mejor que busque o “contrate” un ingeniero de sistemas, de lo contrario, también corre el riesgo de que se la rechacen.

5. PLIEGO DE CONDICIONES, NATURALEZA JURÍDICA Y REPERCUSIONES FRENTE AL CONTRATO

El pliego de condiciones es un acto administrativo que no cesa sus efectos cuando termina el proceso de selección del contratista, sino que se proyecta posteriormente en el contrato a suscribirse y en las etapas de ejecución e incluso de liquidación contractual.

En ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, al decir:

“En últimas, se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación.

“Es por lo anterior que, en tanto acto jurídico prenegocial, predispuesto las más de las veces unilateralmente por la entidad que invita al ofrecimiento, es susceptible de interpretación con arreglo a los principios y reglas generales sobre la materia, sin olvidar que, la naturaleza de acto unilateral predispuesto, implica que respecto de dicho contenido, se deba aplicar a él las reglas de interpretación decantadas por la doctrina, cuando de condiciones generales se trata, esto es, que habiendo sido faccionado por la entidad licitante unilateralmente, por lo menos alguna parte de su contenido - por regla general aquél que no aparece debidamente disciplinado en el estatuto contractual - es susceptible de una valoración e interpretación, desde la perspectiva de las denominadas condiciones generales de contratación, pues que por este aspecto, dicho acto jurídico prenegocial se asimila en cuanto a su contenido a los denominados contratos predispuestos o de condiciones generales.

“Se hace la anterior precisión en atención a que la Sala entiende que, más allá de los requisitos objetivos necesarios que ha de contener el pliego de condiciones y de los criterios interpretativos que deben aplicarse a los procedimientos de selección y escogencia de contratistas que han de consultar los fines y los principios de la ley de contratación estatal, a la cabeza el de la buena fe, amén de la igualdad y equilibrio propio de los negocios conmutativos, tal cual lo dispone el artículo 28 de la ley 80 de 1993, la naturaleza de dicho acto jurídico prenegocial, en la parte del contenido que pueda calificarse de predispuesto y no reglado en el estatuto, esto es, aquél que contiene las exigencias propias de la naturaleza del negocio a celebrar, es

susceptible de depuración, e incluso de ajuste por parte del juez del contrato, solución ésta que se estima conveniente, en todos aquellos eventos que, la predisposición contenida en los pliegos de condiciones implique, bien un abuso de posición de la administración ora se concrete en cláusulas vejatorias o leoninas, que vayan en desmedro de los oferentes o bien de los contratistas.

“...

“Sobre el particular ha de recordarse que el pliego de condiciones en tanto conjunto de cláusulas redactadas por la administración, de carácter obligatorio y vinculante, puede estar integrado por cláusulas que cumplen una función diferente como que algunas están orientadas a desarrollar el proceso de selección, en tanto otras se habrán de proyectar en el negocio definitivo.

“La doctrina ha establecido tres clases de pliegos de condiciones, cuyas disposiciones pueden ser aplicadas simultáneamente a un mismo contrato. Son : a) Los pliegos de cláusulas y condiciones generales, que establecen las disposiciones aplicables a todos los contratos realizados por una misma administración. b) los pliegos de condiciones comunes, que establecen las disposiciones aplicables a todos los contratos referidos a una misma naturaleza de obra o de suministro. c) Los pliegos de condiciones especiales, que fijan las disposiciones particulares de cada contrato y pueden, en caso de necesidad, derogar algunas de las disposiciones del pliego de condiciones general y el de prescripciones comunes aplicables al contrato en cuestión, al mismo tiempo que les compete fijar las estipulaciones dejadas en blanco en él, por ejemplo las disposiciones referentes a la determinación del precio”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, ponencia del Dr. Daniel Suárez Hernández, expediente No. 12.344).

Por ello la importancia de dedicarle en este trabajo, un profundo análisis que abarque tanto el fondo de los pliegos de condiciones y también su forma desde un enfoque práctico.

6. PREPARACIÓN DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES O TÉRMINOS DE REFERENCIA, ASPECTOS A TENER EN CUENTA.

Aunque pueden estar preparados mucho antes del reporte a las Cámaras de Comercio, también es posible que se los diseñe después de cumplir este paso, pues recuerden que hay un mes, antes de la apertura, que puede aprovecharse con ese fin. Aquí hemos decidido tratarlo en este punto, solo por razones metodológicas.

¿Qué es el pliego de condiciones?, antes que nada es una norma jurídica, con ello adelantamos que se somete a todos los avatares propios de su naturaleza, entre ellas, su interpretación. Antes de adelantarnos en ese tema y para comprenderlo mejor, hay que empezar por el fin del pliego que no es otro sino el de seleccionar la mejor propuesta.

Tener claro el norte, el fin del pliego, su teleología, es fundamental en el proceso de selección, pero sobre todo, en su interpretación.

Para la elaboración de los pliegos de condiciones o términos de referencia, tenga en cuenta que se encuentra suspendido la mayor parte del artículo 4 del decreto 2170 de 2.002⁵, norma que obligaba a solo calificar o asignar puntaje al precio y las condiciones técnicas de las ofertas y donde la experiencia, la capacidad administrativa, organizacional, financiera, etc., solo eran criterios de verificación o habilitación, es decir, quien los poseía pasaba a la siguiente etapa donde ya se otorgaba puntaje clasificatorio, de lo contrario, simplemente salía del proceso.

Los proyectos de reforma a la ley 80, han mostrado esa tendencia en cuanto a la ponderación de factores. El argumento que se esgrime, consiste en que esta figura, evita que se elaboraren pliegos de condiciones a la medida, lo que sucede cuando se busca a una determinada persona y se investiga cuál ha sido su experiencia, o con cuánto cuenta en activo líquido, cuál es su pasivo, cuántos trabajadores tiene en su empresa, etc., y ceñido –como traje- a esas medidas, elaborar el pliego de condiciones, donde muy seguramente no tendrá competencia, así ofrezca un precio mayor a sus rivales.

¿Qué pasó mientras estuvo vigente la norma?, simplemente las condiciones de verificación o habilitantes, se las plasmada de tal forma que solo determinadas propuestas podían pasar a la siguiente etapa –o al menos una-, a la cual, ya solitaria, se le calificaba el precio y las condiciones técnicas.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación número: 11001032600020030007101 (26.105), ponente: Ricardo Hoyos Duque, 1 de abril de 2004.

El fraude es un poco más cuidadoso pero se puede hacer y no evita, incluso refuerza, la idea de los pliegos hechos a la medida, solo que ahora en una etapa distinta, la de la verificación de condiciones de participación.

En este caso, el problema es de fondo y prácticamente por mera casuística, se pretende implementar ese procedimiento amparado en la equivocada idea de que lo importante es el precio, por encima de cualquier otra consideración.

Recordemos que la regla general en la contratación del Estado es que se aplican las normas del Código Civil y del Código de Comercio –Art. 13 de la ley 80 de 1.993- y solo en casos especiales, las normas de la ley 80, lo que nos conduce a preguntar ¿A caso en el derecho privado, el criterio a considerar es únicamente el precio?, o ¿Quién muchas veces no ha escogido por contratista para que le construya su casa al ingeniero que le cobraba más caro?.

Ese criterio obtuso de que lo importante es el precio parece imponerse y por eso, si no quiere lamentarlo después, es mejor que aplique unos exigentes requisitos de participación que le garanticen la seriedad, trayectoria y solvencia del proponente favorecido –como lo haría cualquier ciudadano que vaya a contratar- porque de lo contrario, si el contratista no cumple, no le aceptarían tan fácil el argumento de que solo seleccionó porque era la oferta más económica.

El otro sustento que se brinda para defender este tipo de reformas, consiste en que permiten darle oportunidad a personas que quieren contratar con el Estado pero que aun no tienen la experiencia y la trayectoria necesaria para cumplir con los requisitos de participación de los pliegos de condiciones.

La cuestión sería ¿Qué validez tiene ese argumento en el derecho privado?, ninguna, además, nos guste o no, en la vida hay que ir construyendo un camino, a partir del esfuerzo, la dedicación, la constancia –y como en todo, nunca sobra algo de suerte- para forjar una personalidad y un reconocimiento en el mercado, lo cual redundará en que llegue el momento en que se podrán tocar puertas, no con la esperanza sino con la mayor probabilidad de que serán abiertas.

El camino fácil, el de aquel que egresa de la universidad y puede competir en igualdad de condiciones con la firma de ingenieros que lleva veinte años tratando de construir un nombre, no tiene presentación y menos para quien está en el papel de seleccionador.

En el sistema de carrera administrativa, por ejemplo, ni la ley ni los decretos reglamentarios⁶ han puesto límites máximos para que las entidades interesadas en seleccionar personal puedan exigir determinada experiencia, quedando en libertad,

⁶ Ley 909 de 2.004, D.L. 785 de 2005 y D.L. 760 de 2005.

por ejemplo, de solicitar dos, tres o porque no, veinte años de experiencia relacionada, si así lo consideran.

Pero si se nos critica con el argumento de que una de las partes es el Estado que constitucionalmente debe permitir la participación de todos en las decisiones que lo afectan -Art.2 C.P.-y otros argumentos que hábilmente desde la Constitución se pueden extraer, habría que decir que también ella enseña que el interés general prima sobre el particular –Art. 1 C.P.- y que también es fin fundamental del Estado, el servir a la comunidad y si la mejor forma de hacerlo, es siendo exigentes para seleccionar a quienes pueden ser sus contratistas, bienvenido sea.

La jurisprudencia ha sido insistente en que si bien en la elaboración de los pliegos la administración actúa discrecionalmente, esa discrecionalidad al amparo de un Estado de Derecho, está restringida⁷, que por lo tanto, los criterios de evaluación siempre están limitados, ¿Cuál es el límite?, la respuesta a este interrogante lo brinda el concepto de la “propuesta más conveniente”, teniendo en cuenta que los requisitos previstos en los términos de referencia, han de tener una relación directa finalísticamente con lo que se pretende contratar:

“El estudio aunado de los distintos factores le permitirá al adjudicante emitir un juicio sobre “la propuesta más conveniente”. Esta es una noción jurídica de las conocidas en la doctrina como vaga, ya que carece de definición legal y que permite a la administración que la aplica su interpretación; interpretación que aunque deja entrever cierto grado de discrecionalidad en la valoración (de antemano y formalmente no se sabe cuál es la propuesta más conveniente) “es reglada en el fondo porque tendrá que apoyarse en todos los factores o criterios señalados en el ordenamiento y no en los que quiera caprichosamente evaluar”” (C.E. Sección Tercera, 19 de febrero de 1.987, radicación 4694, ponente Julio Cesar Uribe).

Los pliegos a la medida, son fáciles de identificar y los casos puntuales que se hayan detectado, no ameritan reformar la ley ni implementar los mecanismos con costos incalculables y pocos efectos prácticos sobre el fin propuesto.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de febrero de 1.987, radicación 4694, ponente Julio Cesar Uribe.

7. ESTUDIOS PREVIOS DE CONVENIENCIA, NECESIDAD Y OPORTUNIDAD Y OTROS ESTUDIOS RELACIONADOS CON LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

La planeación dentro de la contratación estatal es fundamental y nadie lo puede negar, pero en sí la planeación es básica en todo el movimiento de la administración y la función pública, como el trabajo en procesos, con indicadores de gestión y con sustento en proyectos; por eso a buena hora las reformas a las normas de función pública y carrera administrativa, traen el concepto de líder de proyecto⁸, muy manejado en la administración de empresas privadas, pero dentro de la razonabilidad que estos conceptos merecen, no hasta el punto, como a veces se piensa, de que la planeación y la proyección, son la barita mágica capaz de impedir todos los imprevistos que se puedan presentar por diferentes circunstancias.

El mismo concepto de proyecto, predispone que alguna parte de él no se podrá ejecutar; es casi imposible que un proyecto se ejecute como está planeado en un cien por ciento. Lamentablemente, por la estructura de los procesos de control a la contratación estatal, cuando se mira ya desde la cumbre, todo se hace previsible, calculable y anticipable, pero valga la pena preguntar ¿Cómo puede controlarse un proceso que no se planea?, en realidad, solo quien realiza el proceso de planeación tiene certeza de establecer los puntos de control y sin proponer volver al anterior sistema de control previo que produjo resultados nefastos, es necesario analizar el papel del control y añadir un criterio de prudencia y razonabilidad, cuando todo se analiza desde el final del proceso, desde la cumbre.

La otra pregunta que habría que formularse es cómo se compagina un principio por esencia técnico como la planeación, con una función pública irradiada por una profunda y además básica sustancia política, atada a acciones discrecionales.

En ello los técnicos han pretendido limitar a los políticos y hay ahí una lucha interminable y contrario a la lógica, los primeros han terminado en imponerse, pero en un Estado que se dice democrático, en nuestro concepto debe procurarse un punto de equilibrio entre estos dos bandos, o de lo contrario, pasaremos de ser democráticos a tecnocráticos, eligiendo representantes del pueblo que no tienen ningún otro papel que hacer lo que otro ya ha planeado por otros -los técnicos- que nadie sabe quienes son ni de donde vienen.

En nuestra ley 80 de 1.993, en su artículo 25, del principio de economía, se concentran las normas básicas sobre la planeación en la contratación, cuando en virtud de éste:

⁸ Decretos Leyes 785 y 770 de 2005.

“6o. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

“7o. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

“...

“12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

“La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes .

“13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.”

En ninguna parte se indicó cómo deberían ser los famosos estudios previos, asunto que de la manera más antitécnica fue regulado por el Decreto reglamentario 2170 de 2.002, así:

“Artículo 8. De los estudios previos. En desarrollo de lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, los estudios en los cuales se analice la conveniencia y la oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección y deberán contener como mínimo la siguiente información:

1. La definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación.
2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.
3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.

4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.
5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.”

Es antitécnica, porque las exigencias mínimas que se han establecido no garantizan la viabilidad del proyecto o la ejecución del contrato –cuestión que no es garantizada por ningún estudio-, sino a lo sumo un recuento documentado de datos, que a partir de su exigencia han generado otro de esos trámites que ya las entidades han decidido cumplir con formatos prediseñados, pues no se justifica tratándose de pequeñas contrataciones, que de alguna u otra forma, están respaldadas en un proceso de planeación que empieza incluso antes, cuando por ejemplo se formula el plan de desarrollo, se aprueba y liquida el presupuesto, todo lo cuál forma una coherencia lógica que de por sí organizativa que respaldaría esos compromisos.

Si en los contratos de cuantías bajas, el estudio previo como lo plantea el artículo 8º del Decreto 2170 de 2.002 no tiene ningún sentido, en los grandes proyectos sí que es menos útil, pues los puntos mínimos que contempla no garantizarían el más mínimo grado de previsibilidad de los resultados, pues ni siquiera solicitan indicadores de gestión, alternativas de solución, seguimiento del proceso, etc., y ningún administrador serio podría embarcarse en un proyecto “grande” solo considerando los puntos mínimos establecidos en dicha norma.

De todas formas, como la planeación siempre se observa desde la cumbre, desde el final y por un observador externo, no se sorprenda que sea criticado por los errores que cometió al momento de la planificar.

8. LOS PLIEGOS DE CONDICIONES, DIFICULTADES QUE SE PRESENTAN EN SU ELABORACIÓN Y APLICACIÓN

Existe la mala costumbre de utilizar los pliegos de condiciones como propaganda comercial, olvidando que el objetivo fundamental es determinar criterios, claros y objetivos, para seleccionar los mejores contratistas.

No es que este demás que los proponentes se enteren con quién van a contratar, es un propósito loable y necesario, porque en honor a la verdad en muchas ocasiones los contratistas ni siquiera se enteran con qué tipo de entidad contrataron, cuáles son sus funciones, cuál su naturaleza jurídica; pero tampoco es necesario transcribir los estatutos internos de la entidad, baste con indicar donde los puede consultar y así lo mismo con otros documentos que se consideren importantes.

Lo anterior se refuerza especialmente en entidades que no aplican las normas generales de la ley 80, pues suelen tener sus propios estatutos internos de contratación y no está de más que al proponente se le informe de tales reglas las cuales no tiene por qué conocer y donde puede consultarse; incluso no sobra que a la carta de presentación de propuesta –anexo común en casi todos los pliegos– se le incluya la declaración de que el interesado en proponer conoce las normas internas de la entidad.

Otros pliegos se esfuerzan por recalcar los logros obtenidos por la entidad, sus reconocimientos, sus diplomas, sus condecoraciones; he observado en ello el deseo por reflejar que el proceso será transparente, fruto de ese estigma generalizado de que por regla general todos los procesos de selección que realiza el Estado son amañados y aunque no tiene incidencia ubicar o no estos tópicos en los términos de referencia, si tranquiliza al administrador nada pierde con hacerlo.

Independiente de las situaciones descritas hasta aquí, mismas que reflejan las nubes negras que cubren los procesos de contratación y los paraguas que tradicionalmente se han utilizado, podemos realizar unas sencillas sugerencias en el proceso de elaboración de sus pliegos de condiciones:

- No utilice disyuntivas: y, o, o y/o, procure ser concreto y definitivo, demuestre la seguridad que tiene en el proyecto a ejecutar desde el momento en que lo plantea.
- No debe ser redundante: evite esa equivocada costumbre de exigir y reiterar un requisito en varias partes del pliego, lo que en lugar de dar claridad pone a los proponentes a sospechar que seguramente se quiere dar un mensaje cifrado y que por lo tanto, lo que se pide es algo totalmente diferente.

- No deben darse explicaciones ni justificar los requisitos que se solicitan, recuerde, en primer lugar, que en la elaboración de los pliegos existe un ejercicio de discrecionalidad inevitable y necesario, y porque además, con el Decreto 2170 de 2.002, artículos 1º y 2º, se entiende que si publica los términos definitivos, es porque previo publicó el proyecto de pliegos o pre-pliegos, donde tuvo la oportunidad de analizar y ajustar los mismos.

- No remitir al lector del pliego de un lugar a otro, numere los párrafos del pliego y añada una tabla de contenido. Lo más anti-técnico y desesperante, es retornar o adelantar la lectura, para acudir a las citas que traen los términos de referencia.

- Evite –en lo posible- las adendas, pues su presencia exagerada, da entrever que no se realizó la debida planeación del proyecto, misma que debía empezar a concretarse en la elaboración de los pliegos de condiciones; no olvide que siempre será visto desde la cumbre.

- Ubique los requisitos de participación en un solo capítulo, defínalos clara y completamente, no los deje dispersos en todo el texto del pliego, acompañados de frases tan usuales como “si no cumple con este requisito su propuesta será rechazada”, “si no anexa ese documento la propuesta no podrá seguir en el proceso de selección”, etc., que a veces se encuentran dispersos sin ningún orden por todo el cuerpo de los pliegos de condiciones, lo que dificulta la preparación de las propuestas y también su revisión.

