

# *El pliego de condiciones y su naturaleza jurídica en el procedimiento administrativo especial de selección de contratistas*

César A. Estéves Alvarado

*Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello*

**Resumen:** *Este trabajo de investigación trata sobre el Pliego de Condiciones incorporado en la Ley de Contrataciones Públicas, considerada herramienta central del procedimiento administrativo especial de selección de contratistas, en virtud de que el pliego define las necesidades del Poder Público por lo que concierne a la obras, a los bienes muebles y a los servicios comerciales destinados a beneficiar al interés general, cumpliendo así con un aspecto importante de los fines del Estado. Al estudiar el pliego de condiciones, investigamos su naturaleza jurídica a nivel doctrinario y jurisprudencial en el ámbito del Derecho Administrativo nacional e internacional, con el resultado de calificarlo en consecuencia como un Acto Administrativo.*

**Palabras Clave:** *Pliego de condiciones, acto administrativo, ley de contrataciones públicas, derecho administrativo, derecho publico*

**Abstract:** *This research paper deals with the specifications incorporated in the Public Contracting law as a main tool for the special administrative procedure for selection of contractors by virtue that the specification defines the needs of the public power as regards to the works, the movable goods and commercial services to benefit the public interest thus fulfilling a significant part of the purposes of the State. By studying the specifications, we investigated their legal nature to doctrinal and jurisprudential level in the field of administrative law nationally and internationally, with the result of rate it accordingly as an administrative act.*

**Key words:** *Specifications, administrative act, public contracting law, administrative law, public law.*

## I. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Trasladándonos al primer instrumento de rango sublegal del siglo XX, que se destinó a regir las contrataciones del Estado, y partiendo de allí hasta el presente, se observa, que en el año 1909, para entonces el Ejecutivo Federal, dictó lo que denominó una *Ley Reglamentaria* [al presente, Decreto Reglamentario, la conjunción de dos actos administrativos]<sup>1</sup> para orga-

---

<sup>1</sup> Esta Ley Reglamentaria como se le denominaba para la época, fue precedido por la revisión del estudio del proyecto de ese instrumento de obras públicas nacionales y de interés nacional (*sic*) de fecha 26 de febrero de 1909, cuyo resultado fue expuesto en la Resolución del Ministerio de Obras Públicas de fecha 14 de abril de 1909, publicada en la *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela* N° 10.568 de esa misma fecha. El artículo 116 de esta Ley Reglamentaria derogó el Decreto del 13 de abril de 1874 (S. XIX), sobre obras de fomento y cualesquiera otras disposiciones sobre la materia que pudieran estar en oposición con la letra del aludido instrumento.

nizar según sus artículos 1° y 2°, las obras públicas nacionales, tanto de *necesidad pública* como de *comodidad, de utilidad pública y de ornato público*; y se prescribió en su texto entre otros, de modo expreso, que la construcción de las obras públicas podía realizarse con sus propios medios y elementos o mediante la contratación con particulares y llegaría a perfeccionarse una vez suscritos los contratos con el Gobierno Nacional; que la ejecución de esas obras sería pagada con recursos provenientes del Tesoro Nacional (artículo 3°, artículos 67°-86°) y, admitía que la ejecución y explotación de las obras de interés nacional, podía otorgarse bajo la figura de la concesión de obras públicas (artículo 4°); que la ejecución de obras públicas nacional debía someterse previamente a licitación con la participación de las personas naturales o jurídicas privadas capaces de ejecutar las mismas, y de ejercer efectivamente, la posición de patrono del personal técnico y obrero destinado a esa ejecución; asimismo ordenaba, que se indicaría el objeto y el lugar donde se ejecutaría y la suma máxima de dinero disponible por el gobierno para sufragar esa obra, la caución real o personal que debía prestar el agraciado (sic; léase, la persona natural o jurídica beneficiada con la buena pro o adjudicación del contrato); se admitía, distinta a las obras, los trabajos de reparación o refacción de edificios y estos no serían sometidos a licitación; que a todos los efectos, se entendería decretada una obra, con la aprobación de los planos, descripción de los trabajos, presupuesto (s) -oferta-, memoria -descriptiva- levantados para ella (artículos 7°-11°, 13°, 17°). En esta Ley Reglamentaria, *no se hacía referencia alguna a los pliegos de condiciones ni a las condiciones mínimas* para ofertar, presumiendo que para poder elaborar esa oferta el gobierno facilitaba a los interesados la información técnica indispensable para ello. Quedó encargado de la ejecución de ese instrumento (artículo 118°) por el gobierno nacional, el para aquel entonces Ministerio de Obras Públicas. Esta Ley Reglamentaria como lo indicaba su artículo 117°, derogó el Decreto de fecha 13 de abril de 1871 sobre obras de fomento y otras disposiciones sobre la materia; todo lo expuesto se desprende de su publicación en la *Gaceta Oficial* de los Estados Unidos de Venezuela, Número Extraordinario de fecha 15 de abril de 1909.

Años después, en 1947, el Ministerio de Obras Públicas dictó la Resolución Ministerial N° 8 de fecha 08 de marzo de 1947 publicada en la *Gaceta Oficial* N° 22.257 de la misma fecha, y en ella se observa, la inexistencia de referencia expresa al pliego de licitaciones o pliego de condiciones; lo que sí aparece en ese acto administrativo es la específica mención a pautas o condiciones especiales o estipulaciones relativas entre otras, a la forma y oportunidad para presentar tanto propuestas como la apertura de los sobres y ofertas.

Otro instrumento de importancia para las contrataciones del Estado, fue el Reglamento de compras -ordenador orgánico- (adquisiciones / procura de bienes muebles) del Ministerio de Minas e Hidrocarburos dictado por la Resolución Ministerial N° 1.400 de fecha 08 de octubre de 1958, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 25.780 de la misma fecha, que ordenaba entre otros requerimientos, fijar las etapas o fases del procedimiento, listar los materiales y otros bienes solicitados por ese Ministerio que se proponía adquirir a través de la licitación, mediante el llenado de formularios y la entrega de sobres oficiales que debían adquirir y suministrar los participantes; y como en el caso anterior no se hizo mención alguna a los pliegos de licitaciones o de condiciones.

En el año 1974 se dictó la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional -LOHPN- publicada en la *Gaceta Oficial* N° 1.660 Extraordinario de fecha 21 de junio de 1974, consolidando mediante normas de rango legal, la licitación pública como procedimiento especial de estricta observancia, dirigido a ordenar la selección de contratistas para la Administración Pública. En su artículo 428 se marcó el rumbo de ese procedimiento, y de modo expreso se indicó que las condiciones y otras especificaciones de la licitación de obras y bienes se anunciarían en prensa. Por primera vez se ve reflejado en un instrumento legal que marcaba una regulación primaria de las contrataciones del Estado, un *pliego cerrado "sui generis"*

para referirse al *medio o mecanismo* que utilizaban los participantes para *consignar* sus documentos legales y económico-financiero, propuesta u oferta, cauciones y fianzas; así mismo se indicaba en el aviso de prensa, la fecha y hora para la apertura de ese pliego. A nuestro juicio, fue otro *el fin o el destino* que la Ley le dio a ese instrumento reputado pliego, al dejar entrever, que se trataba más de la estructura de una oferta que de un pliego de condiciones propiamente dicho como posteriormente será analizado.

Siguiendo el lineamiento y el sometimiento a lo contenido en la mencionada Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional dictó el Instructivo Presidencial N° 24, contentivo de normas de rango sublegal destinadas a complementar o desarrollar los precitados artículos 427 y 428, identificadas como *normas de licitación para la contratación de obras y adquisición de bienes de la administración pública nacional*; publicado en la *Gaceta Oficial* N° 30.905 de fecha 27 de enero de 1976, igualmente aplicable, a la naciente Administración Descentralizada, integrada entre otras, por las empresas del Estado que asumían la responsabilidad por el manejo del negocio petrolero y del minero recién nacionalizados. En ese Instructivo por ejemplo, se sigue en sus artículos 1 al 7 el mismo esquema de publicación en prensa del aviso de licitación, fecha y hora de los actos públicos de recepción de documentos legales y económicos-financieros de las condiciones generales o particulares, de la oportunidad de presentar la manifestación de voluntad y ofertas, etc. No se evidencia la existencia de *un pliego de licitaciones* ordenador del cúmulo de requerimientos y exigencias del procedimiento licitatorio.

Entre los años 1985 y 1989, se dictaron los Decretos Ejecutivos N°s. 337, 543, y 133 [que se modificaron sucesivamente en ese orden], reguladores de *licitaciones públicas, concursos privados y adjudicaciones directas para la contratación de obras y la adquisición de bienes muebles para la administración central* y de aplicación supletoria en la Administración Descentralizada. El último de ellos, el Decreto N° 133 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 34.200 de fecha 17 de abril de 1989 se mantuvo en vigencia hasta el mes de agosto de 1990.

En ese mismo mes de agosto el Congreso de la República dictó el primer instrumento de rango legal denominado **Ley de Licitaciones** publicada en la *Gaceta Oficial* N° 34.528 de fecha 10 de agosto de 1990; en su texto no se hace mención alguna al pliego de licitación, y se mantiene la referencia a las condiciones generales de la licitación. Esta ley fue reformada en el año 1999, mediante Decreto con Rango de Ley N° 296 de fecha 15 de septiembre de 1999, en el cual por primera vez se alude al pliego de licitación y su contenido como lo prescribía su artículo 11.

Posteriormente, la aludida Ley fue nuevamente reformada por el Decreto con Rango y Fuerza de Ley N° 1.121, en cuyos artículos 11 al 22, aparece una referencia directa por segunda vez al pliego de licitación, su contenido y valor en el procedimiento de licitación, tal como se evidencia de su publicación en la *Gaceta Oficial* N° 37.097 de fecha 12 de diciembre de 2000. El año siguiente, fue reformada esa Ley mediante Decreto con Rango y Fuerza de Ley N° 1.555 publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.556 Extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2001, en cuyo texto se amplían los particulares del pliego de licitación como se observa de los artículos 42, 43, 46-53. Esta Ley mantuvo su vigencia hasta el mes de marzo de 2008.

Fue entonces en el año 2008, cuando se promulga la Ley de Contrataciones Públicas -LCP- publicada la primera vez como Decreto con Rango, Valor y Fuerza del Ley de Contrataciones Públicas en la *Gaceta Oficial* N° 5.877 Extraordinario de fecha 14 de marzo de 2008; y una segunda vez, republicada por fallas originales en la *Gaceta Oficial* N° 39.895 del 25 de marzo de 2008; posteriormente, se promulgó como aparece en la *Gaceta Oficial* N°

39181 de fecha 19 de mayo de 2009, el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas en lo adelante referido con el acrónimo RLCP; sin embargo, la Ley de Contrataciones Públicas, en lo adelante mencionada con el acrónimo LCP, fue reformada parcialmente y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 39.503 de fecha 06 de septiembre de 2010, para así incorporar un nuevo capítulo (VII) titulado medidas preventivas. En ambos instrumentos se mantuvieron significativas referencias al pliego de condiciones como elemento fundamental del procedimiento administrativo especial de selección de contratistas para la Administración Pública.

No obstante haberse incorporado en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, el instrumento denominado pliego de licitación o de condiciones a partir del ya mencionado Decreto con Rango y Fuerza de Ley N° 1.121 de la Ley de Licitaciones pasando por la vigente Ley de Contrataciones Públicas, no se ha encontrado en la doctrina patria referencia conceptual y extensamente explicativa, simplemente incipiente, del significado y de la naturaleza jurídica de pliego de licitaciones o de condiciones; en síntesis, se tratará de precisar, si este pliego configura o encaja dentro de la figura de acto administrativo o si por el contrario, se está en presencia de un reglamento, discusión ésta, ya avanzada por la doctrina y la jurisprudencia administrativa, tanto del Consejo de Estado de la República de Colombia como de la Procuraduría General y de la Corte Suprema de la República Argentina, del Tribunal del Contencioso Administrativo de la República Oriental del Uruguay, de la doctrina administrativa chilena y del Tribunal Supremo Español que a continuación se examinarán.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PLIEGO DE CONDICIONES Y DE SU CONFECCIÓN

Previo al análisis a través del cual se determinará si el pliego de condiciones, en el procedimiento administrativo de selección de contratista, se corresponde o encaja en la figura de un reglamento o de otro tipo de acto administrativo, deberá indagarse, si en la jurisprudencia y en la doctrina foránea se conceptualiza y se explica pormenorizadamente el pliego de condiciones o de licitación, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica.

### 1. *Doctrina y jurisprudencia foránea comparada*

#### A. *Doctrina y Jurisprudencia Administrativa Argentina*

De un modo amplio y elaborado, la ***doctrina y la jurisprudencia administrativa argentina*** han calificado el pliego de condiciones o de licitación como sigue:

En criterio del Profesor Roberto Dromi, “El pliego o “programa contractual”, es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el ente licitante. En el se especifican el suministro, obra o servicio que se licita, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista”<sup>2</sup>. Según un dictamen producido por la Procuraduría General de la Nación Argentina citada por el Profesor Dromi, “Los pliegos de condiciones contienen reglas de carácter impersonal, ya que sirven para mantener la igualdad [observancia del principio de igualdad] entre los oferentes, siendo además la principal fuente de derechos y obligaciones...omissis...La fusión de voluntades [de la Administración y de los oferentes], se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar íntegramente las cláusulas redactadas por el licitante. Caso contrario, su propuesta es inadmisibles”<sup>3</sup>. (Corchetes nuestros)

<sup>2</sup> Dromi, Roberto. *Licitación Pública*, Edición Ciudad Argentina 1995, p. 245.

<sup>3</sup> *Ibid.* p. 247.

En cuanto al sometimiento de los pliegos al imperio de la Ley, Dromi agrega, “En este sentido [esto es, refiriéndose al Principio de Legalidad al cual está sometida la Administración Pública], la Corte Suprema de Justicia de la Nación [Argentina] destacó la sujeción de la Administración y de las entidades estatales al principio de legalidad en materia de contratos públicos...omissis...En virtud de este principio -dice la Corte- queda desplazada la regla de la autonomía de la voluntad de las partes...que la celebración del contrato queda sometida a las *formalidades preestablecidas para el caso*, y el objeto del contrato a contenidos *impuestos normativamente*, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal, y *no corresponde admitir que, por su condición de reglamentos, las provisiones de los pliegos de condiciones generales* prevalezcan sobre lo dispuesto en normas de rango legal y, en cambio, debe en todo caso entenderse que *el sentido, la validez e incluso la eficacia de las primeras queda subordinada* a lo establecido en la *legislación general aplicable al contrato, que los pliegos tienen por finalidad reglamentar*”<sup>4</sup>.(Cursivas nuestras)

Por consiguiente, se deduce de lo precedente, que para la Argentina, tanto la doctrina como la jurisprudencia generada en su más alta Corte, admiten el carácter *reglamentario* del pliego de condiciones, más aun cuando, Dromi refiere a que el pliego deberá ser aprobado mediante decreto del Poder Ejecutivo o por resolución ministerial<sup>5</sup>; y más adelante indica lo siguiente: “...omissis... El pliego de bases y condiciones para la contratación de obras públicas *fue aprobado por res. Ministerial 2529/54*, siendo objeto de posteriores modificaciones”<sup>6</sup>. De lo anterior se puede concluir, que para el Derecho administrativo argentino, el pliego de condiciones es parte sustancial del procedimiento de selección de contratistas para las contrataciones públicas, es un *reglamento de la Ley* que regula las condiciones generales o especiales fijadas para la selección de contratistas y de sus ofertas, que se incorporarán como parte del contrato que suscriba la Administración con el contratista beneficiado con la adjudicación; como tal, el pliego de condiciones deberá ser aprobado por *Decreto emanado del Poder Ejecutivo* o por *resolución ministerial emanada del ministerio competente*, dentro del alcance de la potestad reglamentaria en ese sistema de Derecho.

#### B. Sistema Jurídico-Administrativo Uruguayo

En el *sistema jurídico-administrativo uruguayo*, el prominente jurista Profesor Sayagués Lazo, define el pliego de condiciones “Como el conjunto de cláusulas redactado por la Administración, especificando el suministro, obra o servicio que se licita estableciendo las condiciones del contrato a celebrarse y determinando el trámite a seguir en el procedimiento de licitación”<sup>7</sup> En criterio del maestro, el pliego “es la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, y al cual ha que acudir, en primer término, para resolver todas la cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada, durante la ejecución del contrato...”<sup>8</sup>. Y agrega, que “Por lo general se confecciona un pliego expresamente para cada licitación. En este sentido se dice que el pliego es especial. Pero ocurre que la Administración celebra con mucha frecuencia

<sup>4</sup> *Ibid.* p. 246.

<sup>5</sup> Dromi, *op.cit.* supra, nota 1, p. 245.

<sup>6</sup> Dromi, *op.cit.* supra, p. 256.

<sup>7</sup> Sayagués Lazo, Enrique. *La Licitación Pública*. B de f. Montevideo, Buenos Aires, 2005, p.101.

<sup>8</sup> *Ibid.* p.102.

determinados contratos, que por ser de la misma clase requieren pliegos de condiciones coincidentes en la mayoría de sus cláusulas, tal como sucede con los contratos de obras públicas...como...construcciones de puentes, calzadas, etc...se confeccionan pliegos generales para esas categorías de contratos”<sup>9</sup>.

En dicho sistema, el pliego de condiciones forma parte del contrato; al respecto el Profesor Sayagués cita un extracto de una sentencia signada 437/91 dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo -TCA- de la República Oriental del Uruguay<sup>10</sup> al tenor que sigue:

- *Jurisprudencia*. “Algunos autores lo han denominado [al pliego] como ley del contrato, puesto que sus cláusulas constituyen la fuente principal de los derechos y obligaciones de la Administración y de quien en definitiva suscriba el contrato como proponente aceptado, debiendo cumplirse estrictamente...omissis...que una vez adjudicada la licitación y celebrado el contrato [el pliego] forma parte del mismo, es más, constituye la fuente principal de donde se derivan derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la que deberá acudirse en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan tanto durante el procedimiento licitatorio, como una vez adjudicada la licitación en la ejecución del contrato”.

Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, el profesor Sayagués sin afirmarlo expresamente, indica que en Uruguay, “existen Pliegos Generales y pliegos con cláusulas especiales, y de los primeros más importantes son los aprobados para la construcción de Obras Públicas Nacionales...Obras Públicas de Arquitectura...Obras Públicas Municipales... el de adquisición de Muebles y Útiles..., todos aprobados mediante *Decretos emanados del Poder Ejecutivo* contentivos de un *reglamento o de normas de carácter reglamentario*”<sup>11</sup>, dictados por la autoridad administrativa competente”<sup>12</sup>.

### C. *Doctrina y Jurisprudencia Colombiana*

En el caso de la *doctrina y jurisprudencia colombiana* y a pesar de las diferencias de opiniones sobre la naturaleza jurídica del pliego, que van desde afirmar su carácter reglamentario<sup>13</sup> o por el contrario, sostener su esencia de acto administrativo<sup>14</sup>, ha sido una vez más, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional las que han despejado las

<sup>9</sup> *Ibid.* p.108.

<sup>10</sup> Sayagués, *op.cit.*supra. p. 102.

<sup>11</sup> *Ibid.* p.110

<sup>12</sup> *Ibid.* p.108, notas 11-14 a la p. 109.

<sup>13</sup> En el caso de la doctrina colombiana, referida en el Caso Francisco I. Herrera Vs. Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas (IPSE) extractado en el texto supra, se cita la opinión del Profesor Rodrigo Escobar Gil, quien afirma que los términos de referencia [los pliegos de condiciones] tienen una naturaleza exclusivamente normativa y reglamentaria, porque en ellos se consagran directrices abstractas e impersonales que en forma unilateral expide la administración pública, cuyo contenido está dirigido a todos aquellos que intervienen en el proceso de selección”. (Corchetes, nuestros)

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 01 de agosto de 1.991. Radicación número: 6802. Caso *Fernando Sarmiento C., vs. Instituto Nacional de Radio y Televisión - Inravisión - Consejo Nacional de Televisión*. Afirmó la sentencia: “El pliego de peticiones es un acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato; reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y se ejecutan en los últimos; *de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo general*”. (Cursivas nuestras)

dudas y ha ampliado la comprensión en conexión con la finalidad y utilidad de pliego dentro del procedimiento de selección del contratista de la Administración, como se nota del extracto de sentencias que se transcriben a continuación:

- *Jurisprudencia*. "...[La Ley] consagra *el deber* que tiene la Administración Pública, previamente a la apertura de la licitación o del concurso, *de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia* que contengan *reglas claras, justas y completas* que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, aseguren *la escogencia objetiva del contratista* y eviten *la declaratoria de desierta de la licitación*; en dichos pliegos, *la entidad pública debe definir* el objeto del contrato, las condiciones de costo y calidad, el régimen jurídico que lo gobernará, los derechos y deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista...omissis... *No puede, entonces, aceptarse* que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se consagren como requisitos habilitantes o criterios ponderables, *cláusulas, disposiciones o factores que no permitan medir o evaluar sustancialmente el mérito de una propuesta frente a las necesidades concretas de la Administración, toda vez que ello contraría principios de la contratación pública, como los de planeación, de transparencia y el deber de selección objetiva*"<sup>15</sup>.