- Si ya determinó en un solo capítulo cuáles son los requisitos necesarios para participar en el proceso, no se olvide de indicar con qué documentos **idóneos** se deben acreditar: con una certificación, con un video, con una fotografía, etc.; en este punto es bueno recalcar que por principio de economía –Art. 25.15 L. 80- , reforzado ahora con la nueva ley antitrámites –Ley 962 de 2005- no se deben exigir sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, u otras formalidades, pues prima con toda su fuerza el principio constitucional de la buena fe –Art. 83 C.P.-.

- Exprese además el contenido que ha de poseer el documento acreditador, por ejemplo, si se trata de una certificación, quién la debe expedir, qué plazo de experiencia debe indicar, hasta con qué fecha debe aparecer suscrita, etc., pero no se olvide que lo importante es que el requisito apunte a un fin, ese fin debe estar relacionado con algo que usted busca de su proponte, por ejemplo, su experiencia, si tiene o no disponibilidad de personal o de equipos, si puede iniciar la obra sin esperar anticipo, etc., por lo cual, debe dejar plasmadas, en lo posible, todas la opciones de acreditación del requisito e incluso, en el momento de la verificación, aceptar otras que no estaban contempladas, por cuanto lo importante aquí y así lo

ha dicho la jurisprudencia⁹, es constatar que se cumple por parte del proponente con el requerimiento exigido en los términos.

En los contratos de obra generalmente suelen exigirse que las certificaciones de experiencia indiquen el grado de cumplimiento en contratos anteriores y suelen darse las opciones de: excelente, bueno, regular, malo. Esto como muchas otras cosas en la contratación estatal, se ha terminado convirtiendo en una formalidad sin sentido, pues con qué criterio –aparte de su percepción personal- se puede determinar que realmente la obra cumple con ciertos estándares que permiten brindarle una calificación de excelente u otra distinta; qué pasa si en el pliego se dice: las certificaciones que indiquen que la calidad de la obra es mala o regular, no serán admitidas, pero cuál es el sustento para que un particular u otra entidad, pueda trazar esa línea tan fina entre lo regular y lo malo de una obra, disminuyendo las posibilidades de un contratista dentro de una licitación.

Y es que la administración, ni siquiera en uso de sus facultades excepcionales y su posibilidad de resolver por vía administrativa y previa, muchos asuntos propios de la contratación estatal, tendría esa competencia, pues si se dice que la calidad de la obra fue mala, significa que en un determinado momento declaró la caducidad y en tal caso, ese proponente muy seguramente estaría inhabilitado y recordemos que hablamos de certificaciones de experiencia en contratos cumplidos; o puede que en el proceso de ejecución del contrato haya impuesto multas, pero entonces se presentaron problemas en cuanto al proceso de ejecución de la obra, no sobre el resultado final.

En conclusión, la determinación de si la calidad de la obra fue mala, buena, regular, excelente, etc., hasta tanto no haya una definición judicial, no podría determinarla ni la propia administración pública ni los particulares.

Pero tampoco es suficiente la copia de los contratos, en tanto cabe la posibilidad de que la obra o el objeto en general del mismo, no se haya ejecutado o solo parcialmente, es más, es posible que si el contrato se suscribió con una entidad pública, ésta en uso de sus facultades excepcionales haya declarado la terminación unilateral o lo que es más grave: su caducidad; por lo tanto, la certificación de que el objeto se cumplió, con indicación de las condiciones generales en que se presentó su ejecución –plazo, suspensiones, prorrogas, etc.- se muestra fundamental.

No es correcto solicitar, tal como suele hacerse, que la experiencia sea cumplida solo en entidades públicas, no permitiendo que el proponente la certifique en el sector privado, pues la obra o el suministro no cambia de naturaleza ni contenido, solo por variar la naturaleza jurídica de quien las contrató.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, fallo del 24 de enero de 2.004, radicación 1997-00261-01 (13416ponente Dr. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

De la misma manera, tampoco es aceptable, que la experiencia solo pueda darse por válida si los contratos fueron ejecutados en determinada región, con el argumento de requerir de los interesados conocimientos del lugar donde se realizará la obra o prestará el servicio y aunque es importante tal cualidad, la misma puede cumplirse exigiendo una visita de obra; en el mismo sentido, no pueden admitirse estos criterios como factores de desempate, así como tampoco se admite que se prefiera a los contratistas con domicilio en el municipio donde se ejecutará el contrato.

9. LA POSIBILIDAD DE SUBSANAR, CORREGIR O ACLARAR ALGUNOS ELEMENTOS DE LA PROPUESTA O DEJAR DE CONSIDERAR Estrictamente los requisitos de los pliegos

Si tiene claro cuáles son los requisitos necesarios para participar en el proceso, con qué documentos se deben acreditar y el contenido que deben poseer, no olvide especificar cuáles son subsanables, cuáles admiten presentar aclaraciones posteriores, en fin, en cuáles de ellos la administración ante su ausencia, su vaguedad o su no conformidad con lo solicitado, tienen la oportunidad de solicitar una explicación.

Indique además el plazo en el cuál deberán allegarse el documento faltante o la aclaración correspondiente y lógicamente, las consecuencias de no proceder según lo solicitado, que no pueden ser otras que la propuesta no podrá seguir en el proceso de selección, en tanto recordemos que estamos hablando de requisitos de participación.

En ello las entidades deben sujetar muy seriamente a sus proponentes, son ellas las que ponen las condiciones en orden al interés común y no los participantes en el concurso, por lo que los plazos de subsanación o aclaración deben ser perentorios y preclusivos, así que si el interesado realiza la aclaración al siguiente día del señalado sin ninguna justificación válida que se haya hecho conocer dentro del plazo inicialmente previsto, la misma ya no puede ser tenida en cuenta, pues de igual forma puede pensar en subsanar o aclarar el día en que se piensa adjudicar, lo que trastocaría el proceso afectando, el interés general que por esa falta de seriedad, ve retrasada la satisfacción de sus necesidades.

El problema se presenta cuando no se determina si el requisito es o no subsanable, en este caso, la ley 80 de 1.993, artículo 25, numeral 15, enseña: *“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”*; viene la pregunta, ¿Qué requisitos y qué documentos son necesarios para la comparación de las propuestas?, sobre este tema, comencemos advirtiendo que no existe absoluta claridad ni en la jurisprudencia ni en la doctrina y en lo que más se ha avanzado es en edificar la tesis de los documentos sustanciales y no sustanciales- accidentales, que pasamos a explicar.

La jurisprudencia del Consejo de Estado nos ha enseñado que las cuestiones de detalle, sin trascendencia, pueden en un determinado momento omitirse y a pesar que *“... habría, sí, alguna pequeña irregularidad en la adjudicación, pero como es insignificante, de poca importancia, no dará lugar, consecuente con el criterio*

general sobre el punto, a nulidad alguna” C.E. Sección Tercera, 19 de febrero de 1.987, radicación 4694, ponente Julio Cesar Uribe.

Pero ¿Qué es una cuestión de detalle y qué es una cuestión trascendental?, además de que se haría necesaria la cuestión sobre qué responsabilidad generaría esa *“pequeña irregularidad”* desde el punto de vista de los entes de control.

En el fallo citado, igualmente se expresa que no todos los requisitos del pliego tienen el mismo peso, es decir, que habría algunos que valen más que otros, siendo la ponderación labor del adjudicante –difícil tarea, valga advertir- donde la administración ha de dejar de ser un aplicador autómatas de las cláusulas del pliego y convertirse en una persona que dentro de lo razonable y justo, pueda otorgar a cada una de ellas, el peso que le corresponde –subsancable, no subsancable, de detalle que puede pasarse por alto o trascendental que no puede faltar so pena del rechazo de la oferta-.

Según las orientaciones de la jurisprudencia, se nos dice que cuando un requisito no se cumple al momento de la presentación de propuesta pero el proponente demuestra que se encuentra en trámite y que en cercanas fechas será aprobado y su propuesta no puede ser rechazada; este argumento, en determinados casos es muy cuestionable porque existe también la posibilidad de que el objeto del trámite resulte negativo para el peticionario, por lo tanto, la situación debe valorarse muy cuidadosamente en cada caso, considerando que la jurisprudencia no deja de ser fuente auxiliar del derecho - Art. 230 CP- y en su análisis, la pertinencia de los argumentos respecto al fallo y la similitud de los hechos tratados con los que estudia el interprete en el caso concreto, resulta fundamental –valga la advertencia-.

En otro fallo, el Consejo de Estado indicó que el pliego, para efectos de determinar qué requisito es sustancial, debe interpretarse en el sentido que más se ajuste a la justicia y la conveniencia pública; hablando entonces de los denominados requisitos menores, ha dicho:

“De allí que, en el camino de escoger al contratista y de celebrar el contrato con quien resulte agraciado, el pliego de condiciones sea la ley que deben observar y obedecer tanto el particular como la administración pública; posteriormente, durante la ejecución contractual, será valioso instrumento para la interpretación de las cláusulas pactadas y para la definición de los conflictos.

“Siendo, pues “la ley del contrato”, como es común reconocerlo, el pliego de condiciones, como toda ley, es susceptible de interpretación en cuanto sea necesario aplicar sus normas a circunstancias dudosas o ambiguas;

“(…)

“...corresponderá al interprete asistir activamente al encuentro del precepto jurídico con los hechos para lograr el sentido que más se acomode a la justicia y la conveniencia pública.

“Las premisas anteriores conducen a concluir que el oferente tendrá que alistarse a las exigencias del pliego si pretende que su propuesta sea considerada en el concurso; este principio, sin embargo, no se pueden(Sic) llevar a extremos tales que obliguen a la administración a dejar de considerar una propuesta favorable por el desconocimiento de requisitos menores que no justifican el rechazo de la oferta” (C.E. Sección Tercera, 5 de marzo de 1.993, ponente Juan de Dios Montes Hernández, expediente 6265).

Y es que, como lo señalan los fallos antes citados, no existe norma que exprese qué requisito es trascendental y cuáles son menores o de simple detalle, por lo que corresponderá a la administración la valoración, en cada caso, de esas circunstancias, resaltando que no se puede ser autómeta en la aplicación del pliego¹⁰, pues como norma jurídica que es, debe ser interpretada ¿Bajo qué criterios, ¿Con qué parámetros?, la respuesta a estos interrogantes se puede encontrar en otras sentencias, que han agregado el criterio teleológico o finalístico en la interpretación de los pliegos de condiciones.

Mediante sentencia del 7 de mayo de 1.993, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández, expresó:

“La Sala estima que el pliego de condiciones, en razón de las normas de derecho que contiene, reguladores del proceso licitatorio, es objeto de interpretación como cualquier otra norma jurídica, hecha la humana consideración de la imposibilidad en que se encuentra la entidad licitante, de prever, con absoluta exactitud, todas las circunstancias que se van a presentar en el desarrollo del concurso. Para tal labor, el intérprete estará bien guiado si acude, con ayuda de un criterio teleológico, a la razón de ser de la exigencia que consagraron los pliegos y cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administración. Sólo ese tipo de análisis podría arrojar conclusiones claras en cuanto atañe a la calificación de esenciales o accidentales que revistan tales requerimientos, asunto del cual se ha ocupado la Sala en otras oportunidades, o permitirá deducir si el requisito discutido se cumplió o no por la oferta cuestionada.”

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de febrero de 1.987, radicación 4694, ponente Julio Cesar Uribe.

Se hace énfasis en que el requisito debe estar teleológicamente enfocado a la medición o verificación de un factor esencial en la propuesta, por ejemplo: experiencia, cumplimiento en contratos anteriores, capacidad financiera. Si la finalidad del requisito no es trascendental o se puede demostrar por otros medios, será de simple detalle o será un requisito menor, que el proponente puede no anexar formalmente a su propuesta y la administración o bien puede pedir que subsane o simplemente pasar por alto, sin repercusiones en la calificación definitiva.

Así mismo las situaciones que le consten a la propia administración de forma directa y en la cual tenga dudas, no ameritan rechazo del ofrecimiento o descalificación del ítem, sino la verificación por parte de la misma entidad en su interior, del cumplimiento requisito dudoso, para descartar cualquier posible incumplimiento, operación lógica en tanto la entidad tiene la obligación de conservar en sus archivos la información relacionada con el proponente que antes fue su contratista.

Sucede muy a menudo, que la administración ha tenido por contratista al proponente pero después argumenta rechazo de su oferta porque no anexó correctamente certificados de experiencia que ella misma otorgó, pudiendo verificar y constatar directamente en sus archivos la información que contiene en ese documento, para determinar su ajuste a lo solicitado en pliegos¹¹.

Sin embargo, el proponente al menos debe aportar una certificación somera de la experiencia que pretende hacer valer –copia del contrato, del acta de liquidación, incluso una cita de la obra o contrato realizado, etc.- para que la administración tenga la posibilidad de revisar y constatar directamente en sus archivos la información proporcionada; pero si la entidad autónomamente suma esa experiencia o la considera, sin ni siquiera el proponente haberla mencionado en su propuesta, estaría violando el principio de igualdad que debe existir entre los participantes.

Si lo anterior no fuera así, podría el evaluador hacer lo mismo con otros proponentes si llega a conocer, como suele suceder comúnmente, que han ejecutado contratos con otras entidades pero que no fueron anexadas las constancias de experiencia en la propuesta; cómo no van a exigir, que la entidad solicite las certificaciones pertinentes y por el principio de colaboración que se deben entre entidades públicas, no dudamos que esa información sea proporcionada en el menor tiempo posible, generando la inquietud ¿Esa acreditación de experiencia puede ser aceptada?, en nuestro criterio, por lo que antes expusimos, la respuesta sería negativa.

¹¹ Art. 11 y 14 de la Ley 962 de 2005 “Ley Antitrámites”

En un fallo del 24 de enero de 2.004, Sección Tercera del Consejo de Estado, ponente Dr. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, radicación 1997-00261-01 (13416), el alto tribunal vuelve y reafirma los argumentos expuestos en las anteriores providencias, recalando que si bien los pliegos se pueden interpretar, esa facultad debe ejercerse en igualdad de condiciones frente a todos los concursantes, pues es la interpretación, una práctica estricta o restringida y que *“...so pretexto de interpretar el pliego, no resulta procedente alterar o inaplicar sus condiciones, porque con ello se violarían los principios que rigen la selección del contratista”*, no pudiendo la administración cambiar las reglas de juego o los requisitos que determinan la adjudicación, pero en todo caso, dando una ventana para que el criterio auxiliar de la equidad pueda servir de orientador.

El caso analizado en esta providencia, es por más interesante y común, pues trata de las ocasiones en que la administración exige una forma determinada de acreditar un requisito de participación o puntuación dentro del proceso, pero el proponente, a pesar de que lo acredita, lo hace de forma distinta a la prevista en los pliegos; aquello, según el Consejo de Estado -posición que compartimos plenamente-, no puede ser excusa para declarar no cumplido el requerimiento.

Para llegar a esta conclusión, dijo el Consejo de Estado:

“...conviene precisar que la interpretación del pliego debe realizarse por la entidad, en igualdad de condiciones para todos los participantes, puesto que, de otra manera, se violaría este principio esencial del proceso licitatorio.

“Así lo expresa Marienhoff, cuando afirma que los pliegos de condiciones son de interpretación estricta o restringida”

“(...)

“La Sala, mediante la interpretación de los aludidos requisitos del pliego considera que, como era suficiente acreditar la propiedad o disponibilidad de los equipos con un medio de prueba idóneo, la sociedad adjudicataria Indico Ltda., si bien no aportó copia de las facturas de compra de la mezcladora y vibradores de concreto porque, según lo afirmó, las adquirió hace diez años, probó la propiedad de los mismos con las facturas demostrativas de que contrató su mantenimiento con la firma Inserco, lo que permite inferir que cumplió con este requisito”.

Si algo se debe recuperar en el proceso de contratación estatal, es la credibilidad en las personas, el principio de buena fe de que habla el artículo 83 Constitucional, lo que significa volver a tener confianza tanto en la administración como en el interesado en contratar, abandonar ese paradigma en que lamentablemente se ha

enclaustrado a la administración contratante, de corrupta y pervertida, negligente e ineficiente y para ello es necesario que renazca la dignidad del funcionario público y del contratista.

Lamentablemente, eso que la jurisprudencia llama “tradicional automatismo en el manejo del procedimiento precontractual administrativo” en el fallo del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 19 de febrero de 1.987, radicación 4694, con la magistral ponencia del doctor Julio Cesar Uribe, aun sigue perdurando hasta nuestro días, alimentado en no pocas ocasiones por ciertas entidades que, contrario a la corriente seguida en las sentencias, exigen que los requisitos de los pliegos se cumplan a raja tabla tal cual están establecidos y juzgan, desde ese pulpito sagrado donde están exentos del error –lo que les permite el más absoluto grado de previsión- lo que para ellos no es más que una mala planificación que conllevó a una pésima estructuración de los pliegos, aquellos a cuyos oídos resultaría imperdonable que un requisito presente en una norma –como lo es el pliego de condiciones- deje de cumplirse de la forma estrictamente indicada, por el fútil y “acomodado” argumento, seguramente dirán, de que desde una mirada teleológica el mismo es acatado pero una forma diferente.

10. LA IRREVOCABILIDAD DE LAS OFERTAS Y CASOS EN LOS CUALES NO OPERA: ERRORES ARITMÉTICOS

En estricto sentido, la administración cuando formula un pliego de condiciones y cumple con las publicaciones de rigor, solamente está haciendo un llamado a los interesados a presentar sus ofertas, la pregunta sería ¿Una vez presentadas, se pueden retirar y bajo qué consecuencias?

Sobre el punto, dos posiciones recientes y contradictorias: de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Ha dicho el Consejo de Estado:

“En la ley 80 de 1993, si un licitador manifiesta a la administración que retira o modifica la oferta, ésta expresión de voluntad no produce ningún efecto, y por lo mismo no surge para la administración el derecho al cobro de una indemnización de perjuicios, debiendo hacer caso omiso de éste pronunciamiento, y evaluar la oferta. Si ésta resulta ganadora se le adjudica el contrato, y si el licitador no lo suscribe, entonces se hará acreedor de la sanción de pérdida de la garantía y la inhabilidad correspondiente.

“Dicho de otra forma, en derecho público la irrevocabilidad de la oferta es ineficaz, de manera que no puede la administración dejar de evaluar al propuesta presentada por uno de los licitadores, quien, si resulta adjudicatario deberá suscribir el contrato. Si no lo hace, entonces sí se le aplican las sanciones del numeral 12 del artículo 30 tantas veces citado en éste concepto”. (Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de 30 de marzo de 2006, radicación 1.723, ponencia del Dr. Enrique José Arboleda Perdomo).

En este concepto, igualmente se trata el tema del licitante que no responde a las aclaraciones que le han sido formuladas por la administración o a quien simplemente se le rechaza su oferta por no cumplir con los requisitos indicados en los pliegos de condiciones, para decir:

“El rechazo de la oferta, incluyendo el caso de falta de respuesta a los requerimientos efectuados por la administración, por si mismo no da lugar a que la administración se quede con el depósito o la garantía de seriedad, pues no hay norma que lo autorice. Sin embargo, sí se desprende que puede haber culpa o mala fe, podrá la entidad pública, como se explica más adelante, demandar para solicitar las

correspondientes sanciones derivadas de la actuación del licitador, y los perjuicios causados”.

Según esta posición, bajo ninguna condición podría el licitante retirar su propuesta o darla por revocada, quedando la administración obligada a realizar todo el trámite previsto en pliegos y si la propuesta que se pretende retirar, resulta la ganadora, tendría que adjudicarle el contrato y si el ganador se resiste a firmar, se declararía por acto administrativo el siniestro de no suscripción del contrato, para proceder a hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta, además de la inhabilidad de que habla el literal e) del artículo 8º de la Ley 80 de 1.993.

Pero que acontecería si se nos presenta el siguiente caso:

“Antes de la fecha de adjudicación MELTEC S.A. había manifestado su imposibilidad de firmar el contrato, debido a un error aritmético en el que incurrió al presentar los precios de su oferta. Pese a ello, la entidad accionada lo declaró incumplido, le hizo efectiva la garantía de seriedad de la oferta y materializó la inhabilidad de que habla el artículo 31 de la Ley 80 de 1993.”

Ese fue precisamente el problema jurídico que se planteó la Corte Constitucional, en la sentencia T- 209 de 2006, ante un caso de una adjudicación de un contrato que era inejecutable, pues existía un notorio pero además, previamente manifestado, error aritmético.

Haciendo uso de los argumentos que había expuesto en la sentencia C-892 de 2001 de 17 de marzo de 2006, ponencia del Dr. Jaime Córdoba Treviño, sobre la buena fe dentro de las relaciones contractuales, la Corte dijo:

“A la luz de la jurisprudencia mencionada, el valor ético de la confianza como fundamento del contrato administrativo adquiere relevancia particular porque contribuye a humanizar las relaciones entre la Administración y el administrado. Dada la supremacía jurídica de la Administración Pública es necesario que su conducta se someta a los dictados éticos de la buena fe; por ejemplo, en los contratos administrativos, que es el objeto de esta tutela, en los que el derecho le confiere a la Administración una posición de *potentior personae*, que se manifiesta no sólo en la atribución de las potestades de modificarlo, terminarlo o interpretarlo mediante el ejercicio de la decisión unilateral y ejecutoria, sino también en otros poderes y privilegios, tales como el control y dirección, el de imponer sanciones, etc.

“ ...

“Amparado en que la oferta es irrevocable, la Dirección del Ejército Nacional adjudica a la empresa MELTEC S.A. precisamente el ítem 4. que contiene el error mencionado y pese a la renuencia del contratista en firmar un contrato que resulta imposible cumplir, el Ejército insiste en su firma. Ante la negativa del contratista en firmar el contrato en esas condiciones, la entidad accionada lo declara incumplido, le hace efectiva la póliza de seriedad de la oferta y además de ello ordena comunicar el incumplimiento de MELTEC S. A. a las autoridades encargadas del registro de las sanciones, con lo que se materializa la inhabilidad de que habla en literal e) del artículo 8º del estatuto contractual.

“...

“Si la buena fe incorpora el valor ético de la confianza, con la conducta de la Dirección de Inteligencia del Ejército de adjudicar un contrato inejecutable agravando las condiciones del contratista y a sabiendas de que no le era posible el cumplimiento del contrato, se infringió el principio de la buena fe, tan reforzado en la actualidad por la jurisprudencia de esta Corporación y del Consejo de Estado en su proyección de confianza en la administración.

“Lo que quiere decir que cuando el contratista confiesa su error y la administración mantiene su posición de adjudicar el contrato teniendo como base los cuadros de precios que acompañaron la propuesta y contenían el yerro, desatendiendo la solicitud de corrección presentada por el accionante, lo obvio era esperar de la administración las soluciones que la propia ley arbitra para ello: rechazo de la oferta por contradictoria. Lo que no era de esperar, y aquí se concentra la mala fe de la entidad, es que a sabiendas del error y de la imposibilidad en que se colocaba al contratista confeso del miso, en audiencia de adjudicación del proceso de contratación, el Ejército adjudicara a MELTEC S.A. el ítem 4 del proceso licitatorio, justamente aquél en que el error en la oferta marcaba una desproporción en contra del oferente de 5 a 1 (\$3.400.000, a \$699.000), tratándose de 84 los radios requeridos”.

Observamos este caso repetidamente en las administraciones, que pretendiendo ser radicales perjudican a sus contratistas, obligándolos a suscribir contratos completamente desequilibrados, habiendo advertidos sobre los errores cometidos en la formulación de la propuesta.

Los funcionarios públicos reclaman de los entes de control, interpretaciones más flexibles de las normas contractuales, pero cuando se trata de sus contratistas, ahí

son los primeros en esgrimir argumentos inflexibles y ante cualquier eventualidad, el arma de la “sanción” es la primera que se pone en la mesa.

Incluso, la Corte va más allá al entrar a analizar las repercusiones que en materia de revisión de precios contiene el artículo 8º del decreto 2170 de 2002 y la ley 598 de 2000 “Por el cual se crean el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal, SICE, el catálogo único de bienes y servicios, CUBS, y el registro único de precios de referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la administración pública y se dictan otras disposiciones”, que consagran la obligación por parte de la administración de considerar todos los factores que inciden en los precios de la oferta y verificarla conforme a los precios del mercado, para decir que:

“... también existía la posibilidad de rechazar la propuesta por encontrarse fuera de los precios del mercado, en caso de no optar por la corrección permitida por el pliego de condiciones”

Y tiene razón la Corte, pues si la entidad tiene el deber ahora por vía virtual¹² de confirmar los precios de referencia de las propuestas, ello no solo debe funcionar para las que superen el presupuesto oficial, también para cuando las propuestas se encuentran muy por debajo, máxime en nuestro país donde los precios artificialmente bajos a más de estar prohibidos –art. 26, num. 6º Ley 80 de 1993- son indicio de un posible blanqueamiento de dineros.

Cabe entonces también responsabilidad compartida cuando el licitante comete un error aritmético en su propuesta, en tanto debía confirmar con la página en Internet del SICE, si estaban ajustados a los precios del mercado; de haberlo hecho, podría aplicar el artículo

Según el Decreto 3512 de 2003, artículo 13, son obligaciones de las entidades con contratan sujetas a la ley 80 de 1993, entre otras:

“c. Exigencia del Certificado de Registro. Las entidades deberán exigir en los procesos contractuales de cuantía superior a 50 SMMLV, que el proveedor referencie en su oferta el número de certificado de registro del bien o servicio ofrecido, generado por el Portal del SICE. Adicionalmente, las entidades deberán verificar dicho registro mediante la respectiva consulta en el Portal.

d. Consulta del CUBS y del Precio Indicativo. Los representantes legales de entidades con el fin de conocer los precios indicativos de los bienes y servicios codificados hasta nivel de ítem en el CUBS, **y evitar los sobrecostos en la contratación**, deberán consultar el

¹² Ver página web: www.sice-cgr.gov.co

CUBS y los precios indicativos, como requisito previo a la adjudicación. Esta obligación se aplica para los procesos contractuales cuya cuantía sea superior a 50 SMML V.¹³ (Negrillas fuera del original)

Al parecer, a la normatividad reglamentaria solo le interesan los casos de sobrecostos, pero en la ley 80 de 1993, se encuentra como un principio contractual, el de la responsabilidad y como uno de sus desarrollos, el artículo 26, numeral 6º, que nos indica:

“Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.”

La discordancia entre los precios de las ofertas y los del mercado, puede generar la descalificación o la declaratoria de desierto del proceso, como bien lo dice la Corte al citar el artículo 6 del Decreto 2170 de 2002:

“...la entidad tendrá en cuenta los valores de fletes, seguros y demás gastos en que deba incurrir el proveedor para la entrega de los bienes o servicios, así como las condiciones de pago, volúmenes y en general, todos aquellos factores que afecten el precio del bien o del servicio. Si de tal análisis se desprende que no existen razones que justifiquen la diferencia de precios entre los precios de referencia y los presentados por los oferentes en el respectivo proceso, **la entidad podrá descalificarlos ó declarar desierto el proceso, caso en el cual deberá darse inicio a uno nuevo.**” -Negrillas fuera del original-

Sino lo hace y es el contratista el que advierte a la administración, mal haría ésta en negarse a aceptar, no la corrección –cuestión que no tendría cavidad- sino su retiro, en tanto lo que el contratista pone en evidencia es que ambas partes cometieron un error.

Pero independiente del argumento anterior, lo que en verdad soporta jurídicamente la aceptación del retiro de la propuesta, es el artículo 83 de la Constitución Política, que consagra el principio de la buena fe, que nos lleva, en esos casos, a presumir que la actuación del licitante estuvo guiada por ese principio –a menos que la

¹³ Aunque la norma permite exonerar de la responsabilidad de verificar precios cuando la cuantía del proceso contractual sea igual o inferior a 50 SMMLV, una norma semejante que se encontraba en literal e) del artículo 18 del Decreto 3512 de 2003, que exoneraba de la aplicación total de las normas del SICE a los procesos contractuales inferiores a esa cuantía fue suspendida mediante auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 02 de febrero de 2005, ponente Dr. Alier Hernández Enríquez, radicación 10010326000200400044 0, Número Interno: 28615, pero hasta el momento la norma, a pesar de su parecido con la suspendida, no ha sido ni suspendida ni anulada y por tanto, es aun aplicable.

administración demuestre lo contrario- y que también, si la administración no recayó en esa falencia, lo hizo bajo el amparo de la misma premisa constitucional.

La misma buena fe que los funcionarios responsables de los procesos de contratación, reclaman de los entes de control, acusándolos de formalistas, radicales y legalistas rigurosos, pero que la olvidan en sus relaciones con los contratistas, prevalidos de los poderes exorbitantes que caracterizan la contratación estatal.

Lo ha puesto en claro la Corte Constitucional al decir en la sentencia que se analiza:

“Como ya lo ha dicho la Corte, cuando el artículo 83 de la Constitución exige que las actuaciones de los particulares y de las autoridades se ciñan a los postulados de la buena fe, consagra un criterio ético de proceder que obliga a las entidades y a los servidores públicos a revisar radicalmente la posición que tradicionalmente han venido observando **ante el ciudadano**, “marcada por la prevención y la mala voluntad. Por ello ha dicho la Corporación, la buena fe obliga también a la administración a quien no le es permitido en lo que toca con sus propios deberes, asumir actitudes engañosas o incorrectas”...”

”...

“Es este un caso paradigmático en el que el juez constitucional debe apelar al principio de la buena fe para evitar los resultados injustos que a veces ocasiona **una rigurosa aplicación de la ley**. Se ejerció en este caso una potestad administrativa cuando la administración conocía plenamente que el proponente no iba poder cumplir el contrato que le imponía formalizar, lo que constituye una infracción al pluricitado principio.” (T-209/06) –Negrillas fuera del original-

Para destacar de la cita anterior, la referencia que se hace del contratista como un ciudadano, merecedor de todos los derechos que le brinda esa calidad y, como esa tan defendida “rigurosa aplicación de la ley” en la contratación estatal, no solo va en desmedro de la satisfacción de las necesidades de la comunidad, sino que termina con injustas repercusiones personales, a veces en cabeza del funcionario, en otras en cabeza del contratista.

Pero en el caso analizado en la sentencia, el licitante advierte del error aritmético previo a la adjudicación, pero ¿Qué sucede si lo hace después?; la Corte en la T-209/06 sienta la siguiente posición:

“Es obvio que no se halla en el mismo predicamento, el contratista que luego de que le adjudican le dice a la administración de su error, a

aquel que pone de presente la equivocación antes de adjudicar, y espera razonablemente que la administración ya no le adjudique, descarte la oferta y le haga efectiva la póliza de seriedad de la misma”

Al parecer, el error debe darse a conocer en cualquier momento anterior a la adjudicación, de lo contrario, ahí sí, precedería la declaratoria de incumplimiento, la ejecución de la garantía de seriedad de la propuesta y la imposición de la inhabilidad de que habla el literal e) del artículo 8º de la Ley 80 de 1.993; no compartimos esa posición, pues igual debe mantenerse la presunción de buena fe del contratista que reporta el error, siempre y cuando no haya pasado un tiempo considerable desde la adjudicación y también, en virtud del incumplimiento, que se pone en manifiesto, de la obligación legal de verificar los precios del mercado por parte de la administración, se le permita al proponente, incluso después de la adjudicación, retirar su oferta para proceder a adjudicar a quien ocupó el segundo lugar.

11. EL MITO DE LA MENCIÓN DE MARCAS EN LA DESCRIPCIÓN DE LOS OBJETOS A CONTRATAR EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

Que en los pliegos de condiciones no se puede hacer referencia alguna a marcas, que eso afecta la selección objetiva, que va en contra del principio de transparencia por cuanto “direcciona” el proceso de contratación, es lo que se enseña como verdad sacra desde el mismo pregrado.

Los profesores ilustran esto en sus clases de contratación estatal, lo reafirman con vehemencia, después descubren que han perdido su esfero y van a una papelería a comprar uno nuevo y lo primero que hacen es exigir determinada marca.

Mientras tanto a la administración se la condena a comprar marcas desconocidas, a llenar almacenes con objetos inutilizables o que si se utilizan no dejan de tener mil dificultades de manejo, con marcas que nunca se habían escuchado y que teóricamente cumplen todos los requisitos de calidad, con procesos que están acreditados con los tan promocionados certificados de calidad y donde nadie se atreve a dar una diferencia científica o técnica de que el producto de otra marca determine una diferencia fundamental con otras reconocidas en el mercado, aunque todo el mundo lo sabe.

El argumento de que se direccionan los procesos, solo por indicar las marcas de los productos que se necesita adquirir o mediante los cuales el contratista debe prestar el servicio o realizar la obra, debe analizarse en cada caso, puesto que un esfero marca Kilométrico, por citar un caso corriente, si bien lo puede vender la misma compañía que elabora el producto, también lo puede hacer la tienda de la esquina o el gran supermercado.

Que el productor siempre tiene la ventaja porque vendería directamente a la entidad, disminuyendo con ello los costos que produce la intermediación, tampoco es cierto, porque las entidades públicas individualmente consideradas son pequeños compradores –salvo casos especiales- que no representan un mercado jugoso para las grandes multinacionales quienes son generalmente los productores, sumándole a ello la cantidad de trámites engorrosos que hay que realizar para conseguir un contrato y para luego obtener el ansiado pago.

Por eso, una compra directa entre una multinacional que produzca lapiceros y un municipio enclavado en el selva Colombiana, para la provisión de mil esferos, por ejemplo, implicaría darle un precio normal o incluso incrementado por los costos indirectos –pólizas, publicación en gaceta, estampillas pro-desarrollo rural, pro-ancianato, pro-hospital y cuantas más existan en cada municipio o departamento, sumados a los documentos que es necesario anexar, las veinte copias de las cuentas que se deben presentar, los intereses que generan los tres o cuatro meses

que se demora el pago, etc., etc.; en cambio, la venta que esa multinacional realiza al intermedio de mil cajas de diez esferos cada una, amerita hablar, ahí sí, de descuentos en precios, promociones y demás; por último, hay que considerar que ciertas multinacionales no venden sino a específicos proveedores y jamás contratan con el Estado, ahí está parte de la razón.

Por ello, la experiencia le ha enseñado a algunas entidades que se han arriesgado a poner marcas en sus pliegos, que en muchas ocasiones al lado de los fabricantes participan los intermediarios ofreciendo mejores precios que el mismo productor, pues la compra mayorista que antes han realizado les otorga un margen que les permite soportar la tramitología administrativa y la demora en pagos, más fácilmente incluso, que el mismo productor a quienes ellos antes compraron.

Volvemos a reiterar aquí lo dicho sobre la experiencia y la Posición que existe de que no sea objeto de calificación, pues en el problema de las marcas sucede algo semejante a lo que expusimos en ese tema; cómo es posible que en motos una marca como "VGT" pueda estar ubicada comercialmente en la misma línea que "YAMAHA" o "HONDA", pero mientras el particular puede comprar Yamaha porque la prefiere y muy seguramente no le pasaría por la cabeza comprar una moto "VGT", sí pretende que la administración pública lo haga.

Hay que construir un camino, la marca como la experiencia debe irse labrando en el tiempo, con esfuerzo, con inversión, con estrategia comercial, arriesgando en el mercado, pero no puede pretenderse que sea la administración pública la que les brinde a todos su primera experiencia, cual dama de mala fama a donde todos llegan por su primera vez.

La administración pública, con la tendencia a asimilarse cada día más a los sistemas de administración privados, ahora con la obligación de implantar sistemas de gestión de calidad – Ley 872 de Diciembre 30 de 2003 “por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios-- , y adoptar modelos de competitividad y demás terminología tecnocrática posmoderna, se ve privada de herramientas tan fundamentales como lo es aquella de poder brindarle a sus usuarios las marcas más representativas del mercado.

Por eso, es criticable que a las entidades que se rigen por las reglas generales de la ley 80 de 1.993, se les censure cuando han puesto marcas en sus pliegos, pero frente a las que tienen sistemas especiales de contratación –empresas industriales y comerciales del Estado, empresas sociales del Estado, empresas de servicios públicos domiciliarios, etc.- aquella restricción implica declarar por adelantado su quiebra, pues son entidades que deben competir en igualdad de condiciones que sus similares del sector privado, que venden sus servicios y subsisten de su comercialización; esa igualdad de condiciones para efectos de competencia, tiene que significar que si mi competidor privado tiene la posibilidad de determinar cuáles

son las marcas que prefieren sus clientes y que inciden por tanto en la venta de sus servicios, también la entidad pública con características de empresa, debe tenerla.

Es deplorable ver como, por el miedo de poner marcas en los pliegos de condiciones, las empresas sociales del Estado –solo por citar uno de los casos que se presentan entre las muchas entidades con régimen especial de contratación- terminan comprando medicamentos genéricos y por más que pueda ser cierto que científicamente no es fácil demostrar que existan diferencias entre un genérico y un medicamento de marca en cuanto a calidad, esa explicación no retendrá al usuario del servicio, enfermo y con ansias de recuperar sus condiciones óptimas de salud, que no va a dejar de preferir una marca reconocida por un genérico “agua - panela” según él, que jamás en su vida ha oído mencionar, simplemente asistirá a la entidad privada que ofrece el medicamento que en su concepto personal, ignorante, desinformado o como se le quiera llamar, pero al final su concepto y su dinero, considera el mejor.