Ya más específicamente, una nueva decisión discute *la naturaleza jurídica del pliego*, como se evidencia del pronunciamiento emanado del Consejo de Estado en Sala en lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, fecha 24 de junio de 2004, radicación número: 25000-23-26-000-1994-0042-01(15235) DM. Sociedad Geominas, S.A., vs. Instituto de Fomento Comercial -IFI- Concesión Salinas<sup>16</sup>, de cuyo texto se extrajo lo siguiente:

- *Jurisprudencia*. "El *pliego de condiciones*, precisa la sala, tal como lo señaló la delegada del Ministerio Público, ha sido ampliamente definido *por la doctrina y la jurisprudencia como un acto administrativo*, que cuando contiene cláusulas violatorias de la ley de contratación que restrinjan ilegalmente la participación de los oferentes o que de alguna manera se conviertan en un obstáculo para la selección objetiva, *es posible demandarlo en acción o de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho en defensa de la legalidad* que debe precluir toda actuación administrativa...etc". (Cursivas nuestras)

En otra sentencia posterior emanada del precitado Consejo de Estado en la misma Sala, Sección Tercera, de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006). Radicación número: 11001-03-26-000-2000-00020-01(18059). Caso *Francisco I. Herrera vs. Instituto de Planificación y Promoción de Soluciones Energéticas (IPSE)*<sup>17</sup>, se desecha para el pliego su configuración como reglamento, se ratifica su condición de *acto administrativo* y su posterior conversión en cláusula contractual como de seguida se transcribe:

- *Jurisprudencia*. "(...) La Sala, puesta de nuevo sobre el problema, estima que ambas posiciones son inexactas, la primera por equivocada y la segunda por insuficiente, según pasa a explicarse El *pliego de condiciones*, según la normatividad actualmente vigente en Colombia, *no es un reglamento* ya que, por definición, éste es un acto de carácter general, que tiene vocación de permanencia en el tiempo en tanto no se agota con su aplicación y se expide en ejercicio de la función administrativa. *Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación de permanencia en el tiempo*. Por el contrario, está destinado *a surtir efectos en un solo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia*. El reglamento, en cambio, admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utili-

<sup>15</sup> Vid. Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02254-01(17366) del referido Consejo, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, caso *Javier Alonso Quijano vs. Empresas Municipales de Cali -EMCALI-* en [www.consejodeestado.com](http://www.consejodeestado.com)

<sup>16</sup> Vid. [www.consejodeestado.com](http://www.consejodeestado.com)

<sup>17</sup> *Ibidem*.

zación lo agote o extinga...omissis... Se podría decir que el pliego ostenta una “*naturaleza mixta*”, en tanto su contenido es mutable, *pues nace como un acto administrativo general - naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección*, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos en muchas de sus estipulaciones, esa naturaleza y se convierte en “*cláusula contractual*”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección. Así, por ejemplo, la aplicación sucesiva de las condiciones previstas en el pliego, es decir, en la medida en que avanza el procedimiento de licitación o de contratación directa, desaparecen, por agotamiento, las condiciones de participación, de evaluación, de desempate, las causales de rechazo de las ofertas, los plazos internos que rigen el proceso de licitación apertura y cierre, presentación de ofertas, evaluación, adjudicación, entre otras condiciones. Estos aspectos hacen parte del pliego de condiciones en tanto “*acto administrativo*”. En cambio, “*las exigencias técnicas de los bienes o servicios que se pretende adquirir, la estipulación sobre las garantías del contrato, los intereses a pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, etc., se integran al contrato como “cláusulas” del mismo -teniendo efectos, en adelante, sólo entre la administración y el contratista*”. Más aún, este tipo de condiciones, de usual inclusión en los pliegos, podrían no reproducirse en el instrumento que contiene el clausulado y que, de ordinario, suscriben las partes, no obstante lo cual harán parte del mismo porque están previstas en el pliego;...omissis... de allí que *la doctrina y la jurisprudencia sostengan que “el pliego de condiciones es la ley del contrato”*, pues a él se acude, en adelante, para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación. Las anteriores ideas reflejan que si bien *el pliego, en su origen, es un típico acto administrativo, en el camino que recorre el proceso de selección y posterior ejecución contractual cambia su naturaleza, para convertir una buena parte de su contenido en cláusula contractual*, pues múltiples condiciones perviven y se incrustan en el contrato mismo, rigiendo exclusivamente la relación administración-contratista”. (Cursivas nuestras)

Finalmente, se extractan a continuación aspectos relativos en primer término, a la licitación pública y consecuentemente, a los pliegos de condiciones, contenidos en una amplia *sentencia de unificación dictada por la Corte Constitucional de la República de Colombia en el caso INVERAPUESTAS, S.A., vs. Lotería de Bolívar*<sup>18</sup> de gran utilidad y aporte doctrinario destinados a precisar la naturaleza jurídica del pliego de condiciones. Así la Corte, inicia su extenso análisis, comenzando por el principio de todo, léase, de la licitación pública afirmar:

- *Jurisprudencia*. “(...) En este orden de ideas, la doctrina especializada ha definido la licitación pública, como el procedimiento de formación de la voluntad contractual, mediante el cual, la Administración a través de una invitación de carácter público se dirige a todas las personas que reúnan las condiciones y aptitudes para celebrar un negocio jurídico determinado, para que en igualdad de oportunidades y *con estricta sujeción a los pliegos de condiciones*, presenten propuestas de negocio jurídico, *a fin de seleccionar aquella oferta que resulte más favorable a los intereses públicos del Estado...Omissis...* Así las cosas, la licitación pública se convierte en la herramienta idónea para salvaguardar la vigencia de dicho principio (léase, de la moralidad administrativa) *por cuanto asegura mediante el desarrollo de un procedimiento reglado, la transparencia e imparcialidad de las entidades para elegir al mejor proponente*.

En efecto, *la naturaleza reglada de la licitación pública* permite que el contrato estatal se adjudique al oferente que presentó la mejor propuesta, y proscribire cualquier discrecionalidad que permitiera a los servidores públicos adjudicar el contrato a favor del proponente o licitante que no reúna las mejores condiciones para la ejecución del proyecto.

<sup>18</sup> Vid. [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co). Sentencia N° SU 713/06 de fecha 23 de agosto de 2006. Expediente N° T-851356.



- Mediante la licitación pública *se protegen igualmente los intereses económicos del Estado*, ya que a través del desarrollo de dicho procedimiento reglado, las entidades estatales aseguran que el oferente tenga las condiciones idóneas para ejecutar el objeto previsto en el pliego de condiciones y, a la vez, en concordancia con el principio de libre concurrencia, tienen la opción de escoger la mejor oferta, conforme a una serie de factores de evaluación, como es la experiencia, la calidad, el cumplimiento de contratos anteriores, etc., y se asegura también que el precio se ajuste a las condiciones de mercado y a la disponibilidad presupuestal de la entidad contratante.

- La licitación pública *salvaguarda además la vigencia de los principios constitucionales de igualdad* (artículo 13) *y de libre concurrencia* (artículo 333), al otorgar a todas las personas previstas en el pliego de condiciones que reúnan la capacidad técnica, administrativa, económica y financiera, la oportunidad de presentar ofertas a la Administración y de obtener el derecho a ser beneficiario de la adjudicación del contrato, siempre y cuando presenten la propuesta más favorable...*Omissis...* *El procedimiento administrativo de la licitación pública*, necesario en los contratos administrativos de mayor trascendencia, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de dos objetivos fundamentales: que las entidades públicas estén en capacidad de elegir al mejor contratista, a través del conocimiento y comparación del mayor número de ofertas y que, a su vez, todos los empresarios o contratistas, estén en capacidad de contratar con las entidades públicas, a través de un medio que asegure la igualdad de trato...*Omissis...* Entre sus propósitos (de la licitación pública) están los de *evitar la realización de negocios amañados, ofrecer igualdad de oportunidades* a todos los posibles contratantes y, desde luego, *escoger las mejores propuestas...**Omissis...* En consecuencia, la licitación es el procedimiento que *permite satisfacer integralmente el interés público* mediante la escogencia de la mejor oferta *que reúna todas las condiciones previstas en los pliegos de condiciones*; asegurando, por una parte, la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de las funciones administrativas por parte de la entidades estatales; y, por la otra, constituyendo el instrumento idóneo para hacer efectiva la igualdad de trato y la vigencia de la libre concurrencia en el trámite de formación de la voluntad contractual...*Omissis...* Por otra parte, *El Consejo de Estado*, en varias providencias, ha ratificado que la licitación pública es un *procedimiento administrativo complejo*, que se compone de *distintos actos y trámites preordenados y subsecuentes* destinados a la escogencia del proponente que presente la mejor oferta y *reúna la plenitud de condiciones previstas en los pliegos de condiciones...**Omissis...* El sistema estatal de selección de contratista es invariablemente un *procedimiento administrativo* donde se articulan la demanda del Estado, las ofertas de los particulares interesados, el desenvolvimiento de distintos actos principales y accesorios y un *acto definitivo de elección que se denomina adjudicación...**Omissis...* *La licitación es un proceso integrado por varias fases que se cumplen en oportunidades distintas pero sucesivas, convenientemente reguladas por la ley y el pliego de condiciones*, mediante normas que obligan y por lo tanto regulan la conducta de la entidad contratante como de los sujetos que en calidad de oferentes intervienen en aquél...*Omissis...* 17. Dentro de este conjunto de actos se encuentra el denominado *pliego de condiciones*, el cual se puede definir como *el conjunto de reglas que elabora exclusivamente la Administración para disciplinar el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el alcance del contrato estatal*. Se trata de un *acto de contenido general, que fija los parámetros para comparar las propuestas presentadas por los oferentes y que permite regular los derechos y obligaciones que emanan de la suscripción del contrato. De ahí que no sea un simple acto de trámite, sino un verdadero acto administrativo mediante el cual se plasma una declaración de inteligencia y voluntad dirigida a producir efectos jurídicos*, máxime cuando los pliegos tienen esencialmente un contenido normativo por ser la ley de la licitación y la ley del contrato...*Omissis...* Los pliegos de condiciones son elaborados unilateralmente por la Administración, sin ninguna participación de los eventuales proponentes, ya que corresponden a *una manifestación del poder o imperium del Estado*, quien a través de sus entidades estatales evalúa discrecionalmente la conveniencia, idoneidad, suficiencia y proporcionalidad de los requisitos habilitantes y de los factores de selección en ellos previstos, con el propósito de satisfacer el interés público que subyace en los fines de la contratación estatal...*Omissis...* Estas exigencias se enmarcan finalmente en el principio constitucional de la buena fe, que *le impone a la Administración la*

*carga de elaborar con absoluta transparencia, objetividad e imparcialidad los pliegos de condiciones*, sobre la base de una plena identificación de las obras, bienes o servicios que le interesa contratar, las condiciones técnicas, legales y económicas mínimas para su desarrollo y la plena identificación de las calidades exigibles a los concursantes; requisitos que, so pena de ser considerados ineficaces, deben resultar proporcionales con el objeto licitado. Al respecto, dispone el artículo 25-5 de la Ley 80 de 1993, que: 5. En *los pliegos de condiciones o términos de referencia*:

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección;
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso;
- c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato;
- d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren;
- e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, y
- f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

*Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral*, o dispongan renunciaciones o reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados...*Omissis*... En consecuencia... Queda claro entonces que *los pliegos de condiciones constituyen un acto administrativo definitivo de contenido general, respecto del cual se predica la existencia de una declaración unilateral de voluntad por parte de la Administración dirigida a producir efectos jurídicos...Omissis*...*Los pliegos de condiciones como actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para la Administración, los licitantes y los contratistas*. Por lo anterior, (i) los pliegos resultan inalterables e inmodificables, salvo las excepciones que establezca la ley...*Omissis*...; (ii) Las propuestas deben ajustarse a los requisitos y condiciones en ellos previstos so pena de rechazo...*Omissis*... y finalmente, (iii) su nulidad por violación de la Constitución o la ley debe impugnarse ante la justicia administrativa, por parte de quienes tengan interés directo en ello". (Cursivas y subrayado nuestros)

#### D. *Doctrina y Legislación Chilena*

Pasamos ahora a considerar, el criterio sostenido por la doctrina administrativa chilena con respecto a las denominadas Bases de Licitación o Bases Administrativas de una Licitación.

En principio, la legislación que rige la contratación administrativa chilena, está dispersa en varios instrumentos de naturaleza constitucional, legal y sublegal. A tal efecto, el Profesor Christian Rojas Calderón de la Pontificia Universidad Católica de Chile- Universidad Católica del Norte, expone sobre el particular lo siguiente: "(...) Si bien no hay en Chile una ley general de contratos administrativos, las *bases de la contratación administrativa* se encuentran consagradas en lo medular en el artículo 63 de la Constitución Política de la República (CPR), en el artículo 9 de la Ley 18.575 y en la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos

*Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*<sup>19</sup>. Según el referido artículo 9, el Profesor Rojas Calderón apunta lo siguiente: “En la Ley 18.575, en cuanto el artículo 9 prescribe sobre los sistemas de contratación administrativos, en los siguientes términos: “(...) “El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen al contrato”<sup>20</sup>.

La igualdad de los participantes en el procedimiento de selección de contratistas, fundamentalmente se materializa y se garantiza con la inalterabilidad de las Bases de Licitación; así lo sostiene el Profesor Rojas en los términos que se transcriben: “Dentro de un procedimiento administrativo destinado a adjudicar un contrato, debe prevalecer la garantía que los participantes en él, así como la propia entidad licitante, se encuentren en todo momento en la obligación de sujetarse estrictamente a las bases de licitación que normen el procedimiento de contratación ...*omissis*... las bases se hacen inmodificables recién a partir del momento en que se da inicio al acto de entrega de ofertas y hasta que no se adjudique ni perfeccione el contrato...*omissis*... el artículo 3° del Reglamento para Contratos de Obra Pública prescribe que “Las bases administrativas de una licitación no podrán modificarse una vez que ésta haya sido abierta”, es decir, una vez que se hayan presentado las ofertas de los licitadores o interesados”<sup>21</sup>.

En conexión con la naturaleza jurídica de esas bases de licitación, el Profesor Rojas Calderón transmite el criterio doctrinal administrativo prevaleciente como sigue:

A estas bases también se las denomina “*Pliego de Condiciones*” o “*Bases Generales*” o “*Bases de Licitación*.” Regularmente, las Bases de Licitación se componen de dos partes: una primera, denominada “bases administrativas” en que se regula la propia convocatoria al concurso y se establece el objeto, contenido, requisitos, derechos y deberes que impone el contrato a cada contratante; y una segunda parte, denominada “bases o especificaciones técnicas”, que reflejan el proyecto que deberá ejecutarse o el servicio que deberá prestarse, con indicación precisa de los estándares mínimos de calidad y servicio que se exigirá al contratante. Así, las Bases *constituyen un estatuto único y unitario de carácter público* al que deben ceñirse, en forma estricta, todos y cada uno de los oferentes. Se trata de *la proposición pública y específica que se formula a los oferentes* para que participen en la licitación que se iniciará con el aviso de invitación al concurso público;...*omissis*... y agrega con mayor precisión, que tales bases o pliegos de condiciones están sujetos, en el caso de Chile, a la *previa aprobación de un órgano administrativo de control*, que se identifica con la Contraloría General de la República -CGR-, mediante la emisión de un acto administrativo contentivo e inseparable del pliego o base de licitación, al tenor siguiente: “Existe la eventualidad de que las Bases de Licitación, antes de convocarse públicamente al concurso o licitación *deban ser controladas por la CGR*. Así, por ejemplo, la *Resolución N° 520, de 1996, somete a toma de razón al acto administrativo que aprueba las Bases administrativas y técnicas de contratos de obras públicas que, a su turno, también deban estar afectos a toma de razón*”<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Rojas Calderón, Christian. Apuntes de Derecho Administrativo: Actividad Administrativa: Contratación Administrativa. Borrador. 2006. Universidad Católica del Norte. Chile. p.26. *Vid.* en <http://todouniversidad.wikispaces.com/file/view/Actividad+administrativa.+Contratacion.doc>. Consultada en agosto 2011.

<sup>20</sup> Rojas Calderón, *op.cit.* supra. p.27.

<sup>21</sup> *Ibid.* p.29.

<sup>22</sup> Rojas Calderón, *op.cit.* supra. p.33.

De lo transcrito, se evidencia la inclinación, tanto de la doctrina como de las normas regulatorias chilenas, de encuadrar *la naturaleza jurídica del pliego de condiciones o bases de la licitación* en un *acto administrativo*, en el cual la Administración las *incorporará y las hará una*; así, es ese *acto administrativo* el que les dará vida, que las legitimará y que al ser aprobadas llegarán a producir los efectos jurídicos esperados en el procedimiento de selección de contratistas, léase entre otros, la manifestación expresa de la Administración de requerir la intervención de personas naturales o de personas jurídicas de naturaleza pública o privada en la ejecución de contratos de obras, de adquisición-suministro de bienes muebles y la prestación de servicios comerciales, para y en beneficio del interés general, del interés público, del colectivo; la calificación o descalificación del participante, la aceptación o el rechazo de las ofertas, la exigencia de constitución de garantías de mantenimiento de la validez de las ofertas por un período excepcional, el requerimiento a los oferente para la ejecución de proyectos de envergadura, del establecimiento de consorcios con personas jurídicas nacionales y extranjeras con amplia y demostrada experiencia en el manejo de contratos IPC llave en mano o producto en mano, del fraccionamiento de un contrato en varios contratistas-ofertas participantes, etc.

En fin, sin el *acto administrativo* aprobatorio no se podrá afirmar, la existencia del elemento o mecanismo esencial que define, estructura y consolida la pretendida contratación administrativa, y que se identifica con el pliego de condiciones o bases de licitación, columna vertebral del procedimiento de selección de contratistas.

Por consiguiente, en el caso de Chile, el órgano o ente público licitante en cabeza de sus funcionarios competentes, asumen la responsabilidad de someter al criterio determinante de la Contraloría General de la República, los pliegos o bases de licitación, por lo que su utilización en los procedimientos administrativos de selección de contratistas estará sujeto a su revisión, a las observaciones si este fuere el caso, y en definitiva condicionada, a la previa autorización de la Contraloría General de la República -CGR-, mediante un Acto Administrativo contentivo de los mismos; en el entendido y a nuestro juicio, ese Acto Administrativo es el que le dará vida, legitimará y legalizará el Pliego o Bases de Licitación como así lo prescribe la normativa reguladora.

En tal sentido, se transcriben dos dictámenes emanados de ese organismo público de control que orientan sobre lo expuesto como sigue:

*Dictámenes de la Contraloría General de la República de Chile.* § “Materia: Licitación Pública. Pliego de Condiciones o Bases de Licitación. Aprobación del Pliego o Bases de Licitación mediante Acto Administrativo.

Dictamen N° 28.730 Fecha 9-05-2011

Requerimiento Normativo:

“Esta Entidad de Control ha debido abstenerse de dar curso a la resolución del epígrafe, que aprueba las bases de la licitación pública para la contratación de los servicios de seguridad y vigilancia de dicho Hospital, atendido que, *reingresado al trámite de toma de razón, no se han subsanado totalmente las observaciones advertidas inicialmente en relación con este instrumento.*

En primer término, cumple con manifestar que acorde con lo señalado en el artículo 6° de la resolución N° 1.600, de 2008, de esta Contraloría General, en el N° 1 de la parte resolutive del documento, *deben aprobarse las Bases Técnicas y los anexos que se incluyen en el acto administrativo, conjuntamente con las Bases Administrativas.*

...*omissis*... Finalmente, es necesario señalar que la modificación de las Bases a que se refiere el artículo 47 del pliego de condiciones y la ampliación del contrato a que alude su artículo

54, *deben ser sancionadas mediante el respectivo acto administrativo, sometido al trámite de toma de razón, lo que se ha omitido indicar en la especie. En mérito de lo anteriormente expuesto, se representa el acto administrativo estudiado. ...omissis...*” (Cursivas nuestras)

§ Materia: Licitación Pública. Pliego de Condiciones o Bases de Licitación. Aprobación del Pliego o Bases de Licitación mediante Acto Administrativo

(Resolución)

Dictamen N° 21.628 Fecha 8-04-2011

Requerimiento Normativo:

“La Contraloría General *ha dado curso a la resolución N° 14, de 2011, de la Dirección de Aeropuertos, que aprueba Bases Administrativas, Términos de Referencia y Anexos* que indica para la realización de la propuesta pública denominada “Contratación de Servicios de Reforestación para la Construcción del Nuevo Aeródromo Isla de Chiloé”, pero cumple con hacer presente que *esa entidad deberá -mediante aclaración aprobada a través de un acto administrativo totalmente tramitado- definir los plazos de la licitación*, de conformidad con lo señalado en el artículo 22, N° 3, del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que contiene el reglamento de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, debiendo para ello tener en consideración lo establecido en el artículo 25 del mismo reglamento.

Por último, es dable señalar que, en lo sucesivo, esa Dirección deberá tener en consideración que *las bases administrativas, técnicas y anexos deben contenerse íntegramente en la resolución (Acto Administrativo) que las apruebe, de acuerdo con lo señalado en el inciso tercero, del artículo 6°, de la resolución N° 1.600, de 2008, de esta Entidad de Control, lo que no se cumple en este caso respecto de los anexos 8 y 9...omissis...* Contralor General de la República<sup>23</sup>” (Cursivas y entre paréntesis nuestros)

#### E. *Doctrina y a la Jurisprudencia Administrativa Española*

Por lo que concierne a la *doctrina y a la jurisprudencia administrativa española* sobre el pliego de condiciones, cabe mencionar en primer término el criterio sostenido por el Tribunal Supremo español en Sala Tercera, Sentencia de fecha 4 de junio de 2004, N° Recurso 5286/2000<sup>24</sup>, que es del tenor siguiente :

- Jurisprudencia. “(...) Desde luego asiste la razón al recurrente en el sentido de que el Pliego de Condiciones no puede considerarse como una simple invitación a participar, contra lo que declara la Sentencia recurrida, pues en efecto el Pliego de Condiciones puede contener y contenía la regulación del procedimiento de selección de contratista”.