En esas condiciones ¿Cómo puede competir el Estado en las mismas condiciones que los particulares en ciertos ámbitos de la economía?

Para los que defienden la tesis de que no deben aparecer marcas en los pliegos, bastaría con que técnicamente se describiera correctamente el producto que se necesita, con todas las especificaciones pertinentes. Los que la plantean seguramente muy pocas veces han abandonado su escritorio para hacer ese ejercicio en la vida real, donde pudieran constatar que un producto de marca desconocida, tiene las mismas especificaciones técnicas de otro de marca reconocida, que ambos tienen experiencia en el mercado, que ambos poseen certificados de gestión de calidad.

La tesis de que las marcas no pueden aparecer en el pliego, entraña otra invitación a la ilegalidad, a incurrir en el llamado, ahí sí, direccionamiento, pues las entidades públicas por el temor que les produce comprar productos de marcas desconocidas que al principio ofrecen el cielo y la tierra, pero que después ocasionan serios traumatismos en el servicio, se ven obligadas a escoger de antemano la que les interesa y rogar a Dios para que posea alguna característica ausente en cualquier otra, para así requerirla como obligatoria en pliegos, evitando con ello la participación de las demás. A veces el método funciona, pero en otras no hace más que traer serios dolores de cabeza a los administradores.

No se viola el principio de selección objetiva ni de transparencia, si la marca no tiene un único proveedor exclusivo, sino que posee varios potenciales distribuidores, todos en condiciones de competir.

Y si la pregunta es ¿Quién determina qué marcas se indicarán en el pliego?, siempre es bueno que aparezca el consejo de un comité asesor respetando que la

marca o marcas seleccionadas para aparecer en el pliego, no tengan un proveedor exclusivo, sino que sean suministradas potencialmente por varias personas.

Sobre el punto, la jurisprudencia en sentencia del Consejo de Estado del año 2.005, Sección Primera, al anular un fallo por responsabilidad fiscal a raíz de una “sobrefacturación”, dijo:

“Es cierto que el valor de la oferta es, en principio, factor de preferencia para la adjudicación del contrato; pero de ahí a considerar, con carácter absoluto, que la propuesta más baja debe en todos los casos resultar beneficiada con la adjudicación, es tanto como volver la espalda ante el riesgo que implica, para el interés público, no atender los demás principios que informan la licitación, entre ellos el de la conveniencia “... pues le bastaría a un proponente salirse de la lógica de lo razonable, para cotizar bien bajo, con el fin de “barrer” en la licitación, y luego, recién iniciada la ejecución del contrato, solicitar de la administración la revisión alegando importantes teorías sobre el restablecimiento del equilibrio contractual...” como se dijo en sentencia dictada en el expediente 8030 con ponencia del doctor Uribe Acosta...

“(...)

“En el documento que obra a folios 6, 7 y 8 del expediente se comparan en una forma bastante simple las ofertas presentadas por el señor Silvio Trujillo y Tecnocómputo, haciendo referencia únicamente al factor precio, sin tener en cuenta detalles importantes acerca de los equipos ofrecidos como por ejemplo, **la marca**, la velocidad, capacidad de disco duro, capacitación a los usuarios, etc. para deducir entonces que se incurrió en sobre facturación por escoger la cotización más altas.”-Negritas y subrayas fuera del original- (C.E. Sección Primera, 17 de febrero de 2.005, ponente Dra. María Claudia Rojas Lasso, expediente 200000279 01).

Lo anterior, nos sirve para dejar claro, eso sí, que la compra de equipos o productos de marca, a veces resulta más costosa que la compra de genéricos, sin embargo, el estudio de precios que la entidad debe realizar previo a la apertura del proceso contractual y el mismo SICE, pueden lograr que la contratación, en todo caso, siga ajustándose a los precios del mercado.

12. EL SEÑALAMIENTO DE PRECIOS EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES

El otro gran mito que existe en la etapa precontractual radica en la idea de que no se pueden indicar los precios de los ítems que la entidad está interesada en adquirir o que componen la obra que se piensa construir.

Un análisis más de fondo permitiría concluir que es la entidad la que realiza la primera oferta, ella es la que invita a contratar mediante una propuesta, los que reciben el llamado de la administración y están interesados, vienen con una contrapropuesta, la pregunta sería ¿Qué de malo tiene que quien ofrece o propone un negocio exprese el precio en que ha cotizado los distintos ítems que desea adquirir?.

Recordemos que en la contratación estatal, la regla general es que se aplica el derecho privado –Código Civil y Código de Comercio- como regla general –art. 13 L. 80/93- y solo excepcionalmente las normas especiales de la ley 80.

¿Acaso entre particulares está mal que quien comienza proponiendo un negocio demuestre cuánto está en capacidad de pagar en caso de celebrarse?, en nuestro concepto, aquello no es una irregularidad sino más bien una necesidad.

La situación, en nuestro concepto no pasa de ser intrascendente, pues quien contrata con el Estado no tiene que sujetarse estrictamente a los precios que la administración cotizó, para eso hay un límite: el presupuesto oficial, que de alguna u otra forma, implícitamente ya sugiere que al menos el precio de sus ítems sería el resultado de dividir ese monto por todos los elementos que se desean adquirir o que componen la obra.

Ahora, con el SICE, menos recelo debe ocasionar que los precios que cotizó la entidad y en base a los cuales formula su oferta al público, se muestren desde los propios pliegos, pues en condiciones normales, aquellos sería de antemano de conocimiento público en tanto se supone que se han extraído de ese sistema.

13. LA CONTRATACIÓN A PRECIOS UNITARIOS Y A PRECIO GLOBAL

Ya es una tradición indiscutida, con mayor arraigo en el contrato de obra, que la contratación se realice por la modalidad de precios unitarios. Ésta se utiliza para los contratos donde no se conoce desde el principio con la precisión numérica concreta, las reales cantidades que deben ser contratadas, por ello, por ejemplo, a pesar de que se supone que serán veinte metros cúbicos los que deben excavar, cabe la posibilidad a raíz de las características del terreno, que puedan ser más (o menos) y ello, sólo se sabrá al final, cuando la misma se entregue.

La modalidad no aplicaría para contratos de suministro, puesto que una debida planeación reflejaría un plan de compras con cantidades precisas de necesidad.

Cuando se contrata por precios unitarios, la obra se disgrega en varios ítems, todos identificables por separado y lo más importante, a cada ítem se le impone un precio como costo directo, dejando en un ítem separado, los honorarios del contratista por la administración de la obra general, un espacio para posibles imprevistos y además, para la utilidad que puede devengar, lo que comúnmente se conoce como A.I.U.

Esta modalidad tiene importantes repercusiones, la mayoría perdidas en tecnicismos innecesarios, pues el precio total del contrato, no está determinado, pero es determinable al final de la ejecución de la obra, sumando la totalidad de los ítems que se realizaron y verificando si han construido más o incluso menos, de los que se habían previsto inicialmente.

Y es posible que se presente mayor cantidad de obra, es decir, que en lugar de haberse necesitado la excavación de 20 m³ de tierra, en realidad se hubiesen tenido que excavar 22, evento que solo se constató al final de la obra, cuando el interventor realizó su última acta, no pudiendo ya la administración realizar "Otros Sí", modificaciones o adiciones –términos que equivocadamente se han utilizado en forma indistinta-, por error, indistintamente-, siendo aquello innecesario puesto que el valor del ítem estaba pactado desde el principio y la cantidad era apenas indicativa y aproximada, por lo que solo debería bastar un acta de reconocimiento de mayor cantidad de obra suscrita entre interventor y contratista, o el acta de liquidación si la situación se verifica ya vencido el plazo contractual, para que se proceda a su pago.

Caso contrario, si se calculó la excavación de 20 m³ de tierra, pero al final solo se realizaron 18, el contratista no puede alegar ello en su favor para solicitar el pago de la cantidad no excavada, puesto que lo que él negoció fue el valor del ítem y la cantidad otra vez era indicativa u aproximada, por lo que la liquidación se producirá con lo realmente construido.

En conclusión, es el precio del ítem lo que ata a las partes y el valor general del contrato puede variar con los fenómenos de mayor o menor cantidad de obra que se presenten en la ejecución del contrato, es decir, es un precio indicativo que ante la presencia de las dos situaciones antedichas lógicamente puede no terminar siendo el que inicialmente se había previsto, pero de ahí no se puede decir que existió cambio en el objeto contractual, pues se continúan construyendo los mismos ítems que se pactaron inicialmente y bajo el precio por ítem, conocido desde el principio.

Si el contrato, por el contrario, se hubiese pactado bajo la modalidad de precio global, en primer término no deben existir precios por ítems sino un solo precio, el del global de la obra, ahí sin especificar estarían comprendidos el valor de materiales, mano de obra, costos por administración, utilidad y, lo más importante, imprevistos; todo bajo un solo precio, lo que significaría que si en diseños y estudios previos –incluso los mismos cálculos que realiza el contratista– aparece que se deben excavar 20 m³ de tierra, pero realmente se excavaron 22, el contratista asume ese costo por el precio global pactado, pues el contrato no se centra en los ítems en que se puede disgregar la obra ni en cantidades específicas, sino en la obra misma como resultado final que por ese precio se obligó a entregar, bajo el entendido de que este tipo de contratos no son de medio sino de resultado, por lo que la metodología que utilice el contratista para obtenerlo, no debe interesar.

La modalidad seleccionada, tiene importantes repercusiones, lamentablemente poco utilizadas, en lo que respecta a adiciones en valor, puesto que si estamos frente a un contrato con precios unitarios, solamente se requiere “adición” cuando sea necesario agregar nuevos ítems que no estaban inicialmente previstos, en cuyo caso la obra como ente físico cambiaría, sería distinta a la que se proyectó.

Un importante y valioso concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, explica con mayor detalle las diferencias que se presentan entre la modalidad de pago por precios unitarios y por precio global:

“En cambio si de lo que se trata es de la realización de “mayor cantidad de obra” de la presupuestada precisamente para no modificar el objeto del contrato no se requiere ni cabe el “contrato adicional” basta la autorización del respectivo interventor o del funcionario que el mismo contrato haya previsto.

“(..)

“No está demás recalcar cómo la inveterada costumbre administrativa de celebrar “contratos adicionales en valor” para aumentar presupuesto de obra, está llevando a absurdos tales que enredan totalmente la ejecución de los contratos. En efecto, no son pocos los casos en donde

la administración, después de obligar a los contratistas a celebrar contratos adicionales para aumentar simplemente la asignación presupuestal para cada contrato, ha llegado a declarar que es necesario terminar un contrato en el cual no se ha ejecutado aun la obra contratada porque ya se ha copado el límite legal establecido en el inciso 2º del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, a pesar de que, por supuesto, no se ha agregado nada al alcance de la obra original. En otros más, ocurre que no se puede ejecutar la obra complementaria, extra y/o adicional, porque también se copó con eso “contratos adicionales en valor” el límite legal.

“(..)

“La contratación entendida como un instrumentos para alcanzar los fines estatales y satisfacer el interés público, hace que la administración se encuentra facultada para modificar los diseños y estudios previstos inicialmente para la ejecución de una obra pública, cuando éstos adolezcan de errores o sean insuficientes o inadecuados, independientemente de la responsabilidad que ello pueda generar.

“Por consiguiente, si para alcanzar el objeto contractual se hace necesario corregir errores de diseño o buscar soluciones técnicas alternativas frente a eventos no previstos, la administración está en la posibilidad, y en el deber jurídico, de adecuar los diseños y estudios, así ello implique la ejecución de una mayor cantidad de obra y el desarrollo de obras adicionales al objeto contractual,...

“(..)

“De lo anterior resulta claro que es un deber de la administración ordenar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación, es un imperativo de su gestión, al cual no puede sustraerse so pena de incurrir en responsabilidad por omisión, pues iría en contra de lo previsto en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993. Desde luego que si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional; si ellas solo exigen modificaciones de diseño o de cantidades de obra simplemente, no será necesario suscribir un contrato adicional y bastará, entonces, el acuerdo entre las partes” (C.E. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 1439 de julio 18 de 2002, ponente Dra. Susana Montes de Echeverri)

El mito, entonces, de que nunca un contrato puede aumentar su valor final en más del cincuenta por ciento del precio originalmente previsto, no es absolutamente cierto, pues depende de la modalidad de contratación que se esté utilizando, dado que si se pactó por precios unitarios y en el curso de ejecución del contrato, solo se presentaron mayores cantidades de obra, cabe la posibilidad que el contrato final resulte aumentado en una proporción que supere el 50% del valor originalmente previsto, sin que ello sea ilegal, pues la norma del inciso 2º del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, habla de que no se pueden adicionar los contratos, en más del 50% del valor inicial, pero como hemos visto, cuando se pacta el contrato en precios unitarios, la mayor o menor cantidad de obra que al final resulte, no significa que se “adicione” o se agregue algo nuevo a la obra originalmente prevista.

Lo anterior, insistimos, siempre y cuando se conserven los mismos ítems pactados originalmente en el contrato, pues de lo contrario, si se presentan ítems nuevos, estaríamos hablando de adición, quedando limitados por la norma en comento, es decir, no más del 50% del precio inicialmente pactado.

Ahora bien, cuando el contrato se pactó bajo la modalidad de precio global, los conceptos de mayor o menor cantidad de obra resultan irrelevantes, pues en este caso se refuerza la obligación de resultado que adquiere el contratista, es decir, entregar la obra sin considerar aquellas situaciones imprevistas que son asumidas por su cuenta y riesgo, contexto que si bien lo puede beneficiar, también lo puede afectar.

En este punto, la siguiente anotación ¿Dónde está escrito que todo el que contrata con el Estado debe ganar?, existe la idea de que nunca un contratista del Estado puede perder económicamente en la negociación, que el Estado siempre le garantiza una utilidad, un margen de ganancia. Se ha prostituido la teoría del restablecimiento del equilibrio contractual, pululan las solicitudes de revisiones de precios y se ha olvidado que al fin y al cabo, la contratación con el Estado es una parte muy pequeña de todas las negociaciones comerciales que se realizan en la vida moderna y que como en toda negociación, el riesgo de perder o de ganar, está latente.

La contratación a precio global, ha sido dejada de lado con el supuesto de que incrementa los costos pues hay que agregar un valor considerable que ampare los posibles riesgos que afronte el contratista, en tanto no hay reconocimiento por mayores cantidades de obra. Se olvidan que tampoco hay reconocimientos por menores cantidades y que en todo caso, el interesado en proponer debe verificar con mayor cuidado y precaución, los estudios y diseños que respalden el proyecto que se le está ofreciendo, para determinar las posibilidades de ganancia que obviamente busca, analizando también que un error en esta etapa, corre por su cuenta.

Además de lo anterior, la tesis de que los imprevistos se incrementan con la modalidad de precio global, se cae por su peso cuando en la otra modalidad, la de precios unitarios, se utiliza la figura típica del A.I.U. –Administración, Imprevistos y Utilidades- como un simple adorno, pues en la práctica si se presenta un Imprevisto (I), así esté determinado de antemano su valor, generalmente nunca se imputa a ese ítem y se realizan contratos adicionales para cubrirlo.

La situación se complica aun más cuando ese A.I.U., no se disgrega en sus componentes para dar a cada uno su valor, pues en la práctica el ítem se termina liquidando como costo de los honorarios por la administración de la obra, es decir, pasa a ser solo A.

Ahora está el SICE y en virtud de el, mejor de su decreto reglamentario, 3512 de 2.003, antes de la adjudicación deben revisarse los precios de las ofertas que se presentaron, para constatar si se ajustan o no a los del sistema. En una licitación el evaluador puede enfrentarse a obras con cien ítems, para poner un ejemplo modesto, teniendo entonces que verificar en los registros de precios del SICE todos los que le propusieron sus diez cotizantes.

Si le interesan más las necesidades de su comunidad y cumplir los fines de su entidad, si en verdad le preocupa la satisfacción del interés general y le preocupa el tiempo en que la tramitología atrasa y encarece la solución de los problemas de un país de por sí atrasado, le damos un consejo: contrate por la modalidad de precio global, pues el SICE no está en capacidad de registrar precios para obras que se licitan sin estar disgregadas unitariamente –Acuerdo del Comité para la Operación de SICE No. 004 de 2.005-.

Además, quién dijo que el SICE debía aplicar para contratos de obra, ello no es más que una creación original de la Contraloría General de la Nación –Acuerdos No. 004 y demás del Comité para la Operación del SICE-, pues en la ley que creó el sistema –Ley 598 de 2000- se dijo que éste aplicaría para la adquisición “de los bienes y servicios de uso común o de uso en obras” (Negrillas y subrayas fuera del original) y hay una diferencia muy notoria entre adquirir bienes que se utilizan en una obra –cemento, ladrillo, hierro, etc.,- y contratar la construcción de una obra, pues en primer lugar, las obras no se adquieren sino que se construyen.

En segundo lugar, la contratación de la construcción de una obra no implica comprar el ladrillo, el acero o el cemento, sino el resultado final, la obra como producto terminado, no sus componentes que por sí solos no tienen ninguna utilidad para la satisfacción del interés general.

La solución que se propone consiste en rescatar la contratación a precio global, volviendo a plantear nuevamente el resurgimiento de la dignidad del contratista y dignidad significa responsabilidad, la responsabilidad de hacer estudios muy

minuciosos sobre la obra que se le ofrece, para determinar las posibilidades –que como en todo negocio no dejan de ser inciertas- de obtener una ganancia.

Ahora, no debe descuidarse que cuando se contrate por la modalidad de precio global, la entidad, aquí con mayor razón, debe pedir marcas de los bienes necesarios para la obra o suministro, en tanto si deja espacios abiertos el contratista los sabrá aprovechar para reducir costos con marcas desconocidas que impliquen al final un incremento de su utilidad, en perjuicio de la calidad.

La modalidad de contratación por precios unitarios, por otra parte, estaba llevando a absurdos como la petición de que los participantes anexen sus análisis de precios unitarios, que se convertían luego en hojas de borrador de los ingenieros o funcionarios de la entidad, sin ningún efecto práctico.

La entidad no debe entrometerse en los análisis de precios unitarios y demás estudios que hace el interesado en proponer, su deber está en garantizar la selección de un contratista que se muestre serio, con experiencia, con la capacidad financiera suficiente para garantizar que puede soportar los demorados pagos de las cuentas, con equipo técnico y personal a disposición de la obra, etc., etc., ya con esas condiciones, es de su fuero interno qué análisis y consideraciones haya hecho a vez de aceptar el contrato.

Lo dicho hasta aquí, puede reforzarse si recordamos que en el decreto 2170 de 2.002, en su artículo 5º, habló ya de la conformación dinámica de la oferta que no es más que una subasta pública donde los interesados pueden ir mejorando las condiciones de sus propuestas, en especial el precio; el artículo fue suspendido por el Consejo de Estado, pero es muy posible que se reviva por medio de las propuestas de reforma a la ley 80 que se encaminan por esa tendencia. En ese sistema, no hay tiempo para solicitarle al proponente que cumple los requisitos de participación, es decir, un proponente idóneo para contratar, que explique qué análisis o estudios ha realizado para determinar el precio que está ofertando, de lo contrario dejaría de ser dinámico.

Aun más, en los contratos de obra, la conformación dinámica de la oferta operaría con mayor facilidad si se trabajara con precio global, pues de lo contrario, el procedimiento sería bastante engorroso al tener que pujar por cada precio unitario.

Independiente de todo, también el Estado debe entender que está frente a un negocio y por más que los pliegos, los estudios, los planes, los proyectos, etc., etc., indiquen que se ha seleccionado la mejor propuesta, los riesgos propios de la negociación pueden materializarse y al final haya que concluir que fue un mal negocio donde perdió.

Y lo anterior, sin rasgarse las vestiduras, pues así como en ninguna parte está escrito que el contratista particular siempre debe ganar, tampoco en ninguna parte se dice que el otro contratista, el público, deba hacerlo.

14. ANTICIPO Y PAGO ANTICIPADO: NO DE NI LO UNO NI LO OTRO

Los recursos que el Estado entrega al contratista en calidad de anticipo, son dineros públicos y éste los recibe para brindarles un buen manejo, para invertirlos en la obra, según los ítems que se hayan pactado y los plazos de entregas parciales estipulados en el contrato.

Con los recursos entregados en calidad de anticipo, el contratista debe procurarse los primeros elementos que le permitan ejecutar el contrato, como por ejemplo: materiales, contratación de personal, gastos de transporte, provisión de alimentos, hospedaje, etc., pero no son dineros de su bolsillo y por ello, resulta aconsejable exigir en los pliegos que el contratista presente con su propuesta su programa de manejo o inversión de anticipo, a efectos de facilitar al interventor o supervisor del contrato su control.

Uno de los pocos aciertos del Decreto 2170 de 2002 –o mejor, de lo que queda de el-, está en su artículo 7º, al establecer que cuando el contrato supere el 50% del rango de la menor cuantía que la ley 80 establece según el literal a) del numeral 1º del artículo 24, deberá abrirse una cuenta separada a nombre del contratista y de la entidad estatal.

Lo anterior, no solo por lo dicho de facilitar la intervención de esos recursos por parte de la entidad, en tanto su carácter de públicos, sino también para que los rendimientos que llegaren a producir puedan ser reintegrados a la entidad –como lo dice la norma- pues no pueden pasar a manos del contratista, en tanto lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal –si los recursos son públicos, sus rendimientos financieros también-.

Olvidó señalar la norma qué tipo de cuenta se debería abrir, si corriente o de ahorros, pero se sobreentiende que se trata de la segunda opción, pues la primera, por ser “corriente” no permite que se generen rendimientos financieros.

La interpretación adecuada de la norma, es que la obligación de abrir cuenta conjunta, nace cuando el contrato, no el anticipo entregado, supera el 50% de la menor cuantía que le corresponde a la entidad, así el anticipo que se entregue sea equivalente al 2%, al 10%, o al 40%. Lo determinante es el monto del contrato, no el del anticipo.

En este punto cabe aclarar que el anticipo, como una especie de préstamo que la administración hace a favor del contratista, tiene un objetivo fundamental, proveer a éste de los recursos básicos para que cubra las primeras inversiones que requiere la ejecución al objeto contractual, pero en las partes que necesitan de ese

financiamiento, por lo que no sería válido, por ejemplo, que para un contrato de obra, los costos de Administración y Utilidad, de descuenten de ellos.

No faltan los ingenieros que con los recursos entregados con el anticipo, compran una camioneta con el argumento de que es básica para el inicio de la obra. La solución es por más sencilla, la camioneta es del Estado, por cuanto la compró con sus recursos, administrados por un tercero: el contratista.

La mejor forma de constatar el buen manejo del anticipo y como usualmente suele hacerse, es por medio de su amortización según actas parciales de ejecución, suscritas por el contratista y el interventor o supervisor designado por la entidad. Las actas parciales de obra, constituyen la forma en que se reintegra, poco a poco, el préstamo recibido de manos del Estado.

Después, cuando el préstamo se agota, cuando ya el contratista ha invertido según lo estipulado con la entidad el dinero recibido en calidad de anticipo y a su cambio reintegra las primeras muestras de ejecución del objeto contractual, vienen las actas de pago parcial, donde pueden presentarse dos situaciones: que aun se requieran más inversiones, es decir, que parte de ese pago parcial continúe poseyendo la calidad de anticipo –dinero público-, pero que también de allí se puedan ir cancelando los honorarios por administración y utilidad a que tiene derecho el contratista.

Pero puede suceder, como segunda opción, que con el anticipo se hayan cubierto todas las inversiones iniciales que requería el objeto contractual y que los pagos subsiguientes, se destinen a cubrir los honorarios y utilidad a que tiene legítimo derecho el contratista.

Cuando se presenta esa situación, es decir, que ya los recursos subsiguientes que se entreguen son solo para cubrir el pago de honorarios o de la utilidad, los mismos pierden la categoría de públicos y pasan a ser del particular contratista. Igual sucedería, en ese caso, con los rendimientos financieros que se produzcan. No cabría aquí el ejercicio de la vigilancia conjunta, pues no podría el interventor inmiscuirse en la inversión que ese particular decida dar libremente a su propio patrimonio.

Muchos contratistas no se han percatado de esta situación y permiten que el Estado se enriquezca prácticamente de forma ilícita, pues así como por la demora en que se realizan los pagos por parte de las entidades públicas, los recursos del Estado generan cuantiosos rendimientos, también los particulares deben beneficiarse por las tardanzas de muchos interventores, que a pesar de estar con los recursos en las cuentas prestos a los pagos parciales, retardan la suscripción de las actas correspondientes.

En lugar de anticipo se suele pactar el pago anticipado, una figura en la cual, a diferencia de la primera, los recursos pasan a manos del particular, razón por la cual no hay obligación de abrir cuenta conjunta ni mucho menos los rendimientos financieros serían del Estado.

Esta modalidad ha sido vista con mucho recelo en especial por los órganos de control, incluso en los más recientes proyectos de reforma a la ley 80 se ha propuesto prohibirla expresamente -cuidadosa estrategia pues si solo sustrajeran la figura de la norma actual que la contempla, la misma tendría respaldo en el artículo 40 de la misma ley por principio de la autonomía de la voluntad-.

Sin embargo, si se observa con cuidado en los negocios civiles y comerciales particulares, la figura más comúnmente utilizada, sin consideración del contrato que se pretenda celebrar, es la del pago anticipado, incluso, cuando en el derecho privado se habla de anticipo, generalmente se utiliza como si fuese un pago anticipado. La prohibición de realizar pagos anticipados, más que una solución, es otro obstáculo en la búsqueda de brindar satisfacción oportuna a las necesidades de la comunidad.

Solo quienes han trasegado en la vida práctica por esos temas, saben que hay proveedores, productores o suministradores, que no solo son los dueños de cierta clase de bienes o servicios, sino que además no contratan si no se les otorga un pago anticipado y como generalmente se trata de un suministro, en el cual el objeto está dispuesto para la venta al mejor postor, no cabría la entrega de un anticipo pues no hay nada que financiar.

Si se pretende eliminar la figura del pago anticipado, ni para qué tocar el tema del pago del 100% del precio desde la firma del contrato, propuesta que en determinados casos –muy puntuales y que no vale la pena tocar por ahora-, pareciera la única solución a ciertos problemas contractuales.

La recomendación se centraría en que, en la medida de lo posible, no se le otorgue al contratista ni anticipos ni pagos anticipados. Para ello, verifique con anterioridad la capacidad financiera del proponente y exija desde los pliegos, las condiciones que en materia de activo líquido, capital de trabajo, índice de endeudamiento y otros indicadores, le permitan iniciar con la ejecución del contrato sin necesidad de esperar el engorroso trámite de las cuentas en la administración pública.

Para verificar lo anterior, exija que tales datos los certifique un contador o el revisor fiscal de los proponente, si está obligado a tenerlo, pero eso sí, crea en ellos, en virtud de la fe pública que otorgan los actos del primero (art. 10 de la ley 43 de 1.990) y que según el Código de Comercio, los segundos, tienen competencia para declarar sobre los bienes y operaciones de las empresas fiscalizadas (art. 207 del Código de Comercio), ambos con mucho que perder si engañan en sus declaraciones.

La otra posición, que a veces se presenta y se resume en la frase “El papel aguanta lo que le pongan” no se compadece con el respeto que la profesión del contador público debe tener, ni menos con la crítica que a los órganos de control se les hace cuando plantean –algunas veces- semejante argumento al funcionario encargado de desarrollar el proceso de contratación.

Además, con la demostración en papeles de la buena capacidad financiera del proponente, tiene todo el derecho a exigirle que empiece a ejecutar el contrato sin considerar la entrega de anticipos o pagos anticipados, a lo que lógicamente no podrá oponerse. El tiempo que gana es invaluable, pues no hay algo que demore más la ejecución de los contratos, que el engorroso trámite administrativo de las famosas cuentas, parecido más a un rito solemne y misterioso, rodeado por la típica frase “Donde está mi cuenta”.

Ser exigente en este punto, a pesar de que seguramente no faltaran las críticas de que no brinda oportunidad a las pequeñas empresas o a las de la región entre otros argumentos de ese estilo, le otorgará una mayor confianza sobre la seriedad del ofertante seleccionado y a la vez, le permitirá agilidad en el proceso de ejecución de lo contratado, pues hasta ahora no hemos conocido entidad pública que logre superar el record de dos semanas, en el giro de una cuenta, viéndose casos escalofriantes de hasta cuatro meses.

Evitará también encontrarse con los famosos contratistas “al debe”, que otros llaman -sin intención de desmeritar al gremio- “Contratistas Carpinteros”, para referirse a aquellos que con el anticipo que reciben de una entidad, terminan el contrato que suscribieron con otra. Se les identifica, en primer lugar, porque rebajan demasiado los precios en su desesperación por “ganarse” el contrato y segundo, porque después se dedican a hacer lobby por todas las oficinas “moviendo” las cuentas.

Una cuenta, para los que no las conocen, es como un ser vivo administrativo, que se “mueve”, con sentimientos encarnados por las mínimo diez firmas que la acompañan, llena de sellos, números, descuentos y con periodo de gestación, a veces igual al de un ser humano.

Un proponente con una buena capacidad financiera, permite no solo un parto normal de la cuenta, sino también contratar bajo la modalidad de precio global, pues es más conciente de los riesgos propios de esta forma de contratación, pero sabe que posee un respaldo económico que un determinado momento, si el negocio “pinta mal” lo puede respaldar.

En este punto y como corolario de lo que antes dijimos sobre la experiencia y las marcas, a las personas hay que enseñarles que el camino se construye paso a paso, siendo la constancia la que va dando sus frutos poco a poco, uno de ellos

lógicamente será el respaldo económico que en un determinado momento vayan alcanzando y con el cual podrán adentrarse en mejores proyectos.

15. LA PUBLICACIÓN DE LOS PRE-PLIEGOS, DE PLIEGOS DEFINITIVOS Y ACTO ADMINISTRATIVO DE APERTURA

Parece ser que desde un tiempo para acá, cada vez que se piensa en una reforma a la ley de contratación estatal se piensa en dos cosas: más publicaciones, más plazos y más pasos, como si la solución a los problemas de corrupción estuviera en las normas o en los procedimientos.

El Decreto 2170 de 2002 no hace más que corroborar lo anterior, cuando en sus artículos 1º y 2º ordena la famosa publicación de pre-pliegos (o proyecto de pliegos) y de pliegos definitivos.

En lo que a una licitación respecta, la norma obliga a publicar los pre-pliegos por un término mínimo de diez días calendario anteriores al acto jurídico que da apertura al proceso de licitación, con el fin de que la comunidad en general y los interesados en participar puedan solicitar aclaraciones, pedir correcciones o toda otra información que al respecto se considere pertinente.

La publicación debe cumplirse en la página Web que para el efecto destine la entidad y si con ella no cuenta, la norma dispone que debe publicarse un aviso anunciando el lugar donde puede consultarse dicho documento, en un diario de amplia circulación nacional, departamental o municipal, según el caso, o comunicarse por un mecanismo previamente determinado por la autoridad administrativa, de manera que permita a la comunidad conocer su contenido –art. 1 Decreto 2170 de 2002-.

Sobre esa norma varias anotaciones: la primera, que si la publicación no se realiza por Internet, es necesario que la entidad expida acto administrativo previo, señalando la forma en qué publicará el aviso para dar a conocer el lugar donde estarán a disposición de la comunidad los pre-pliegos; sin este acto administrativo, aquella publicación resultaría incompleta, puesto que estaríamos hablando de un acto general que también debe publicarse en el diario oficial de la entidad, para que así la comunidad lo pueda conocer.

Publicar el aviso sin haber publicado antes el acto administrativo por el cual se dispuso la manera en que se llevaría a cabo dicho trámite, es como si no se publicara.

Cuando la publicación se hace en Internet, la norma no obliga a que se expida acto administrativo previo, seguramente porque en Internet no se publica ningún aviso sino los pre-pliegos completos, o talvez porque si la entidad cuenta con una página Web, debió existir antes un acto administrativo que así lo dispuso.

El problema que suele presentarse y más comúnmente de lo que se piensa desde el centro o la capital, es el de muchos municipios que por razones tecnológicas no cuentan aun con servicio de Internet, por lo que deben recurrir a la segunda opción antes comentada, la del aviso en diario o en otro medio previamente establecido, anunciando dónde se podrán consultar los pre-pliegos; ese otro medio, generalmente por lo práctico y lo económico –o talvez, por qué no, por ser entre todas la opción que menor difusión permite- es el aviso en la cartelera principal de la entidad –o en otra, ya depende de lo que defina el acto administrativo previo-.

La norma no realizó diferencia alguna entre el tiempo en que deberían estar publicados los prepliegos y el tiempo en que debería estar publicado el aviso. En nuestro criterio, cuando se trata de publicar el aviso en diario, bastaría con uno solo –lo que aumenta en esta opción son los costos- pero si lo que se trata es de comunicación por un medio diferente, la misma debe ser constante, por lo que, por ejemplo, si se trata de un aviso en cartelera debe permanecer en ella por el plazo de los diez o cinco días dependiendo de la cuantía de la contratación.

Viene la segunda pregunta: en este último evento ¿Los días son calendario o hábiles?, en nuestro concepto, se trataría de días hábiles pues de nada sirve un aviso si se publica un sábado, un domingo o un festivo, donde a diferencia del Internet, generalmente no hay atención al público, lo que a su vez vendría a significar que esta etapa puede tardar fácilmente unos quince días calendario.

También es importante considerar que si se escoge la opción del Internet, se debe verificar que el diseño de la página Web y demás condiciones técnicas del servicio, garanticen las dos exigencias expresas de la norma: conectividad e inalterabilidad de los documentos que llegaren a publicarse; por eso, es oportuno solicitar al contratista diseñador de la página, que expresamente certifique que el sitio virtual cumple con los requerimientos analizados, es decir, que se pueda consultar en cualquier momento y en cualquier lugar, con la seguridad de que los documentos en ella publicados, no podrán ser adulterados o borrados del sistema.

Por último, no hay que olvidar que la norma es muy clara al expresar que la publicación de los pre-pliegos no genera obligación para la entidad de dar apertura a los respectivos procesos contractuales. La administración, considere o no los argumentos expuestos sobre el proyecto de pliegos, puede decidir sin restricciones si continúa o abandona el proceso.

Independiente de todo ello, esta etapa así esté inspirada en finos propósitos, no se compecede con el ya largo camino que hay que recorrer para adjudicar un contrato fruto de una licitación o concurso públicos, por lo tanto, debería haberse incorporado después del acto administrativo de apertura, antes de que empiece correr el término para la entrega de propuestas, pero bajo la condición de que la administración, de considerar relevantes las observaciones que se le formulen, queda en libertad de abandonar el proceso.

Ello evitaría que los proponentes, después del acto de apertura, hagan uso de la facultad que les confiere el artículo 30, numeral 4 de la ley 80 de 1993, de solicitar aclaraciones o convocar a audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos, adicional a que según la misma disposición, el hecho de que se haya realizado audiencia de precisión de alcances, no impide que los interesados puedan en todo tiempo hasta antes del cierre de la licitación, realizar nuevas aclaraciones; aspecto que los proyectos de ley pretenden corregir para impedir que se soliciten las mismas cinco días antes del cierre.

En ese sentido la licitación se está convirtiendo en una reiteración interminable de etapas, en contravía de la eficiencia con que deben cumplirse los fines que la inspiran, que no son otros sino la prestación eficiente y oportuna de los servicios a cargo del Estado –Art. 3º L. 80 de 1993-.

De etapas, plazos, aclaraciones, contra aclaraciones, prorrogas, adendas y aclaración de las aclaraciones, está lleno hasta el proceso de licitación en cualquier entidad, incluso la más “técnica”, por eso nos atrevemos a decir que cuando la solución de los problemas humanos es entrega al derecho, se pierde el derecho humano a tener problemas.

Después de la publicación de los proyectos de pliegos, habrá que analizar las posibles observaciones que se formulen, ello no se puede hacer estrictamente en ese mismo plazo, pues cabe la posibilidad de que alguna de ellas se expongan en el último minuto de la última hora del último día de publicación, por lo que se recomienda dejar un plazo mínimo de un día hábil, para dar contestación a esas observaciones o simplemente acatar o ajustar los pliegos.

Viene ahora la publicación de los pliegos definitivos, es decir, los que ya no se pueden cambiar en sus elementos esenciales, pues si se trata de partes accidentales o de mero detalle, los que según la jurisprudencia¹⁴ se pueden omitir, con mayor razón también se pueden modificar.

El mismo día de la publicación de los pliegos definitivos, debe expedirse el acto jurídico o administrativo de apertura de proceso de selección, es decir, la decisión unilateral de la administración de abrir un proceso y llevarlo hasta al final, en otras palabras, hasta la adjudicación o declaración de desierta.

Estos pliegos definitivos no deben tener un término exclusivo de publicación, pues como tal el numeral 4º del artículo 21 del Decreto 2170 de 2002 dispone que deben estar publicados durante todo el proceso de selección hasta la suscripción del contrato, además, ya no tendría sentido reiterar una etapa dedicada solo a su publicación, por cuanto su característica de definitivos hace imposible, en primer lugar, que se puedan modificar en sus aspectos sustanciales y en segundo,

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de febrero de 1.987, radicación 4694, ponente Julio Cesar Uribe.

publicarlos de forma independiente a cualquier otra etapa demoraría aun más el desarrollo del proceso.