Y en otra Sentencia de fecha 17 de octubre de 2000, N° de Recurso 3171/1995<sup>25</sup>, ese alto Tribunal se pronunció así:

- Jurisprudencia. “(...) Esta Sala, al analizar, con reiteración el alcance y contenido del Pliego de Condiciones en la contratación administrativa, ha reconocido como doctrina jurisprudencial reiterada (Sentencias...omissis...) que el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato [*que imperará y gobernará sobre él, a partir del momento en que lo suscriban la Administración con el contratista cuya oferta fue beneficiada con su adjudicación*], por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él respecto del cumplimiento del mismo,

<sup>23</sup> Ministerio de Hacienda. Gobierno de Chile. <http://www.chilecompra.cl/>

<sup>24</sup> Sancho, Ricardo Enríquez. *La Contratación Administrativa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. La Ley Grupo Wolters Kluwer. España, S.A., 2007. p.173.

<sup>25</sup> Sancho Henríquez, Ricardo. *Op.cita*. supra. p. 180 y 181.

teniendo en cuenta que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en los Pliegos de Condiciones, puesto que en la contratación se regulan los derechos y obligaciones de la contrata, dando lugar a lo que se considera la Ley del Contrato. (Criterio jurisprudencial reiterado...omissis...) (Corchete nuestro)

Ahora bien, con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo por la Administración y el contratista beneficiado con la adjudicación, en materia de contratación pública, la Administración deberá llevar a cabo actos preparatorios de la (su) voluntad contractual, guiados por la Ley y su reglamento que rigen la materia; específicamente, la apertura del procedimiento administrativo especial de selección de contratista, con el llamado o invitación a participar según lo indiquen los concursos y la consulta de precios, y la entrega a los participantes del Pliego de Condiciones, que conjuntamente con la Ley y su reglamento como se expresó, marcarán el contenido y el rumbo de los referidos actos preparatorios. Sobre estos actos preparatorios unos contenidos en el Pliego de Condiciones y otros en la Ley y su reglamento como el caso del Derecho venezolano, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sentó en la Sentencia de fecha 20 de julio de 2005, N° de recurso 1816/2002<sup>26</sup>, la doctrina que a continuación se extracta:

- *Jurisprudencia.* “(...) Conviene recordar, en primer lugar, la *constante doctrina de esta Sala* en torno a la interpretación que ha de darse al artículo 5.2 de la Ley 4/1980 reguladora del Estatuto de Radio y Televisión, y concretamente en lo que se refiere al *carácter de actos separables que se atribuye a los preparatorios que han de preceder al otorgamiento de los contratos concertados por el Ente Público Radio y Televisión Española (RTVE)*...omissis...debiendo *efectuarse una distinción entre el régimen relativo a los actos preparatorios -de naturaleza separable- que han de preceder al otorgamiento de los contratos concertados por el mismo* (sometidos al Derecho Administrativo) y el *régimen jurídico de las adquisiciones patrimoniales, o contratos ya celebrados*, que lo están con respecto al Derecho Privado”. (Cursivas nuestras)

En cuanto a la validez de los actos preparatorios (en nuestro sistema de Derecho positivo materializados tanto en el Pliego de Condiciones como en la Ley y el reglamento que rigen la materia de selección de contratistas), cuando la contratación se ha verificado mediante concurso, anunciándose el mismo y cumpliéndose en su tramitación las reglas básicas de procedimiento aplicables a la contratación administrativa, el precitado Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 8 de mayo de 2001, N° de Recurso 9664/1995<sup>27</sup>, afirmó lo que parcialmente se transcribe:

- *Jurisprudencia.* (...) Posteriormente se inició una línea jurisprudencial, ya consolidada, que partiendo de esa naturaleza de RTE de Entidad de Derecho Público, *viene considerando a los actos de convocatoria y adjudicación* (entre otros, en el Derecho positivo venezolano) como *“actos separables”*, y, en cuanto tales, *enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa-administrativa...*”.

En segundo lugar, otra es la posición doctrinal sostenida, por tres de los prominentes voceros del Derecho administrativo español sobre el punto en discusión en estos comentarios, y se trata de la expuesta en la prolija obra de los Profesores García de Enterría y Fernández, en cuyo texto parten los autores de la cita que hacen del artículo 1 de la Ley 30/2007, de 30

<sup>26</sup> Sancho Enríquez, Ricardo. *La Contratación Administrativa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo...* cit. supra, p. 38.

<sup>27</sup> *Ibid.* p.39.

de octubre, de Contratos del Sector Público -LCSP- cuyo extracto se transcribe a continuación: “El artículo 1 LCSP afirma que la Ley tiene por objeto garantizar que la contratación del sector público se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, de publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato y asegurar también una eficiente utilización de los fondos destinados a la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la contratación de los servicios”<sup>28</sup>.

Con fundamento en la norma precedente, agregan los autores, “En estos principios y reglas generales sobre capacidad, competencia, preparación y adjudicación viene a condensarse una normativa tradicional que arranca del Real Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852, norma con la que se inicia en nuestro Derecho el proceso de formalización contractual sobre la base de dos preocupaciones fundamentales íntimamente ligadas: de una parte, las de orden financiero y de control del gasto público...; y de otra, la de asegurar la libertad de concurrencia, que no es sino una aplicación particularizada del principio de igualdad ante la Ley y que tiene expresión en la publicidad de la contratación y en los distintos sistemas de selección de contratista<sup>29</sup>...*omissis*...A la autoridad competente para contratar corresponde también la competencia para aprobar los proyectos que han de servir de base al contrato y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares que han de regir la ejecución de la prestación y definir los derechos y obligaciones de las partes...*omissis*...De todas estas piezas del mecanismo propio de la contratación hay que destacar por su capital importancia *los pliegos de base o condiciones*...en los que se recogen con detalle las condiciones jurídicas, económicas y técnicas, a las que ha de ajustarse la licitación, primero; la adjudicación del contrato, después, y la propia ejecución del mismo, por último (en caso de discrepancia entre el pliego y la escritura en que se formalice el contrato, prevalece aquel sobre ésta)...Por todas estas razones la legislación de contratos ha venido afirmando tradicionalmente que los pliegos de condiciones constituyen la *ley del contrato* con fuerza vinculante para las partes<sup>30</sup>.

Con respecto a esto último, los autores al referirse al pliego de condiciones llegan a la conclusión de que su “*naturaleza jurídica es contractual y no reglamentaria*”<sup>31</sup>; lo que se traduce en nuestro criterio, que en la fase preparatoria de la voluntad contractual de la Administración, la naturaleza jurídica del pliego de condiciones es de un *acto administrativo de carácter mixto*: “de mero trámite<sup>32</sup> (actos de ordenación del procedimiento y actos materiales distintos de la simple ordenación) y de un *acto decisorio externo*”<sup>33</sup>: por ser una declaración administrativa de voluntad, precisamente; dirigida a un sujeto; por la cual se define ejecutoriamente una situación jurídica individualizada de dichos sujetos, o (lo que viene a ser lo mismo contemplado desde otra vertiente) de la Administración respecto de ellos...Normalmente, son este tipo de decisiones las que son objeto de los recursos administrativos y jurisdiccionales”, como sucede igualmente en nuestro sistema de Derecho<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> García de Enterría, Eduardo & Fernández Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Decimoquinta Edición. Civitas. Thomson Reuters. 2007. p.736.

<sup>29</sup> *Ibid.* p.737.

<sup>30</sup> García de Enterría, Eduardo & Fernández Tomás-Ramón, *op.cit.* supra, p. 738.

<sup>31</sup> *Ibidem*

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 596.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 594.

<sup>34</sup> *Ibidem*. Por ejemplo, en Venezuela, hay causa para la interposición de un recurso administrativo o contencioso-administrativo, cuando una Comisión de Contrataciones descalifica a un participante

La otra opinión doctrinal fundamental, es la sostenida por el Profesor Garrido Falla cuando afirma que, “Una de las peculiaridades indudables del contrato administrativo es que el contratista se adhiere a *unas condiciones que han sido fijadas previa y libremente por la Administración...*”<sup>b)</sup> Pero, además, el contrato administrativo se concluye *sobre la base de la aceptación por el contratista de unos pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas particulares*, que pasa a formar parte integrante del contrato en cuestión y que, en virtud de la fuerza jurídica de dicho contrato, se convierten en cláusulas obligatorias para las partes... Resulta así que una cosa es enjuiciar *la naturaleza jurídica de un contrato concluido por la Administración* (y, por tanto, determinar cuál es la jurisdicción competente para cuantas cuestiones deriven de tal contrato, una vez concluido) y otra muy distinta *determinar la naturaleza [jurídica] de los actos preparatorios de cualquier contrato que una entidad administrativa realiza* precisamente porque vienen impuestos por la legislación en vigor. *Estos actos son perfectamente “separables” del contrato final y tienen siempre la condición de actos administrativos*”<sup>35</sup> (Cursivas y corchete nuestros); y agrega al citar a De Laubadere, “Esta concepción [de los actos separables] consiste en considerar *los diversos actos unilaterales que se dictan con ocasión de la formación del contrato*, incluso los que *condicionan esta formación*, como susceptibles de *ser aislados y atacados por la vía del recurso por exceso de poder*”<sup>36</sup>. (Cursiva y corchete nuestros)

## 2. Doctrina, legislación y jurisprudencia nacional

### A. Origen legal del pliego de condiciones en el Derecho Administrativo Venezolano

Antes de comentar sobre el desarrollo de las diversas opiniones doctrinales en conexión a los pliegos de condiciones como pieza fundamental del procedimiento administrativo especial de selección de contratistas, se debe precisar que el mismo, tiene su origen, su nacimiento en una Ley. Y es así, la **Ley de Contrataciones Públicas -LCP-** [y su **reglamento -RLCP-**] de modo expreso en los artículos 43 y 44, revelan la existencia, la extensión y la aplicabilidad del pliego de condiciones. Se transcribe a continuación, un extracto de sentencia dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso *Investico Casa de Bolsa, C.A., vs. Fondo de Inversiones de Venezuela (FIV)*, posteriormente transformado en el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES)<sup>37</sup>, en la cual se expuso la importancia del pliego al tenor siguiente:

---

o cuando rechaza las ofertas presentadas después de ser analizadas y evaluadas (sea por la propia Comisión o por la unidad usuaria o la unidad contratante entre otros, mediante informe motivado de recomendación de la adjudicación, que será elevado a la máxima autoridad del órgano o ente contratante; *Vid.* Arts. 69, 70, 71, 72, 84, 85, 86, 87, y 89 de la **LCP**; y N°s. 8, 9, 10, 11 Art. 16, 22, 102, 106, 126 del **RLCP**); y otro ejemplo sería, en el supuesto de que el órgano o ente contratante no evacue o niegue la solicitud de aclaratoria del pliego presentada por un participante; (*Vid.* Arts. 47 y 48 **LCP**) En este mismo orden de ideas, en nuestro sistema legal, adjudicado como haya sido el contrato por esa máxima autoridad, *el pliego de condiciones pasa a ser Ley del contrato* al integrarse como parte indisoluble del mismo, e igualmente relevante en la etapa de ejecución del mismo. (*V.* Arts. 93 y 96 **LCP**)

<sup>35</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen II, Sexta Edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 77, 79 y 96.