El acto administrativo de apertura debe ser motivado –art. 30, número 1 de la Ley 80 de 1993-, la motivación no tiene que ser otra que la narración sucinta de los pasos que ha dado la administración antes de llegar a ese punto, es decir, que ha estudiado la necesidad, así como la forma de solucionarla, que cuenta con los recursos económicos dentro de su presupuesto, que ha realizado, publicado y corregido prepliegos y que por tanto, toma la decisión de abrir formalmente el proceso.

Este acto jurídico, no debe confundirse con el acto de apertura de la licitación, es decir, el momento físico a partir del cual los interesados pueden presentar sus propuestas.

El acto físico de apertura, según el artículo 30, numeral 5 de la ley 80, como el momento a partir del cual pueden ser presentadas las propuestas, debe realizarse al mes siguiente de la fecha en que se reportó la licitación a la Cámara de Comercio.

16. ¿EL ACTO ADMINISTRATIVO DE APERTURA SE PUEDE REVOCAR?

Para la respuesta a este interrogante, es bueno determinar en primera instancia, si ese acto administrativo es general o particular.

Consideramos que se trata de un acto general pues el llamado a proponer, no genera derechos ciertos a ninguna persona, a menos que la misma administración en un momento determinado, haga nacer ese interés particular y concreto, como por ejemplo, cuando vende pliegos o permite que los interesados agoten la etapa de inscripción y más aun, cuando recibe sus propuestas.

El inconveniente, es que independiente de cualquier otra responsabilidad, en un momento determinado, como lo ha dicho la jurisprudencia¹⁵, para efectos de los participantes en el proceso contractual, no basta con demostrar que fue privado injustamente de la posibilidad de participar en un proceso, sino que debe demostrar que en caso de haber continuado y haber sido correctamente calificada su propuesta, la suya hubiese sido la mejor propuesta.

Esa tesis del Consejo de Estado, no contempla las situaciones donde los pliegos de condiciones, plantean varias opciones de evaluación de las ofertas y una sola aplicable que se decide al final del proceso cuando ya se depuren los proponentes habilitados, práctica que las entidades han escogido para evitar que éstos influyan mediante alianzas o malas prácticas en los resultados de las formulas matemáticas que se solía aplicar.

En estos casos, una propuesta en determinado momento pudo haber sido indebidamente excluida, pero jamás podré demostrar que de haber seguido dentro del mismo, la mía hubiese sido la ganadora, pues nada me asegura que efectuado el sorteo entre las formulas de selección o calificación presentes en los términos, la opción ganadora hubiese sido la más conveniente a mis intereses.

Sería injusto también privarlo de indemnización por lo anterior, en razón a la pérdida de oportunidad que en este caso sufrió el proponente de una manera antijurídica. El inconveniente aquí estaría en determinar el monto de la indemnización a que tendría derecho.

Hay quienes piensan que la posibilidad de revocar o tomar la decisión de no seguir con el proceso de selección, frente al acto de apertura de licitación, depende de la etapa en que se encuentre el proceso contractual; para ellos, si el proceso de selección ya superó el momento en que se inicia el plazo de la licitación, es decir,

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de abril de 2005, radicación No. 050012325000199301085 01, expediente No. 12025, ponencia del Dr. Ramiro Saavedra Becerra,.

el plazo en que se pueden entregar propuestas, ya no habría posibilidad de echar marcha atrás y habría que esperar a que se agoten las demás etapas.

No compartimos esta posición pues cabe la posibilidad de que no se presenten propuestas y por lo tanto, si ello fuera como lo plantean, terminaría siendo afectada la comunidad o el servicio público interesado en el contrato al tener que surtir todo un proceso que de ante mano se conoce el resultado: declaratoria de desierta.

Uno de los principios de la contratación estatal es la economía, que tiene entre sus postulados, según su art. 25, num. 2º, que "...las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados".

Por ello, lo determinante desde nuestro punto de vista, es la presencia o no dentro del proceso de interesados en quienes se haya hecho nacer una expectativa legítima, expresada en actos como la compra de pliegos, la inscripción o la entrega de propuestas –según la construcción original de cada proceso-.

17. LA OBTENCIÓN DEL CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL Y REGISTRO PRESUPUESTAL

No es necesario que al momento de publicar o elaborar los pre-pliegos de condiciones, se obtenga el Certificado de Disponibilidad Presupuestal –CDP-, en tanto el artículo 1º del Decreto 2170 de 2002, estipula muy claramente que la publicación de los mismos no obliga a la entidad a dar apertura al proceso de licitación con invitación directa; siendo así, no tendría inconveniente si al publicarlos, la entidad no obtiene aun el CDP pues en virtud de las observaciones o aclaraciones que sean formuladas en el tiempo de publicación de los prepliegos, o por decisión propia, se abstendría de dar apertura real al proceso.

Incluso, cabe preguntar ¿Qué pasa si en los pliegos de condiciones definitivo o previo al contrato, la administración no obtiene el CDP?

Según un fallo de unificación del Consejo de Estado, la falta de CDP, es decir, la ausencia de constatación dentro del presupuesto de la entidad de la existencia de recursos suficientes para garantizar el contrato- es una omisión administrativa que puede generar posiblemente responsabilidad penal, pero en estricto sentido no tiene la capacidad de viciar el contrato.

Contrario sucede, si lo que hace falta es el Registro Presupuestal –RP- , es decir, la constancia que indica el monto, el plazo, el valor y el objeto del contrato que la administración ha suscrito, reservando determinados recursos solo para cubrir su ejecución, su ausencia produciría un vicio legal que afectaría la perfección del acto, con lo cual, estaría en juego su validez.

Dice así el Consejo:

“Por tanto, considera la Sala, que cuando el numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, hace alusión al **certificado de disponibilidad presupuestal**, lo establece como un requisito previo, accidental del acto administrativo que afecte la apropiación presupuestal, el cual, debe entenderse como a cargo del servidor público, cuya omisión, en los casos en que se requiera, genera responsabilidad personal y pecuniaria según indica el inciso final del mismo artículo 49 ya citado. En este sentido, **no constituye entonces requisito de existencia ni de perfeccionamiento del contrato**, pues se trata de un acto de constatación presupuestal propio de la administración, que como se indicó, es de carácter previo inclusive a abrir la licitación, concurso o procedimiento de contratación directa.

“Por el contrario, el **registro presupuestal sí constituye requisito de perfeccionamiento del contrato**, lo cual se extrae del inciso segundo del mismo artículo 49 de la Ley 179 de 1994, cuando hace alusión a que “(e)sta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos”, refiriéndose estrictamente a la operación de registrar la afectación presupuestal que se hace con el acto administrativo o contrato que compromete el presupuesto. En consecuencia, **su omisión, para aquellos contratos que lo requieren, genera falta de perfeccionamiento del contrato, que este no se pueda considerar en el tránsito jurídico y por ende, imposibilita su ejecución**. Adicionalmente y al igual de lo que sucede con la ausencia de certificado de disponibilidad presupuestal cuando este se requiere, su omisión genera responsabilidad personal y pecuniaria del servidor o servidores públicos responsables del contrato, y aunque es ésta una obligación de la entidad estatal, el contratista no podrá, inicial el contrato hasta tanto no se haya realizado el registro presupuestal”. (Sentencia de la Sección Tercera, de 23 de junio de 2005, expediente 12846, consejero ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar). Negrillas fuera del original.

Quedando claro que no obtener el CDP antes del contrato, para efectos de la validez del mismo no tiene implicaciones, si las tendría para el funcionario responsable de obtenerlo desde el punto de vista penal o pecuniario.

Sin embargo, sucede muy a menudo que el funcionario responsable, sí constata con el funcionario encargado de presupuesto sobre la posibilidad de disponer recursos para abrir una licitación o celebrar el contrato, pero no se tiene el cuidado de dejar constancia por escrito; aunque, como siempre la dificultad probatoria sería notoria, si al final el contrato se puede celebrar y se puede probar que en todo momento los recursos estuvieron disponibles, la omisión del documento no puede, en un Estado que dice que el derecho sustancial prima sobre las meras formalidades –Art. 228 C.P.- haber ahí algún tipo de responsabilidad personal o pecuniaria.

18. PUBLICACIÓN DE AVISO EN DIARIO DE AMPLÍA CIRCULACIÓN EN EL TERRITORIO DE JURISDICCIÓN DE LA ENTIDAD QUE ADELANTA EL PROCESO

El siguiente paso consiste en la publicación de un aviso –art. 30, num. 3- informando sobre las condiciones generales de la licitación: objeto, condiciones básicas de participación, presupuesto oficial, lugar donde se puedan consultar los pliegos, etc.; la norma de la ley 80, todavía admite que se concurre a diario de amplia circulación, mecanismo por hoy en desuso, pues la Internet ha demostrado tener mucha mejor consulta que los diarios, sin embargo la norma los ubica en la primera opción y solo a falta de ellos, se puede acudir a otros medios de comunicación de la misma o de mejor difusión.

En buena hora pareciera que la tendencia es a sustraer a la administración de esa odiosa formalidad, para que los avisos sean publicados por medio de la Internet, según los proyectos de ley en trámite.

El aviso debe publicarse dentro de los diez (10) a veinte (20) días calendarios anteriores a la apertura de la licitación o concurso público –fecha en que comienza el plazo para empezar a recibir propuestas-, lo cual no quiere decir, que pueda publicarse un día antes de ese acto físico de apertura, pues ello no daría espacio para preparar debidamente la oferta y puede ser utilizado para favorecer a las personas que ya conocían el pliego de manera extraoficial y que lógicamente presentarán su propuesta oportunamente, descartando así a los demás.

La interpretación correcta de la norma, a nuestro entender, es que el plazo válido para hacer las publicaciones en el diario es entre el día calendario veinte (20) y el día calendario diez (10) anteriores a la apertura –inicio del plazo para recibir propuestas-, hermenéutica que permite controlar los defectos que bien por exceso o defecto, se pueden presentar, pues la publicación no será tan vieja como para desalentar a los interesados ni tan nueva que no dé tiempo de preparar la oferta.

Por lo menos entre la publicación y el inicio de la recepción de propuestas, deben contarse nueve (09) días hábiles.

Cuando las formas de publicación anteriores no son posibles, en los pequeños poblados –sin especificar qué se debe entender por tal- el aviso se leerá por bando y se publicarán por un plazo de siete (7) días, uno de los cuales debe ser el de mercado.

El aviso deberá publicarse hasta tres veces, es decir que perfectamente puede ser uno, todo dependerá de la cuantía, naturaleza y objeto del contrato, ubicados desde el caso concreto, pues lo que para una entidad como el distrito de Bogotá

una licitación para una obra pública de cien millones de pesos, es de pequeña trascendencia, la misma pero adelantada por el municipio de Colón – Putumayo, puede ser la más grande que se proyecte ejecutar, lo que ameritaría por lo menos dos avisos.

Cuando se publica más de un aviso, hay que hacerlo con intervalos entre dos (2) y cinco (5) días calendario –numeral 30 del Art. 30, L. 80/93- para garantizar una mejor difusión de la información.

19. VENTA O RETIRO DE LOS PLIEGOS E INSCRIPCIÓN ¿TIENEN LAS ENTIDADES COMPETENCIA PARA COBRAR UN VALOR POR LOS PLIEGOS DE CONDICIONES?

Una vez publicado el aviso (no consideramos que pueda ser antes) en primer lugar se debe desarrollar una etapa de retiro de los pliegos, de la cual habla el art. 30, numeral 4, sin especificar cuánto debe durar, lo que significa que puede ser un día.

Se discute si los pliegos se pueden cobrar o no, la ley 80 guardó silencio al respecto, pero la tesis preponderante es afirmativa, siempre y cuando el valor del pliego no tenga como fin, según cada caso concreto, evitar la participación sino solo recuperar la inversión realizada en la elaboración, fotocopia, distribución, etc., de los mismos.

Igualmente, hay quines en sus pliegos estipulan una etapa de inscripción. Se sobre entiende que aquellos proponentes que se inscriben conocen los pliegos, por lo que no pueden solicitar devolución de su valor, si ya están inscritos.

Sin embargo, es importante considerar que últimamente tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han sido muy recelosos de aquellas competencias que en materia de contratación venían asumiendo implícitamente las entidades públicas o privadas, amparados en acuerdos contractuales pero sin ninguna ley que las facultara; está el caso de la posibilidad, por ejemplo, en que las empresas de servicios públicos domiciliarios imponían sanciones a los usuarios infractores, donde la Corte Constitucional en sentencia T-720 de 2005, ponencia del Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, del siete (7) de julio de dos mil cinco (2005), dijo:

“Se podría argumentar que de una interpretación sistemática de los anteriores preceptos se deriva tal potestad sancionatoria, pues si el artículo 140 autoriza a las empresas a suspender el servicios en caso de fraude de los usuarios y el artículo 142 supedita el restablecimiento del servicio suspendido al pago de las sanciones previstas *todo de acuerdo a las condiciones uniformes del contrato*, implícitamente las empresas prestadoras cuentan con la prerrogativa de imponer multas a los usuarios, siempre y cuando tales sanciones estén previstas en el contrato de condiciones uniformes. No obstante, esta sala considera que una prerrogativa de esta naturaleza, máxime cuando es ejercida por particulares, debe ser expresa al igual que las restantes establecidas por la ley 142 de 1994 y no puede derivarse *implícitamente* de las restantes prerrogativas legales.

“Ahora bien, diversas entidades administrativas han expedido disposiciones de carácter reglamentario que facultan a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios a imponer sanciones pecuniarias a los usuarios. Se trata específicamente de la Resolución 108 de 1997 expedida por la Comisión Reguladora de Energía y Gas, la cual en su artículo 54 consigna que el contrato de prestaciones uniformes deberá contemplar las conductas del usuario que dan lugar a la imposición de sanciones pecuniarias. No obstante se trata de una norma de carácter reglamentario que en ningún caso puede subsanar el evidente vacío legal que existe en la materia. En todo caso cabe recordar que de conformidad con la jurisprudencia de esta corporación este tipo de organismo sólo cuentan con una potestad reglamentaria residual y en ningún caso pueden regular materia que tiene reserva de ley.

“Del anterior análisis se desprende, por lo tanto, que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios carecen de la prerrogativa pública de imponer sanciones pecuniarias a los usuarios. Esa misma razón permite colegir que las decisiones por medio de las adoptan decisiones de esta naturaleza no constituyen actos administrativos, sino meras vías de hecho, las cuales son impugnables por medio de la acción de tutela, máxime cuando estén en juego los derechos fundamentales de los usuarios.”

De igual forma, también la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha expuesto que no tiene competencia la administración para imponer directamente multas o la cláusula penal pecuniaria a sus contratistas, debiendo necesariamente acudir a la justicia para ello:

“Así entonces, se tiene que conforme a lo dispuesto en los artículos 6°, 121 y 122 de la Constitución Política, las actuaciones del Estado se rigen por el principio de legalidad, según el cual, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

“Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que de manera excepcional y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la

Constitución o la ley faculden en sentido contrario.

“En materia de contratación estatal, la situación vigente no es distinta, en tanto la Ley 80 de 1993, se expidió como respuesta a una nueva concepción constitucional del Estado en su relación con los particulares que percibe la necesidad de éstos para el cumplimiento de sus fines, estableciéndose entonces una relación de derecho económico que requiere así mismo de criterios de igualdad, entre dos de sus actores más importantes, esto es, el Estado y el particular empresario, uno como garante de la prestación de los servicios públicos² y el otro como propietario o facilitador de los bienes necesarios para la prestación de tales servicios y que ve en las necesidades del Estado otro campo de inversión del cual puede derivar beneficios económicos, para lo cual, la ley introdujo a la contratación estatal el concepto de autonomía de la voluntad.

“(…)

“En esta orientación, especial preocupación tuvo el tema de las anteriormente denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión; Así, se dijo en el artículo 60 de esta norma:

“(…)

“Ello no ocurrió así con la Ley 80 de 1993. Esta norma, no solo derogó el Decreto 222 de 1983, anteriormente citado⁷, sino que restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria y dispuso de manera general : ...

“Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado.

“No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía-de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 19989 y del 20 de Junio de 200210, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada

en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente.” (Fallo de la Sección Tercera, veinte (20) de octubre de dos mil cinco (2005), ponencia del Dr. Germán Rodríguez Villamizar, expediente 14579)

Si consideramos estos antecedentes, puede pensarse que las entidades no tienen competencia legal para, en primer lugar, imponer el valor de los pliegos, peor aun para sancionar a los proponentes que no adjunten la constancia de su pago.

Lo anterior, puede impedir la práctica de cobrar un precio exagerado por los pliegos, con el único fin de impedir la participación en el proceso.

20. ACLARACIONES DE LOS INTERESANTES Y AUDIENCIA DE PRECISIÓN DEL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS PLIEGOS

De conformidad con el art. 30, numeral 4 de la ley 80 de 1.993, dentro de los tres días hábiles siguientes al plazo en que se puede empezar a recibir propuestas y a solicitud de uno de los interesados, es posible llevar a cabo una audiencia cuyo objeto consiste en precisar el contenido y alcance de los pliegos; pero el mismo artículo indica que así el plazo anterior esté vencido, los interesados pueden seguir formulando solicitudes de aclaración, no importa que sea en el último minuto, de la última hora de la fecha programada para el cierre, lo que reitera una de nuestras críticas, sobre la continua repetición innecesaria de etapas, pues ya desde que se publican prepliegos existe un momento más que amplio para exponer las aclaraciones, observaciones y sugerencias que sean del caso.

El inciso segundo del numeral 4, del art. 30 de la ley 80 de 1993, expresa:

“Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá **las modificaciones** pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles”. (Negrillas fuera del original).

La pregunta sería ¿Los pliegos definitivos son o no modificables en el transcurso del proceso?

Para complicar la respuesta, miremos el tercer inciso de ese mismo artículo:

“Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar **aclaraciones adicionales** que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.” (Negrillas fuera del original).

Recordemos que la petición que hacen los interesados es para precisar el contenido y alcance de los pliegos, ante lo cual la administración puede resolver **modificarlos**, es decir, ante una solicitud de aclaración inicial -no la adicional pues ese nombre está reservado para aquellas que se realizan fuera del plazo de los tres días hábiles siguientes a la apertura -puede devenir una modificación, siempre y cuando no se afecte los elementos esenciales de la convocatoria original, bajo los mismos criterios de la jurisprudencia del Consejo de Estado que antes analizamos, donde se hacía especial referencia a los requisitos menores o detalle-.

Lo contrario, permitir modificaciones a todo el contenido del pliego, como al parecer lo sugiere la norma, significaría cambiar las reglas de juego a los proponentes, situación que no dejaría de interpretarse como pensada para favorecer a uno de los interesados en el proceso.

Pero sí existen poderosas, justificadas y demostrables razones para hacer un cambio en los pliegos, como por ejemplo, que el gobierno decida entrar a regular los precios del cemento a consecuencia de lo cual se produce una rebaja desmesurada de este elemento, es posible que la administración entre a modificar los ítems que se pensaban contratar y no cabría objeción de un cambio de reglas de juego pues estaría primando el interés general y además, porque en caso de no hacerse el ajuste dentro del proceso, posteriormente la administración podría ajustar los precios para restablecer a su favor el equilibrio contractual –¿Qué sentido tiene esperar hasta esa instancia?–.

También como resultado de la audiencia de la precisión y alcance de los pliegos, la administración por las modificaciones que piense realizar a los mismos, puede decidir aplazar la fecha de cierre, hasta seis días hábiles más como límite.

21. PLAZO DE LA LICITACIÓN Y POSIBILIDAD DE PRORROGARLO

El plazo de la licitación, entendido en esa forma tan didáctica como aparece descrito en la ley 80, art. 30.5, como "...el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre", no tiene, como se puede ver, un plazo determinado en la ley, pues depende de la naturaleza, objeto y cuantía de lo que se piense contratar, teniendo un grado de discrecionalidad la administración para poder definir el espacio de tiempo necesario para ello.

La prórroga del plazo de licitación no se podría sino básicamente en dos circunstancias:

La primera, en el caso previsto en el inciso 2º del numeral 4º del artículo 30 de la ley 80 de 1993, es decir, cuando producto de las aclaraciones realizadas dentro de los tres días hábiles siguientes a la apertura del concurso o licitación, la administración deba realizar modificaciones a los pliegos, según lo explicado en líneas anteriores. En este caso, la prórroga solo servirá para adicionar seis días hábiles más.

La segunda, contemplada en el inciso 2º del numeral 5º del artículo 30 de la ley 80 de 1993, donde se nos habla de la prórroga si la administración lo estima conveniente, es decir, existen razones que motivan tal proceder o se presenta solicitud de las dos terceras partes de los interesados en el mismo sentido, siempre y cuando en ambos casos el plazo de licitación no se encuentre vencido. La prórroga, en este caso está limitada hasta un plazo máximo no superior a la mitad del inicialmente previsto.

El problema se presenta cuando los proponentes se presentan en un número par, por cuanto si no hay mayoría y la entidad no estima conveniente la prórroga, el proceso sigue su curso normal. Si son solo dos proponentes y uno de ellos solicita la prórroga, habría que continuar con el proceso contractual si la administración no toma por justificadas las razones que se le exponen.

Fuera de esos casos, consideramos que no es procedente ni la prórroga ni menos una suspensión del proceso, que a la larga lo que implica es una prórroga, pues permite a todos los interesados preparar mejor su propuesta. El numeral 1º del artículo 25 de la ley 80 de 1.993, indica que los plazos en que se desarrollan los procesos contractuales, son preclusivos y perentorios, impulsados oficiosamente por la administración.

22. LA PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS DESDE EL ASPECTO FORMAL

Como en muchas otras cosas, la forma en que se presenta el regalo, a más de causar una buena imagen, no altera lo esencia o su contenido. Los requisitos de forma en la presentación de la propuesta, son en nuestro concepto requisitos menores o de detalle, que no tienen una teleología como la requieren los requisitos de participación y calificación del oferente.

Aquello de que la propuesta debe venir en cuatro o tres copias, en medio físico y magnético, foliada, legajada, en idioma castellano, pesos colombianos, etc., permite a la administración ser más eficiente en el proceso de revisión de las mismas, pero en caso de llegar a presentarse una omisión en una de esas condiciones, mal haría la administración en rechazar la propuesta pues no impiden su comparación objetiva, siendo por tanto susceptibles de otorgar un plazo de subsanación e incluso corrección por parte de la misma entidad, como cuando tiene que foliar las ofertas.

Bajo esa misma lógica, consideramos que cuando se solicitan cierto tipo de documentos con una fecha de expedición que no superé un límite, que generalmente es el plazo de cierre de la licitación o concurso y el proponente comete un error al presentar uno que no se encuentra dentro del tiempo de expedición que se exige, es un requisito subsanable, siendo lo correcto otorgar un tiempo prudencial –es decir, que le permita obtener el documento o la corrección– para que subsane la deficiencia encontrada. Si el interesado no procede a subsanar en el tiempo indicado, su propuesta deberá ser rechazada.

Suele suceder comúnmente lo anterior con el Registro Único de Proponentes –RUP– e incluso, cuando se solicita que subsanen, hay quienes se resisten pues en su concepto este documento tiene una vigencia de un año y usualmente las entidades lo exigen con una fecha de expedición no superior al mes anterior a la de cierre o apertura del proceso; para determinar que el requisito sea de aquellos que la jurisprudencia llama menores es necesario precisar si tiene o no un sentido teleológico dentro del proceso, es decir, preguntarse qué busca revisar, verificar y/o calificar en la propuesta.

Para ese fin, partamos de que el RUP es un documento que en esencia permite ver el historial contractual de un proponente, cuántos contratos ha firmado, a que actividades se dedica, cómo ha sido calificado por sus contratantes, entre otros.

Mas sin embargo, no solo la información que desee el contratista es la que aparece en el RUP, también hay otra relacionada con sanciones, multas, caducidades y hasta las medidas de aseguramiento que en determinado momento se hayan ordenado contra él, que deben reportarse también a la Cámara de Comercio para

que sean incluidas en ese registro –Arts. 22.1, 31, 58.5 de la L. 80/93-; ello justifica entonces, que la fecha de expedición del mismo no sea superior a un mes antes del cierre de la licitación, como comúnmente suele solicitarse, para así tener información cercana en el tiempo, sobre aquellas situaciones que bien pudieron ser recientemente reportadas.

Pero volviendo al punto inicialmente previsto, debemos decir que es al proponente a quien más le interesa que su propuesta sea clara ante los ojos de la administración, pues no hay nada más riesgoso que una propuesta ininteligible, indescifrable, desordenada y voluptuosa.

Tenga en cuenta los siguientes consejos:

- a. Así el pliego no lo exija, incluya una tabla de contenido a su oferta, no solamente con el título de los documentos que contiene, sino con la página exacta del lugar donde se encuentra.
- b. Por la anterior razón, folie su propuesta.
- c. No anexe documentos que no le hayan sido solicitados y que por lo tanto, no serán revisados, que solo sirven para entorpecer la búsqueda de los requisitos importantes.
- d. No realice propuestas alternativas o con excepciones técnicas o económicas –art. 30.5 Ley 80/93- si en el pliego no se encuentra contemplado que admite esta posibilidad.
- e. Desconfíe de las computadoras y de las secretarías. En especial, revise precios y cantidades.
- f. Sea claro y concreto en lo que ofrece y recuerde que existe un póliza de seriedad, que en caso de resultar favorecido y no querer firmar el contrato, puede hacerse efectiva –art. 25.19 y 30.12 Ley 80 de 1993- y si bien inicialmente responderá la compañía aseguradora, luego repetirá contra el proponente.

23. REVISIÓN Y EVALUACIÓN DE LAS PROPUESTAS

Dependiendo de la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos se estipulará un plazo “razonable”, para la revisión técnica, económica y jurídica de las propuestas –art. 30.7 Ibidem-, plazo en el cual también es posible –otra vez- solicitar aclaraciones y explicaciones a los proponentes respecto a sus ofrecimientos.

El tiempo necesario para esta etapa, depende de la complejidad y cantidad de requisitos que se exijan a los participantes, además de las personas que deban intervenir en la entidad para la revisión respectiva.

La ley 80 no exige que se conforme un comité en la revisión de las propuestas, esto también dependerá de la complejidad del proceso y la cuantía involucrada, pero cabe la posibilidad de que una sola persona realice la revisión y el informe respectivo, incluso aquello es así de hecho en algunos municipios y entidades pequeñas donde para esa actividad solo cuentan con un funcionario con idoneidad en esos menesteres: el secretario de obras, de infraestructura, de salud, de educación, etc., no obstante y en honor a la verdad, no es la práctica más recomendable, pues el viejo y conocido refrán en estos asuntos brilla con toda su sabiduría: dos o más cabezas piensan –y ven- mejor que una.

El resultado de la revisión de la propuesta, puede ser un solo informe suscrito por todos los intervinientes o varios informes, de acuerdo a como se haya contemplado en el proceso y en las normas internas de la entidad, pues en muchas instituciones suele utilizarse la fórmula de calificación por escalas, donde la primera generalmente es jurídica, para que luego los habilitados pasen a la siguiente calificación, puede ser financiera o técnica, así sucesivamente, todo lo cual se concreta en una última acta, que constituirá el informe definitivo.

Esa práctica no deja de tener sus inconvenientes, pues así en cada etapa intervenga quien se considere el más idóneo (el abogado, el contador, el ingeniero...), impide que los demás aporten en la revisión de las propuestas que se han ido descartando en las primeras escalas, lo que a veces ocasiona que al consolidarse la información para realizar el acta final, haya que incluir una propuesta que en un momento determinado estaba descartada y repetir sobre ella todo el procedimiento.

Cuando el informe final ha sido suscrito, deberá permanecer en la secretaría de la entidad –la norma no indica de cuál despacho (deberá precisarse en pliegos, en adenda o por los calificadores)- por el término mínimo de cinco (05) días hábiles, a efectos de que los proponentes realicen las observaciones frente a ese documento,

siempre y cuando no pretendan "... completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas" –art. 30, 8 ibídem-.

La discusión se presenta, cuando lo que pretende subsanar el proponente en ese momento, es un requisito que permitía subsanarse pero dentro de un plazo anterior indicado en los pliegos o brindado por los calificadores. En nuestro concepto, aquello no sería de recibo en este momento pues atentaría contra el principio de economía –art. 25 ibídem-, en tanto implicaría muy seguramente, volver a calificar una propuesta que se encontraba descartada o descalificada, alterando seguramente los resultados de la evaluación, violando además el derecho de igualdad con los proponentes que sí cumplieron con los plazos establecidos, además que retrasaría la forma eficaz con que el Estado debe cumplir con sus cometidos de satisfacer las necesidades de la comunidad con el mejoramiento en la prestación de los servicios a su cargo –art. 2 ibídem-.

Aunque la ley nada dice al respecto, deben los pliegos contemplar un plazo razonable que le permita a los evaluadores revisar las observaciones planteadas por los proponentes frente al informe final de calificación, plazo que debe ser lógicamente inferior al previsto para la calificación inicial, misma que debe presumirse acertada, estando en cabeza del proponente que formula observaciones u objeciones contra ella, soportar la carga argumentativa y de prueba, que permita desvirtuar la certeza de la calificación inicial, pues caso contrario el informe final pasará incólume al despacho del encargado de la última etapa: la adjudicación.

Si las observaciones formuladas producen algún efecto frente al informe final, es decir, una modificación de la calificación inicialmente prevista, ya no es necesario volver a mantener el informe que en ese sentido se produzca por cinco (05) días hábiles en la secretaría de la entidad, pues si esa fuera la lógica, el proceso no tendría cuando acabar, atentando contra los derechos de los administrados que requieren la contratación para que mejore la prestación del servicio público y también, contra las expectativas de los mismos proponentes, que necesitan de un pronunciamiento oportuno y definitivo sobre sus ofertas (No olvidemos que la demora en el trámite del proceso precontractual puede alterar el equilibrio económico o financiero del contrato, dando a lugar a que ejerzan su derecho a solicitar, en un momento determinado, la actualización o revisión de precios –art. 4, numeral 3 ibídem).

El informe definitivo debe ser trasladado al funcionario responsable o a quien se delegó la competencia de adjudicar el contrato; no tiene efectos vinculantes u obligatorios, entrando a catalogarse como una asesoría o un concepto y por tanto, quien tiene la función de adjudicar cuenta con la posibilidad en un momento determinado de apartarse de su contenido, siempre y cuando no se salga de las reglas estipuladas en el pliego y motive con buenos argumentos su decisión al respecto.

Y es que el informe del grupo o comité evaluador no puede ser vinculante u obligatorio, porque como lo dijo la Corte Constitucional al declarar la constitucionalidad del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo – Sentencia C-542 de 2.004-, de serlo significaría prácticamente que la administración queda facultada para legislar o crear derecho mediante conceptos que prácticamente tendrían el mismo peso vinculante de una norma, infringiendo una competencia radicada constitucionalmente en cabeza de la rama legislativa.

24. ADJUDICACIÓN O DECLARACIÓN DE DESIERTA DE LA LICITACIÓN O CONCURSO ¿EL ACTO DE ADJUDICACIÓN ES IRREVOCABLE?

El plazo para la adjudicación y la firma del contrato deberá determinarse en los pliegos de condiciones, según la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, con la posibilidad de ser prorrogado antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado, si las necesidades de la administración así lo exigen, todo de conformidad con el artículo 30, numeral 9º íbidem.

El mismo término, puede ser utilizado para que la licitación o concurso se declare desierto, con la anotación de que si el proceso amerita de esa declaración en un momento anterior, ya sea porque nadie se presentó al concurso o porque los que se presentaron luego retiraron sus ofrecimientos, nada lo impide, en aras del garantizar el principio de economía –art. 25 íbidem-, considerando que no tendría sentido continuar agotando las etapas del proceso, si de antemano se sabe cuál será el resultado.

El artículo 30 numeral 10 íbidem, contempla la posibilidad de que el acto de adjudicación se cumpla en audiencia pública en el evento previsto en el art. 273 de la Constitución Política, es decir, cuando a solicitud de cualquiera de los proponentes, el Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, así lo dispongan.

Ha sido costumbre que cuando la adjudicación se realiza en audiencia, los proponentes aprovechan para por segunda vez volver a formular objeciones u observaciones frente a las calificaciones, con la intención de que quien tenga la función de adjudicar se aparte del informe definitivo de quienes lo asesoraron en el proceso. Considerando la presión de toda audiencia, con la Contraloría de testigo, el encargado de adjudicar debe atender los reclamos de los proponentes y solicitar a su grupo asesor el respectivo apoyo, para tomar también ahí mismo la decisión definitiva.

La pretensión de los proyectos de ley que pretende reformar la ley 80, se enfoca en revivir un artículo del Decreto 2170 de 2002, suspendido por el Consejo de Estado, mediante el cual no solo los proponentes sino la misma entidad podía tomar de oficio la decisión de efectuar en audiencia pública la adjudicación, además de que la norma, al no poder reformar la Constitución directamente lo hizo con una peculiar sugerencia: "...las entidades procurarán que la adjudicación de las licitaciones o concursos públicos tenga lugar en audiencia pública"¹⁶. El artículo suspendido además ampliaba las audiencias a otras etapas que legalmente no

¹⁶ Artículo 3º del Decreto 2170 de 2002, suspendido por auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 27 de noviembre de 2003, radicación 11001-03-26-000-2003-00032-01(25206), ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque.

están comprendidas con esa posibilidad actualmente, como si ello fuera la solución a los problemas que se presentan en la contratación.

La solución a los problemas de corrupción relacionadas con procesos de contratación estatal, no se encuentra en la forma, sino en el fondo; al final del largo proceso, de controles, pasos, publicaciones, reportes, copias y anuncios, los proponentes pasan cuenta de cobro al Estado y a la comunidad, quienes son en últimas quines resultan pagando los denominados “costos indirectos” de la negociación, tal como lo llaman los contratistas.

Pero los anteriores son solo una categoría de “Costos indirectos”, cuya característica esencial es que son cobrados por el contratista; pero existe otra categoría de “Costos Indirectos”, constituida por aquellos que se ocasionan al interior de la administración y se traducen en los valores cancelados a los funcionarios (incluya aquí asesores) que se dedican a realizar la tramitología contractual, los costos por los equipos, suministros y tecnología utilizada y – los más elevados- los costos por la oportunidad retardada en la prestación de los servicios públicos, que recae en la comunidad.

Cuando el funcionario hace un reporte, prepara y hace una publicación, dedica su tempo a verificar el cumplimiento de requisitos y deja de atender el público por esa razón, su tiempo y los costos indirectos de su actividad, los pagamos todos.

Por eso, cada vez que alguien tenga en sus manos la oportunidad de imponer un requisito, un paso más, una publicación adicional, etc., dentro de los procesos de contratación, debería sentarse al menos un minuto a reflexionar sobre las siguientes preguntas: ¿Para qué?, ¿Qué fin busca?, y ¿Cuánto cuesta?.

A buena hora, la ley anti-trámites –Ley 962 de 2005- recoge en parte las ideas expuestas, al consagrar en su artículo 1^o¹⁷ que salvo la ley o autorización del

¹⁷ Ley 962 de 2005: “Artículo 1°. *Objeto y principios rectores.* La presente ley tiene por objeto facilitar las relaciones de los particulares con la Administración Pública, de tal forma que las actuaciones que deban surtirse ante ella para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones se desarrollen de conformidad con los principios establecidos en los artículos 83, 84, 209 y 333 de la Carta Política. En tal virtud, serán de obligatoria observancia los siguientes principios como rectores de la política de racionalización, estandarización y automatización de trámites, a fin de evitar exigencias injustificadas a los administrados:

1. Reserva legal de permisos, licencias o requisitos. Para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, únicamente podrán exigirse las autorizaciones, requisitos o permisos que estén previstos taxativamente en la ley o se encuentren autorizados expresamente por esta. En tales casos las autoridades públicas no podrán exigir certificaciones, conceptos o constancias.

Las autoridades públicas no podrán establecer trámites, requisitos o permisos para el ejercicio de actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones, salvo que se encuentren expresamente autorizados por la ley; ni tampoco podrán solicitar la presentación de documentos de competencia de otras autoridades.

2. Procedimiento para establecer los trámites autorizados por la ley. Las autoridades públicas habilitadas legalmente para establecer un trámite, previa su adopción, deberán someterlo a consideración del Departamento Administrativo de la Función Pública adjuntando la manifestación del impacto regulatorio, con la cual se acreditará su justificación, eficacia, eficiencia y los costos de implementación para los obligados a cumplirlo; así mismo

Departamento Administrativo de la Función Pública, las entidades no pueden crear o imponer trámites por su propia decisión, norma que debe ser aplicada en materia de procesos pre y contractuales, pues no falta la entidad pública que, a más de los requisitos que por ley exige, aumentan otros.

El acto de adjudicación consiste en una resolución motivada que debe ser notificada en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo para los actos de contenido particular y comunicada a los no favorecidos, si la adjudicación no se realizó en audiencia pública, pues en ese caso se entiende notificada en estrados.

Que el acto de adjudicación es irrevocable, porque así lo dispone el artículo el artículo 30, numeral 11, inciso 2º de la ley 80 de 1.993, no es más que una respuesta muy simple, que no comprende la razón fundamental para que ello sea así.

La esencia de prohibir la revocatoria directa del acto de adjudicación, para nosotros se encuentra en dos motivos: el primero, garantizar que el objeto del contrato se ejecute de forma oportuna y sin la incertidumbre de una sorpresiva revocatoria y, segundo, por seguridad jurídica.