<sup>36</sup> *Ibid.* Nota al pie 106, p. 96.

<sup>37</sup> TSJ.SPA. Sentencia N° 01170 de fecha 05 de agosto de 2009. Expediente N° 2001-0487.



- *Jurisprudencia*. ...Omissis...“El 6 de julio de 1999, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dictó la sentencia N° 99-1167, que declaró sin lugar el presente recurso contencioso administrativo de nulidad, con fundamento (entre otros) en los argumentos reproducidos a continuación:

...Omissis... “El pliego de condiciones es instrumento fundamental (sic) en todos los procedimientos licitatorios, elaborado unilateralmente por el licitante, con el propósito de establecer las pautas o normas especiales que regirán el procedimiento y que es ley para los que participen en el mismo...” (Entre paréntesis y subrayado nuestro. Cursivas la Sala)

B. *Construcción de la naturaleza jurídica del pliego de condiciones por la doctrina administrativa venezolana*

Ahora bien, a partir de la supra citada jurisprudencia nacional que eleva el pliego de condiciones al rango de “ley entre partes”, para significar con esa expresión restringida (ya que la Administración Pública en ejercicio de sus prerrogativas, podrá modificar el contenido del pliego y aún dejarlo sin efecto al declarar terminado el procedimiento de selección, obviando la participación o la opinión de los particulares), la sujeción y la obligatoriedad del cumplimiento de su contenido que surge de una Ley, tanto para el Estado como para los particulares, dentro del procedimiento de selección de contratistas y al amparo de esa Ley; y después de haber analizado las posiciones sostenidas por las comentadas corrientes doctrinarias y jurisprudenciales foráneas, a los efectos que nos ocupa, deberá establecerse doctrinariamente, las comparaciones de rigor entre los reglamentos y los actos administrativos, instrumentos de carácter eminentemente administrativos, para encuadrar el pliego de condiciones, por sus características y finalidad, en uno de ellos siguiendo en este caso, las premisas facilitadas por el Profesor Araujo-Juárez<sup>38</sup>, para alcanzar como resultado de su aplicación, una formulación sobre la naturaleza jurídica del pliego de condiciones y la facultad de su confección desde nuestra perspectiva jurídica como se observa de seguidas. Ahora bien, antes de iniciar el recorrido por esas premisas, se debe precisar en primer término el concepto y la jerarquía de los Actos Administrativos como lo estatuye la Ley administrativa adjetiva-LOPA-<sup>39</sup> como sigue:

“Artículo 7. Se entiende por *acto administrativo*, a los fines de esta ley, toda *declaración de carácter general o particular* emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la ley, por los *órganos de la administración pública*”. (Cursivas nuestras)

“Artículo 14. Los *actos administrativos* tienen la siguiente jerarquía: decretos, resoluciones, órdenes, providencias y *otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas*”. (Cursivas nuestras)

El Profesor Brewer-Carías no define el acto administrativo, pero cita una sentencia dictada por la antigua Corte Federal, que lo conceptualiza como sigue: “aquella declaración de voluntad realizada por la Administración con el propósito de producir un efectos jurídico”<sup>40</sup>. Sin embargo, agrega Brewer a título de advertencia, “(...) cuando una declaración de voluntad no tiene como fin inmediato la producción de determinados efectos jurídicos y, por tanto,

<sup>38</sup> Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo*. Parte general, Ediciones Paredes, 1ª Edición, Primera reimpresión 2008, p. 211 y siguientes.

<sup>39</sup> Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos -LOPA- en *Gaceta Oficial* N° 2.818 Extraordinario de fecha 01 de julio de 1981.

<sup>40</sup> Brewer- Carías, Allan R. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Publicación de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964, p.99.

no se la puede considerar como una decisión o resolución, no se está en presencia de un acto administrativo sino de un acto material de la Administración<sup>41</sup>”.

En otro orden de ideas, el Profesor Araujo-Juárez define el *reglamento* como:

“...toda declaración escrita y unilateral, *creador de reglas de Derecho de aplicación general* dictada por el *Poder Ejecutivo* con rango inferior a la ley”<sup>42</sup>.

Partiendo de esa conceptualización y tomando como base para lo que sigue, las premisas elaboradas por el Profesor Araujo-Juárez, se fija la opinión que sigue:

El pliego de condiciones no podrá ser reputado o calificado como un reglamento, al no ser éste, aprobado ni dictado por el Ejecutivo Nacional -por el Presidente de la República, según la atribución constitucional contenida en el numeral 10 del artículo 236 C99-, ni ser uno de los instrumentos de los reservados a la Administración Pública o aquellos en que la Ley formal expresamente admita su delegación y fije la medida y la finalidad del ejercicio, de un *poder normativo* más no de un poder reglamentario<sup>43</sup> -léase, dirigido a las autoridades administrativa de rango inferior al Presidente de la República dentro de ciertos casos de excepción. Al respecto, el Profesor Araujo-Juárez afirma: “En cuanto a otras autoridades administrativas distintas de rango inferior *no podrán dictar reglamentos*, es decir, que afecten a las situaciones jurídicas de los administrados. Solo podrán hacer uso de: (i) una potestad organizativa interna; y (ii) la de dictar instrucciones de servicio; y (iii) las denominadas normas técnicas”<sup>44</sup>.

En el caso del pliego de condiciones, como acto administrativo que presumimos lo es, se produce -como lo indica el Profesor Araujo-Juárez- “(...) en el seno del ordenamiento jurídico-administrativo, el acto no forma parte del mismo; es algo ordenado, producido en el seno del ordenamiento y por tanto previsto como simple aplicación del mismo”<sup>45</sup>. Siguiendo los dictados del Profesor Araujo-Juárez, efectivamente, el pliego de condiciones como acto administrativo nace de la propia Ley de Contrataciones Públicas como lo prescriben sus artículos 43 y 44, como del artículo 95 de su reglamento; se incorporan en esa normas de rango legal, disposiciones o parámetros *generales mínimos*, que el órgano o el ente contratante deberá observar -*cierta discrecionalidad*- de modo estricto al redactar, estructurar o confeccionar el pliego particularizado para cada procedimiento de selección de contratistas dirigido a la ejecución de obras, a la adquisición de bienes y a la prestación de servicios comerciales.

A mayor abundamiento, admitida la naturaleza jurídica del pliego de condiciones de ser un acto administrativo, este se limitará a aplicar el ordenamiento jurídico, léase, lo contenido en la Ley y en la norma reglamentaria, que en el caso que nos ocupa se trata del encabezamiento del artículo 43, de los 19 numerales del artículo 44 de la LCP y del contenido del artículo 95 de su reglamento, respectivamente, por lo que concierne a la actividad a ser desarrollada por la Administración Pública al estructurar, al elaborar el contenido del pliego, en la etapa preprocedimental ordenada en el artículo 7 del RLCP en concordancia con el artícu-

---

<sup>41</sup> *Ibid*, p. 101.

<sup>42</sup> Araujo-Juárez, op.cit.supra, p. 209.

<sup>43</sup> *Ibid*. p.216.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibid*. p.211.

lo 38 de la LOCGRSNCF<sup>46</sup>. Es en esta etapa en la cual la Administración deberá precisar el objeto o alcance de la contratación de interés público, de servicio público o de utilidad pública, las reglas, condiciones y criterios aplicables a ese hecho particular que justifique la apertura del procedimiento administrativo de selección de contratistas; es decir, se harán *al menos*, particulares y específicos cada supuesto contenido en el artículo 44, subsumidos en el interés general, de servicio público o de utilidad pública que la Administración debe satisfacer; en primer término, a través del procedimiento de selección de contratista hecho del conocimiento público como sería en el caso de los concursos abiertos, o particularizada mediante invitación, como sería en el caso del concurso cerrado y la consulta de precios para alcanzar en segundo término si fuere el caso, la contratación planificada.

Para mayor precisión, se debe tener presente, lo que la Administración en un momento determinado dentro del ejercicio fiscal [anual] correspondiente, define e individualiza, tanto en la etapa de la elaboración de la previsión presupuestaria como en la fase de diseño de la estrategia interna para contratar obras, bienes y servicios, con sus reglas, condiciones y criterios acordados, todo ello, previo a la selección del contratista y su oferta. Eso es darle vida y especificidad a algo ordenado y producido dentro de ese ordenamiento jurídico. Otro aspecto relevante que debe ser comentado, es el relativo a la *justificación o respaldo jurídico* otorgado al órgano o ente contratante en términos de *atribución* para llevar a cabo la elaboración del pliego de condiciones.

De acuerdo con la doctrina administrativa pacífica y dominante y citando la sostenida por el Derecho administrativo colombiano al igual que en el caso venezolano, las Leyes o Decretos Leyes "...han regulado *las facultades administrativas* de configuración de pliegos de condiciones o de sus equivalentes, se limitan a *señalar los parámetros generales a los cuales habrá de ceñirse la entidad* que prepara o expide dichos *actos administrativos generales* en cada evento particular. No podría ser de otro modo, en la medida en que resultaría materialmente imposible que tales preceptos descendiesen a la confección de los precisos contenidos de dichos actos administrativos en cada procedimiento administrativo de selección de contratistas en concreto -cosa que sería propia de las *facultades regladas, en las cuales la norma detalla exhaustivamente y sin dejar margen alguno de valoración a la administración, las particularidades del contenido de la decisión para adoptar en cada supuesto específico-*, toda vez que ello sólo es viable realizarlo atendiendo a las disímiles necesidades del interés público agenciado por cada entidad pública en particular y a las especiales circunstancias propias de cada específico procedimiento de selección de contratista *...omissis...* en la medida en que los recién referidos dispositivos normativos (Leyes y Decretos Leyes), confieran un amplio margen de libertad de valoración a la administración para que, en cada caso concreto, establezca el contenido del pliego de condiciones, tales preceptos consagran *facultades de naturaleza discrecional* que se atribuyen a quienes han de ejercer las mismas, que habrán de concretarse en el señalamiento de las reglas, de los procedimientos, de las exigencias y de los criterios, objetivos razonables, con base en lo cuales deberá adelantarse el respectivo proceso de selección del contratista<sup>47</sup>". (Cursivas y entre paréntesis nuestro)

---

<sup>46</sup> Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

<sup>47</sup> Marín Hernández, Hugo Alberto. Naturaleza Jurídica de las facultades de la administración para confeccionar pliegos de condiciones. p. 3-4.  
*Vid.* <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/Deradm/article/view/2593/2232>.