La seguridad, en muchas ocasiones choca con la justicia, pues no son pocas las veces en que la administración, después de haber adjudicado, descubre que el adjudicatario la engañó o estaba inhabilitado para contratar.

Si nos atenemos al sentido literal de la norma, no cabría posibilidad de revocar el acto de adjudicación por más graves que se muestren las circunstancias.

Mas sin embargo, con acierto el Consejo de Estado ha considerado¹⁸ que en casos especiales, procede la revocatoria directa y sin consentimiento del afectado, en especial cuando la situación que así lo motiva encuadra en las causales de nulidad absoluta del contrato, consagradas en el artículo 44 de la ley 80, pues no tendría sentido que la administración, consiente de que existe alguna de las causales consagradas en esa norma, deba esperar a suscribir el contrato para proceder a declarar luego su nulidad absoluta, en lugar de revocar el acto en virtud del cual debe celebrarse.

Según el Consejo:

deberá acreditar la existencia de recursos presupuestales y administrativos necesarios para su aplicación. En caso de encontrarlo razonable y adecuado con la política de simplificación, racionalización y estandarización de trámites, el Departamento Administrativo de la Función Pública autorizará su adopción.”

¹⁸ Ver auto del Consejo de Estado, Sección Tercera, del quince (15) de agosto de dos mil dos (2002), ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, radicación No. 25000-23-26-000-2000-2368-01(20923).

“Si ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad contratante tiene la potestad -o mejor la obligación- de dar por terminado el contrato en el estado en que se encuentre, sin que requiera de decisión judicial previa que declare la nulidad del contrato, no puede afirmarse *prima facie*, que el acto de adjudicación que resulte viciado de nulidad por violación del mismo régimen por parte del adjudicatario que todavía no es en rigor jurídico el contratista porque falta la formalización del contrato, sea irrevocable.

“No parece lógico que ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad pública contratante pueda unilateralmente dar por terminado el contrato y liquidarlo en el estado en que se encuentre y no pueda, por el contrario, dejar sin efectos el acto mediante el cual adjudicó el contrato por la ocurrencia de la misma razón, con el argumento de que ese acto es irrevocable.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, del quince (15) de agosto de dos mil dos (2002), ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, radicación No. 25000-23-26-000-2000-2368-01(20923)).

25. LA CONTRATACIÓN DIRECTA: PROCEDIMIENTO

25.1 La Contratación Directa ¿Qué tan directa es?

Existen términos en el derecho cuyo contenido al ponerse en práctica contradicen el sentido común, uno de ellos es el de la contratación directa. En honor a la verdad, la única contratación directa que existe en la contratación estatal regida por las reglas generales de la ley 80 de 1993, es la contratación inferior o igual al 10% de la menor cuantía según el artículo 24, literal a), numeral 1º de la misma ley.

El resto, coloquialmente puede clasificarse así: una licitación “chiquita” que sería toda aquella que se enfoca en seleccionar contratistas cuando el monto del objeto contractual supera el 10% de la menor cuantía pero no sobrepasa la misma y, la liquidación “grande” que es toda aquella que supera la menor cuantía –art. 1 y 2 del Decreto 2170 de 2002-.

Por eso, muy bien se hace al llamar a la contratación inferior o igual al 10% de la menor cuantía “Contratación Directa – Directa”, pues en carta blanca, el resto no deja de ser una licitación con más o menos requisitos, con más o menos formalismo, pero al fin y al cabo, una licitación.

Incluso, cuando de la contratación igual o inferior al 10% de la menor cuantía se habla, ya muchos plantean que al menos en ese caso debe obtenerse mínimo tres ofertas, reviviendo el artículo 3º del Decreto 855 de 1994, derogado expresamente por el Decreto 2170 de 2002, art. 23.

No es cierto que ese tipo de contratación directa sea discrecional, es decir, que el responsable pueda contratar con quien quiera, como suele pensarse, pues al menos debe considerar la idoneidad de la persona a contratar y que su oferta se ajuste a los precios del mercado.

Por otra parte, ese nuevo término tan de boga: “Discrecionalidad - Reglada” no deja de ser contradictorio y a pesar de toda la argumentación nueva sobre el tema, hay ahí cierto sabor a incoherencia que no se puede dejar pasar.

Ahora bien, dentro de ese rango (inferior o igual al 10% de la menor cuantía), comprobado que el contratista es idóneo a efectos de ejecutar lo que se piensa contratar y que la oferta se ajusta a los precios del mercado, que no existe inhabilidad ni ningún otro tipo de impedimento, bien puede el responsable de la contratación elegir libremente a su amigo, a su compañero de campaña política, al recomendado de un diputado o de un concejal, si ha verificado, dentro de lo razonable, que los intereses generales se puedan satisfacer.

Lo anterior, no dejará de ser una propuesta censurable y mal vista, pero más que una propuesta es una realidad que parte de abandonar esa forma de pensar que consiste en dar por sentado que solo por el hecho de firmar un acta de posesión y aceptar un nombramiento, el ser humano deja de ser un agente de intereses, con defectos y virtudes, para convertirse en un dios, ubicado por encima del bien y del mal, conocedor de todas las normas jurídicas habidas y por haber, apartado de sus emociones, sus pasiones, capaz de verlo todo. Un ser perfecto.

Mientras los intereses generales sean garantizados, que los fines del Estado se alcancen y los servicios públicos se presten de forma continua y eficiente y el sistema jurídico se respete, negar la posibilidad al gobernante de apoyar también, su proyecto político, por ejemplo, no es más que una hipocresía y a la vez, una negación implícita a la democracia y al pluralismo.

25.2 Procedimiento de la Contratación Directa

En este punto, trataremos la contratación superior al 10% de la menor cuantía de que habla el artículo 10, literal a), numeral 1º de la ley 80 de 1993 e inferior a ella. Para ser concreto y sencillo el tema, la contratación directa de que hablamos es una licitación, pero:

- a. En lugar de publicar los pre-pliegos o proyecto de pliegos por 10 días calendario, se publican por cinco.
- b. No es necesario publicar avisos en diarios de amplia circulación local, en su lugar los pliegos de condiciones se mantienen en la página Web de la entidad por el tiempo que tarde el proceso de selección.
- c. No está contemplada como etapa obligatoria la de precisión y alcance de los términos de referencia por solicitud de los proponentes, pero generalmente, los pliegos la contemplan, sin que haya objeción en ello.
- d. No es obligatorio conceder cinco (05) días hábiles a efectos de que los proponentes formulen observaciones o soliciten aclaraciones respecto al informe o informes de evaluación –generalmente se contempla esta etapa pero con un plazo inferior-.
- e. Es obligatoria la invitación a veedurías ciudadanas, reglamentadas por la ley 850 de 2003, para supervisar las etapas precontractual, contractual y postcontractual. Hay que destacar que en la ley 80 ni se menciona la palabra “veeduría”, por lo que su mención en los proyectos de ley que pretenden reformarla es bienvenida.
- f. Existe un contenido mínimo para los pliegos de referencia, lo que no deja de ser casuístico, corriendo el riesgo de dejar eventos por fuera y generar la discusión sobre si lo que se dejó de lado es porque era permitido pues de lo contrario el escrúpulo del legislador lo hubiese considerado o si, por principios, se debe entender estipulado.
- g. Los interesados deben manifestar, por cualquier medio y en la fecha en que indiquen los pliegos, su interés en participar en la invitación, a efectos de conformar la lista de los interesados. Cabría preguntar, qué más demostración de interés que presentar la propuesta.

Esta etapa, por ejemplo, no fue contemplada dentro de lo que el Decreto 2170 denominó “Contenido mínimo de los pliegos de condiciones o términos de referencia” –art. 10 Decreto 2170 de 2002- por lo que, en nuestro criterio, bien puede omitirse.

- h. Consecuencia de lo anterior, si la entidad decide conformar una lista con quienes manifestaron oportunamente su interés y si se presentan más de diez inscritos podrá realizar un sorteo a efectos de dejar un número igual a ese; lo anterior, puede realizarse así en los pliegos no se haya previsto, en tanto la norma lo permite o mejor, no lo impide, pues si así lo hubiera querido hacer, se hubiese expuesto también en el artículo 10º.
- i. Nace la obligación de crear por cada proceso de contratación una dirección de correo y un formulario electrónico en la página Web de la entidad, que servirá para que los interesados formulen consultas y aclaraciones.
- j. Se hace obligatoria la convocatoria a veedurías ciudadanas, lo que recomienda que se haga en los avisos invitando a consultar los prepliegos o en el ítem que para cada proceso se destine dentro de la página Web; es necesario verificar que las veedurías ciudadanas que se presenten, cumplan las condiciones exigidas por la ley 850 de 2003, mediante la cual se reglamenta este tipo de organizaciones.

Lo demás del Decreto 2170 de 2002, norma donde se contempla básicamente el proceso para la contratación directa¹⁹, no es más que un saludo a la imaginación de funcionarios de turno, que por vía de decreto –nada más antidemocrático en estos temas- terminan imponiendo lo que para ellos es su visión del mundo en lo que a contratación se refiere.

¹⁹ Aclarando que en algunos aspectos muy puntuales se mantienen vigentes algunos artículos de su antecesor el Decreto 855 de 1994 (Ej. Compra-venta de inmuebles, art. 15 y s.s.).

26. DECLARACIÓN DE DESIERTA DE LICITACIÓN, CONCURSO O CONVOCATORIA PÚBLICA

Según el artículo 24, numeral 1º, literal g), la entidad puede contratar directamente si se declara desierto el proceso de licitación; el Decreto 2170 de 2002, artículo 16, precisó que ante esa declaración, debe realizarse un proceso de selección directa, es decir, sujeta a las reglas de tal norma o como aquí la llamamos: “una licitación pequeña”.

Lo mismo procede si se declara desierto el proceso de selección directa, pero en ambos casos, con la siguiente condición: “No se modificarán los elementos esenciales de los pliegos de condiciones” y como la norma no determinó un límite hasta el cual se debieran repetir los procesos, cabe la posibilidad de que jamás se adjudique y la entidad termine decretando que no existe necesidad de contratar, pues no puede cambiar los elementos esenciales de los pliegos, es decir, los que determinan un criterio fundamental que se pretende medir en las propuestas.

Como esos criterios jamás pueden ser modificados, lo más seguro es que el proceso se reitere muchas veces y nunca se logre la selección, dado que si los interesados no cumplieron la primera vez, lo más seguro es que en las siguientes tampoco lo puedan hacer, con el agravante de que por el plazo que se va extendiendo, el valor estipulado en el presupuesto oficial puede devaluarse y como el precio es un elemento esencial dentro de los pliegos, no será posible una actualización o modificación del mismo.

27. ¿HASTA DONDE LLEGA LA OBLIGACIÓN DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL FUNCIONARIO QUE DELEGA LA REALIZACIÓN DE LAS ETAPAS PRE-CONTRACTUALES Y CONTRACTUALES EN SUS INFERIORES?

Ya es una respuesta trujinada la de que, aunque la Constitución en su artículo 211 exprese que la "...delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente", ello sea cierto solo en lo que respecta a las competencias que por esa vía son delegadas, pero que como tal, la función de debida vigilancia y control sobre los actos del delegado, queda en cabeza del delegante y puede ser llamado entonces a responder si no las ejerció adecuadamente.

Ello hace más fácil la comprensión de una norma como el parágrafo del artículo 12 de la ley 489 de 1998, que dice "En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal", pues en carta blanca, en ningún caso de delegación de competencias, el funcionario está exento de ese tipo de responsabilidades, no tanto por los actos que ejecuta el delegatario, sino por su función de vigilancia y control que sobre ellos debió haber dispuesto, a fin de que estén acordes al ordenamiento jurídico y los fines del mismo.

Pero se ha vuelto lo anterior una regla que se aplica como si se tratase de una responsabilidad objetiva y se termina midiendo con el mismo rasero tanto a quien delega como a quien recibe la delegación, pues si el segundo actuó fuera de la ley –se dice- es porque el primero no cumplió con la función de vigilar y controlar las competencias que había delegado.

Y es que, aunque compartimos que en todo caso el delegante debe desplegar labores de vigilancia y control sobre los actos que ha delegado, no es posible exigirle a éste un control milimétrico sobre esas actuaciones, tal como si él fuera quien las estuviera realizando, pues de ser ello así ¿Para qué delega?

El cumplimiento de la función de vigilancia y control debido sobre las competencias delegadas, debe ser analizado pero dentro de lo razonable, es decir, del control mínimo que en estos casos el acto delegado requiere, pues existe también un principio básico de confianza en que las competencias delegadas se realicen adecuadamente.

El principio de confianza, exige por ejemplo, que si se delega la realización de la etapa pre-contractual sin incluir la firma del contrato –que es lo más usual-, la función del delegante consista en constatar que formalmente se hayan cumplido las etapas propias del proceso, pero no se le puede exigir, como a veces se

pretende, que vuelva y califique las propuestas, pues se supone que para ello dispuso de un equipo de trabajo en el cual confía y que además, por el hecho de estar en la administración pública, con idoneidad en la labor que le fue encomendada.

Debe tenerse en cuenta, además, que el acto administrativo de delegación es un acto particular y concreto, es decir, que el funcionario sobre quien recaiga la delegación puede, si tiene a bien, interponer los recursos de vía gubernativa contemplados en el Código Contencioso Administrativo –reposición, apelación y queja (Artículo 50)-, en caso de que no esté conforme con su contenido; no hacerlo, es decir, aceptar la delegación sin reparo alguno, implica que corresponde a la confianza que no tanto el funcionario superior sino el Estado, ha puesto en él, implícitamente aceptando también ser apto, idóneo y especializado en la competencia que temporalmente, por esa vía, le ha sido asignada.

Lo contrario, es decir, que siempre que el delegatario incumpla o quebrante sus deberes, deba responder el delegante, no es más que una típica responsabilidad natural, responsabilidad por el hecho, responsabilidad por la mala suerte como a veces se le llama, o más conocida como responsabilidad objetiva, proscrita para nosotros en el artículo 29 de la Constitución Política.

Observamos con buenos ojos por ello, las importantísimas apreciaciones de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, que sobre el tema ha decantado importantes observaciones dentro de la línea que hemos expuesto; En fallo del 10 de agosto de 2005, radicación No. 21489, ponente Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, se hacen unas importantes presiones sobre el tema, por lo cual nos hemos permitido citarlo en extenso:

“Pero en la actuación también aparece que todo el proceso precontractual había sido delegado en los respectivos secretarios del despacho, según fuese el sector objeto del contrato en ciernes.

“(…)

“De esta forma, es incuestionable que al no tener control directo sobre la fase precontractual, el procesado, en su calidad de Gobernador del ente territorial, estaba en posición de aspirar en virtud del principio de confianza activado merced a la mencionada delegación, que tal etapa se surtió de conformidad con las reglas y requisitos exigidos en la ley, toda vez que era a los delegatarios a quienes correspondía hacer las invitaciones, evaluar las propuestas, seleccionar a los contratistas y preparar la minuta del contrato respectivo, fases en las que DEVIA MURCIA no intervino. Como se sabe, su actuación se restringió a rubricar cada uno de los actos jurídicos reprochados luego de haberse surtido el trámite preliminar.

“(…)

“Sobre el principio de confianza, la Corte ha sentado que:

“... Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros” (Sentencia de única instancia del 21 de marzo de 2002, M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar)

“(…)

“Por otra parte se podrá sostener que a los servidores públicos les asiste el deber de vigilancia sobre los aspectos que han sido materia de delegación, que se deriva del inciso 2º del artículo 209 constitucional cuando estipula que “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado” y que DEVIA MURCIA no desplegó los adecuados controles para precaver cualquier anomalía en la fase precontractual o en las posteriores de ejecución y liquidación de los contratos.

“(…)

“Pero al tiempo se advertirá que el núcleo de la imputación descansa en que el sub juez celebró contratos para apoyar a un candidato a la alcaldía de Puerto Asís y no en que descuidó sus deberes de vigilancia, los cuales puede decirse que acató pues de modo razonable examinaba, al momento de la firma del contrato, que tuvieran los pertinentes soportes; además, de esto se desprende que tal desatención implicaría un comportamiento negligente, factor generador de imprudencia o, mejor dicho, de culpa, en oposición a la forma dolosa de la conducta que se le atribuye, la que no encaja, la culpa, en la estructura del tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que en su sustrato subjetivo demanda la concurrencia del dolo”.

Ésta nos parece la posición que en otros ámbitos de responsabilidad debería adoptarse, en aras de hacer del derecho algo más real, más vivo, más humano y que se olvide de pretender encajar al ser humano –funcionario público- en modelos perfeccionistas, para pasar a entender sus limitaciones naturales, no subsanables con una resolución de nombramiento y una posesión.

CONCLUSIONES

La secuencia casi interminable de etapas, sumada a la repetición de muchas de ellas y la inutilidad de otras, hacen que los procesos de selección de contratistas sean paquidérmicos y perjudiquen la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

La justificada lucha contra la corrupción, no puede implicar el diseño de procedimientos contractuales inoperantes y que a la larga redundan en una ineficiente prestación de los servicios a cargo del Estado.

La licitación pública y los procesos de selección por contratación directa, en esencia se han convertido en lo mismo, las diferencias que se presentan son irrelevantes y ello implica cuestionarse sobre la necesidad de unificar ambos procedimientos.

Pululan las publicaciones de las diferentes etapas contractuales, pero la mayoría de ellas jamás llegan a la comunidad en general y terminan convirtiéndose en trabas que atentan contra el principio de economía contractual.

Un proceso de selección más sencillo, con menos pasos y menos publicaciones, no sólo permitiría un control más eficaz, también lograr una satisfacción más pronta de las necesidades sociales.

BIBLIOGRAFIA

ARANGO, Rodolfo, ¿Hay respuestas correctas en derecho?, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999, 175 p.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002.

COLCIENCIAS, Elementos para la formulación de proyectos de Investigación Científica y Tecnológica, Editorial Visuales DAR LTDA, Bogotá. 2001.

ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los contratos de la administración pública, Legis, Bogotá, 1999.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón, Curso de Derecho Administrativo, T. I y II, Thomson - Civitas, Madrid, 2004.

GÓMEZ MENDEZ, Alfonso, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

HERRERA, Benjamín, Contratos Públicos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, 2004.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El derecho de los Jueces, Ediciones Jurídicas Uniandes, 2000.

RICO PUERTA, Luis Alfonso, Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal, LEYER, Bogotá, 2001.

SANCHEZ CERÓN, Alejandro, Causalidad y acción en el derecho penal, Impresiones Jhondan, Pasto, 2001.

SANTOFINIO G., Jaime Orlando, Delitos de celebración indebida de contratos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

SOLANO SIERRA, Jorge Enrique, Práctica Administrativa, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá, 2002.