Como complemento al precitado aporte doctrinario, el Consejo de Estado Colombiano, en Sala de lo Contencioso Administrativo al tratar sobre la discrecionalidad administrativa dejó sentado lo siguiente:

- *Jurisprudencia.* (...) las denominadas definiciones “materiales o positivas”...éstas consideran que la *discrecionalidad* opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, *no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley*- lo cual evidentemente ocurre tratándose de las referidas normas que regulan el contenido mínimo de los pliegos de condiciones-, de suerte que la *discrecionalidad* surge como *autorización que se confiere - expresa o implícitamente- a la administración* para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando “elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público...*omissis*...tarea para la que *se confiere libertad -relativa más no absoluta, limitada por el bloque de legalidad- al órgano actuante* otorgándoles un *poder discrecional*”<sup>48</sup>. Sin embargo debe aclararse que esa libertad tiene sus límites para evitar la arbitrariedad y las decisiones contrarias a la Ley que regula el procedimiento de selección, en la oportunidad de elaborar el comentado pliego; así que “...la administración pública jamás puede decidir con libertad, al contrario, constitucional y legalmente se encuentra *obligada a razonar, y a justificar -a establecer criterios objetivos-* por qué las decisiones que adopta son las que de mejor manera sirven al interés general, interés del cual no es titular -lo somos todos los ciudadanos o, más ampliamente, como administrados- sino mera gestora”<sup>49</sup>. (Cursivas nuestras)

En el caso venezolano, nuestra doctrina *ius publicista* al tratar la *discrecionalidad administrativa*, el criterio que la sostiene, está en perfecta armonía con la ya comentada doctrina colombiana, y al respecto el Profesor Brewer-Carías la comenta ampliamente y hace distinción entre ésta y la administración reglada cuya construcción jurisprudencial se ubica en las decisiones que al respecto dictó la antigua Corte Federal en los años 50, como sigue:

- *Jurisprudencia.* “Los actos administrativos son de dos categorías: *los discrecionales*, cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto<sup>50</sup>”; “...en *los reglados* la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esa autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa en forma de no dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en *los discrecionales*, atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que procede *arbitrariamente*”<sup>51</sup>.

Es importante enfatizar, que el caso *sui generis* del pliego de condiciones como acto administrativo que a nuestro juicio pretendemos lo sea, es indubitablemente *ordenado* por la Ley, que regula como “*piedra fundamental*” el procedimiento de selección; que goza de la *potestad discrecional* en cabeza del órgano o ente contratante legitimado para elaborar su contenido, potestad esa, que se deriva del *contenido o lenguaje* de las propias normas conte-

<sup>48</sup> Marín Hernández, *op.cit.* supra, p. 8.

<sup>49</sup> *Ibid.* p.10.

<sup>50</sup> Brewer-Carías, Allan R. *Estudios de Derecho Administrativo. 2005-2007*. Colección Estudios Jurídicos N° 86, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2007. p.134. *Vid.* Nota 110. Sentencia antigua Corte Federal de fecha 17 de julio de 1953. *Gaceta Forense*, 2ª Etapa, N° 1. Caracas 1953, p.151.

<sup>51</sup> *Ibid.* p.135. V. Nota 111. Sentencia antigua Corte Federal de fecha 26 de noviembre de 1959. *Gaceta Forense*, 2ª Etapa, N° 26, Caracas 1959, p. 125.

nidas en los artículos 43 y 44 de la Ley de Contrataciones Públicas y el artículo 95 de su reglamento. Así observamos, que lo prescribe el precitado artículo 44 al utilizar el vocablo *al menos*, que denota la posibilidad de incorporar en el pliego - de modo discrecional, facultativo o potestativo-, otras condiciones, requisitos o supuestos en provecho del procedimiento de selección y de sus resultados, en perfecta armonía, observancia y respeto a los Principios de Derecho administrativo expresamente referidos en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones Públicas; y en segundo término, se identifican las provisiones contenidas en los supra indicados artículos como *disposiciones bases, generalizadas, “deliberadamente incompletas, inacabadas o indeterminadas”<sup>52</sup>*, valga decir, *no detalladas ni exhaustivas que consagren facultades regladas*.

Agrega Brewer, “...la actividad discrecional de la Administración es indispensable para que esta pueda realizar actividades y lograr sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, en muchos casos, la ley se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos una cierta *libertad de apreciación* de los hechos, para decidir u orientar su actuación<sup>53</sup>”. Cabe aquí copiar a título recordatorio la norma administrativa contenida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos -LOPA-, que fija los extremos del ejercicio de la discrecionalidad por parte de la administración así:

“Artículo 12. Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”.

Sobre el particular comenta Brewer-Carías: “(...) la Administración, aún en ejercicio de potestades discrecionales, debe cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarias para su validez y eficacia de los actos administrativos...*omissis*...en cuanto al cumplimiento de los requisitos de fondo en el ejercicio del mismo poder discrecional, la jurisprudencia ha hecho especial referencia a la competencia, señalando que “el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo sin excederse de su competencia”<sup>54</sup>. Por lo que mal podría sostenerse o pretender hacer valer en el caso particular del pliego de condiciones, que en lugar de hacer efectiva sobre el mismo la potestad discrecional fijada por Ley y de obligatorio ejercicio por parte del órgano o ente público, estaríamos entonces, por descarte, en presencia de los “*conceptos jurídicos indeterminados*”, que el Profesor Marín Hernández dice “...aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de un solo enunciado (caso de nociones como la de la buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que solo en sede aplicativa serán puntualmente precisados”<sup>55</sup>.

a. Adicionalmente destaca y explica Brewer-Carías, la figura de los precitados *conceptos jurídicos indeterminados* con un ejemplo: (...) cuando una Ordenanza municipal establece la posibilidad de que la autoridad pueda ordenar la demolición o modificación de las edifi-

<sup>52</sup> Marín Hernández, *op.cit.* supra, p. 13.

<sup>53</sup> Brewer-Carías; *op.cit.* supra, p. 135.

<sup>54</sup> Brewer-Carías, *op.cit.* supra, p. 151; V. Sentencia antigua Corte Federal de fecha 24 de febrero de 1956, en Gaceta Forense, 2ª etapa, N° 11, Caracas 1956, p. 28.

<sup>55</sup> Marín Hernández; *op. cit.* a la nota 10, p. 7.

caciones que “amenacen o se encuentren en ruina”, lo que se configura es un concepto jurídico indeterminado, en el sentido de que ante una edificación determinada no cabe más que una sola solución justa: la misma se encuentra en ruina o no lo está. Esta determinación no puede ser objeto de una facultad discrecional<sup>56</sup>; y más adelante cita la posición del Profesor Alejandro Nieto, quien reafirma el carácter *intelectivo* y *no volitivo* de los aludidos conceptos como lo explica: “...en los conceptos jurídicos indeterminados, la operación que realiza la Administración es de naturaleza intelectual -a diferencia de la naturaleza *volitiva*<sup>57</sup> de la discrecionalidad-, en el sentido de que la Administración estima, juzga o determina -en el precitado ejemplo- que la edificación amenaza ruina... en este caso, siempre cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su juicio, y tal error puede ser controlado y corregido por los tribunales”<sup>58</sup>.

b. Ahora bien, al ser *precisadas o determinadas* por la Administración en el pliego a ser entregado a los participantes, esas *disposiciones bases o generalidades* contenidas en el artículo 44 de la LCP, léase, el objeto de la contratación, el nivel estimado financiero de la contratación y el presupuesto base, las formas de evaluaciones de los participantes y sus ofertas, la aplicación a esas evaluaciones de las matrices y sus ponderaciones respectivas, las condiciones de participación incluyendo las preferencias y las exigencias para acordar la calificación o de descalificación de los participantes, los requisitos para declarar la validez o en su defecto, el rechazo de las ofertas, y demás requerimiento fijados por el órgano o ente contratante, se puede afirmar, que la Administración estará presta a lo largo de la sustanciación del procedimiento hasta su conclusión, a emitir declaraciones de voluntad con el propósito de producir efectos jurídicos, sea que ordene la terminación del procedimiento de selección que afectaría económicamente a los participantes, sin motivar el acto que respalda esa decisión, o se pronuncie sobre la descalificación de un participante, o rechace las ofertas presentadas sin observar en ambos casos, la aplicación de las causales o por haber incurrido en la mala aplicación de las mismas, o que aplicada cualquiera de las aludidas causales, el acto de descalificación o de rechazo de las ofertas resulte inmotivado, o cuando un contrato se adjudique a una oferta deficiente en términos de oportunidad, calidad, precio y compromiso de responsabilidad social, sobre la base de una preferencia local, en violación del principio de igualdad o de transparencia administrativa. Tales actos administrativos *-separables-* podrán ser impugnados por los participantes, con fundamento en que su contenido “lesiona sus derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos”, como lo preceptúa el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos -LOPA-. De lo anterior se descarta a todas luces, que los actos antes referidos y tenidos ciertamente como administrativos, quedan fuera de la esfera de la categoría de los *simples actos materiales de la Administración*, los cuales no tiene como fin inmediato, a diferencia de aquellos, la producción de un determinado efecto jurídico.

c. Siguiendo las enseñanzas del Profesor Araujo-Juárez, que calificamos para la investigación que nos ocupa, en su conjunto, como una *guía* o una *orientación* para precisar cada elemento característico del acto administrativo transpolable al pliego de condiciones, nos permite afirmar lo siguiente:

<sup>56</sup> Brewer-Carías, *op.cit.* supra, p. 139.

<sup>57</sup> *Ibidem*. Naturaleza volitiva: “Cuando la ley faculta a la Administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y un límite mínimo claramente determinado...”.Vid. RAE. Volitivo: Se dice de los actos y fenómenos de la voluntad; [www.rae.es](http://www.rae.es).

<sup>58</sup> *Ibidem*.

d. Éste [el pliego] como acto administrativo *no innova*, esto es, ni crea normas ni deroga las existentes, simplemente se limita a aplicar las normas contenidas en la Ley de Contrataciones Públicas y su reglamento, dentro de un procedimiento administrativo de selección, contenido de un caso específico o expectativa de contratación de obras, de bienes o de servicios regulado por esa Ley<sup>59</sup>.

e. El pliego como acto administrativo colectivo o general, *se agota en su cumplimiento* (no es permanente), cuando ya especificados cada uno de los 19 supuestos del artículo 44 de la LCP, según la estrategia desarrollada por el órgano o ente contratante para la selección de contratistas y, la posterior contratación de obras, bienes y servicios, se le hace entrega a los participantes en el procedimiento para su aplicación o respuesta a todas las exigencias o condiciones allí contenidas.

f. El pliego de condiciones como acto administrativo, hasta tanto no origine derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un participante, podrá ser revocado por la autoridad que lo elaboró o por su superior jerárquico, en todo o en parte en cualquier momento durante la sustanciación del procedimiento administrativo de selección, como lo prescribe el artículo 82 de la LOPA.

g. El pliego de condiciones como acto administrativo si llegare a adolecer de vicios que lo hagan *anulable*, podrá convalidarlo la administración que lo elaboró, subsanando aquellos como lo indica el artículo 81 de la LOPA; podrá así mismo [la administración u órgano o ente contratante], *modificar o alterar su contenido*, por adiciones, supresiones u omisiones, inclusive, por la comisión de errores materiales o de cálculo como lo ordena el artículo 84 de la LOPA, dentro del lapso establecido en el artículo 46 de la LCP.

h. Los participantes en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, podrán solicitarle a la administración -órgano o ente público- que elaboró el pliego de condiciones, *aclaratoria de su contenido*, por lo que esta solicitud como tal, representa para el procedimiento, por el beneficio que aporta, tanto a los participantes involucrados y al interés general en esa expectativa de contratación de obras, bienes y servicios, el aseguramiento y la reafirmación de los principios de economía, transparencia, eficiencia y publicidad, entre otros, que rigen ese procedimiento.

i. Otro es el caso de los actos separables. Al pliego de condiciones se integran diversos actos o formalidades del procedimiento de selección que deben ser cumplidas por los participantes y por la administración, de donde se derivan dictados por esta última, *actos o decisiones unilaterales separables o actos administrativos de efectos particulares* [actos previos necesarios para la formación de la voluntad administrativa] de “la operación que contribuye a realizar y que culmina con la celebración del contrato<sup>60</sup>...El profesor Araujo-Juárez cita aquí a la autora Profesora Fabiola Tavares Duarte quien afirma al respecto... “En el supuesto que esos actos incidan en la esfera contractual, sin confundirse con la misma, se está en presencia de *los actos autónomos, desprendibles, independientes o separables, definidos como decisiones administrativas unilaterales*, dictadas tanto en la fase de formación o gestación del contrato administrativo y del contrato de Administración como en la fase de cumplimiento o ejecución del contrato administrativo, *susceptibles de ser aisladas e impugnadas, de forma directa, por el co-contratante de la Administración Pública o el tercero*. Se aprecia, así, la indiscutible naturaleza jurídico-administrativa de los actos separables de los

<sup>59</sup> Araujo- Juárez, *op.cit.* supra, p. 211.

<sup>60</sup> Araujo-Juárez, *op.cit.* supra, p. 614.

contratos de la Administración Pública, corroborada por el reconocimiento de la posibilidad de atacarlos: (i) en vía administrativa y una vez agotada ella; (ii) en vía contencioso-administrativa, con base en los vicios del acto administrativo<sup>61</sup>”. De esos actos separables *que surgen dentro del procedimiento administrativo de selección de contratistas*, cuyas decisiones son *actos administrativos de efectos particulares* susceptibles de impugnación como se expuso en líneas superiores, identificamos entre otros: la descalificación de un participante por criterios diferentes a los indicados en el pliego, o el rechazo de una oferta sin motivación o sin fundamento en las causales de ley, que el contenido del pliego de condiciones establezca desigualdades o discriminaciones entre los participantes, cuando la autoridad administrativa -órgano o ente público- niegue o no responda a la solicitud de aclaratoria de partes del pliego, cuando en un concurso abierto no se cumpla con el requisito del llamado a participar, expresamente indicado en el pliego de condiciones, cuando la autoridad administrativa, en la etapa de evaluación de las ofertas utilice matrices de evaluación, diferentes a las incorporadas en el pliego en perjuicio de alguna o varias ofertas entregadas por alguno de los participantes.

j. Por lo que concierne a la publicidad del pliego de condiciones como acto administrativo, aquella se rige por la ley especial identificada como Ley de Contrataciones Públicas y su reglamento, que dicta normas específicas en los artículos 57 y 58 para la publicación del llamado a participar, y con indicación de la oportunidad en que el pliego de condiciones estará disponible a los interesados en participar en las modalidades de concurso abierto y concurso abierto internacionalmente. En los casos de las modalidades de concurso cerrado y consulta de precios, conjuntamente con la invitación que se realice a los participantes seleccionados, la administración le suministrará el pliego de condiciones como lo disponen los artículos 63 y aparte segundo del artículo 43 de la Ley de Contrataciones Públicas -LCP-, respectivamente.

k. En cuanto a la delegación de atribuciones, el pliego de condiciones como acto administrativo, la competencia para su confección o elaboración es susceptible de ser delegada por la unidad interna del órgano o ente contratante (unidad usuaria o unidad contratante. V. Artículo 2 del Reglamento de la Ley de Contratación Pública) con fundamento en el artículo 34 sobre delegación interorgánica sujeta a las limitaciones contenidas en el artículo 35, ambos de la Ley Orgánica de la Administración Pública -LOAP-.

l. El pliego de condiciones como acto administrativo no es susceptible de derogación. Deberá éste, hacerse efectivo en toda su extensión como lo dispone el artículo 43 de la LCP, desde que aparece indicada su disponibilidad en el llamado a participar en el concurso abierto y abierto internacionalmente, o desde que es remitido con la invitación a participar a los seleccionados en el concurso cerrado o en la consulta de precios, salvo que el órgano o ente contratante decida por acto motivado dar por *terminado* el procedimiento de selección de contratista haciendo cesar de inmediato sus efectos. (V. Aparte final artículo 82 LCP y artículos 124 y 125 del RLCP)

---

<sup>61</sup> *Ibid.* p. 615-616. Vid. Tavares Duarte, Fabiola V. *Actos administrativos y contratos de la administración pública. Teoría general de la conexión*. EJV. Caracas. 2003. V. Rosito Arbia, Giuseppe. “La Teoría de los Actos Separables en el Derecho Administrativo Venezolano”. *Revista de Derecho Público* N° 59-60. Año 1994.



### III. EL PLIEGO DE CONDICIONES PREVISTO EN LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS SUBSUMIDO EN LOS REQUISITOS DE VALIDEZ O ELEMENTOS DE FONDO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. ELABORACIÓN DOCTRINAL

Como preámbulo a la anunciada elaboración doctrinal, y vistas las generalidades narradas en líneas superiores, se hace necesario resaltar el contenido del pliego de condiciones previsto en los artículos 43 y 44 de la LCP, en el sentido de describir de un modo comprensible su estructura tal como la diseñó el legislador. Así, ese pliego como acto administrativo *sui generis*, está integrado entre otros, por instrucciones o requerimientos de estricto cumplimiento por los participantes en el procedimiento administrativo de selección de contratistas. Esto significa, que del pliego, surgirán como consecuencia de esos requerimientos o exigencias como antes se comentó, *actos administrativos separados, de efectos particulares* que expresarán la voluntad de la administración frente a los administrados o participantes; sea que esa manifestación de voluntad provenga de la máxima autoridad del órgano o ente contratante, de quien aparezca según la normativa interna del órgano o ente contratante como delegado de ésta o la proveniente de sus comisiones de contrataciones, como expresamente fue prevista en la LCP y su reglamento.

Del propio artículo 44 de la LCP se advierte en su encabezamiento que la norma admite además de las condiciones, requerimientos y/o exigencias descritas en sus diecinueve (19) numerales, la posibilidad del establecimiento de otras condiciones o requerimientos adicionales a criterio del órgano o ente contratante, que de hacerse efectivas, pudieran generar otros *actos administrativos separables* expresión de la manifestación de la voluntad de la administración sobre el objeto de los mismos. Por consiguiente, el contenido del pliego de condiciones estará sujeto en cuanto a los requerimientos, exigencias, especificaciones y condiciones a lo previsto en el precitado artículo, que son para el legislador y parafraseando su texto, “*como mínimas o ...al menos...*”; así como a otros aspectos adicionales o complementarios que la propia Ley le permite a la Administración incorporar al pliego, haciendo uso ésta de la *potestad discrecionalidad* que deriva del texto de la aludida norma, sujetas esas inclusiones adicionales a los extremos fijados por el Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos -LOPA-; siendo la enumeración contenida en el precitado Artículo 44 LCP, meramente enunciativa y no taxativa.

#### 1. *Sujeción del pliego de condiciones a los requisitos de validez o elementos de fondo de los actos administrativos. Elaboración doctrinal*

Siguiendo la doctrina administrativa, entre otros, la expuesta por el Profesor Brewer-Carías, particularmente ha sostenido en cuanto al sometimiento de la Administración Pública y de sus actos administrativos a la legalidad lo siguiente: “En la precisión de esta conformidad con el ordenamiento jurídico, es decir, en su conformidad con la legalidad, por supuesto, juegan un papel fundamental los elementos de los actos administrativos, tanto de fondo (*legalité interne*) como de forma (*legalité externe*), y los cuales se encuentran regulados en las diversas leyes de procedimiento administrativo...Estos elementos o requisitos de validez se refieren a la competencia, la manifestación de voluntad, la base legal, la causa o presupuestos de hecho, la finalidad y el objeto de los actos administrativos...<sup>62</sup>”.

<sup>62</sup> Brewer-Carías, Allan. R. *Principios del Procedimiento Administrativo*. Editorial Civitas, España, 1990, p.81. *Vid, Ibid, El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del Procedimiento Administrativo*, Colección Estudios Jurídicos N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 349 y ss.

Ahora bien, se ha afirmado a lo largo de este trabajo de investigación, que el pliego de condiciones visualizado en los artículos 43 y 44 de la LCP, es un *acto administrativo "base"*, al cual se sujetarán los órganos o entes contratantes, al diseñar o estructurar cada uno de los pliegos de condiciones particulares aplicables a la modalidad de selección de contratistas que resulte y de cuyo seno derivarán los *actos administrativos separables* que se dicten con ocasión de la sustanciación del precitado procedimiento administrativo de selección de contratistas. Precisado lo anterior, deberá demostrarse esa calificación del pliego como acto administrativo vis a vis los requisitos de validez antes mencionados como sigue:

a) LA COMPETENCIA

En cuanto a *la competencia* para dictar actos administrativos, la doctrina indica que debe hacerlo una autoridad competente. Brewer lo resume como sigue: "La competencia así, es uno de los elementos esenciales de todo acto administrativo, entendiéndose por tal competencia la aptitud legal de los órganos administrativos para dictar un acto administrativo... la misma no se presume y por el contrario, debe emanar de una norma expresa atributiva de competencia, es decir, como lo afirma la Corte Suprema de Justicia, ...debe emerger [la competencia] del texto expreso de una regla de derecho...<sup>63</sup> ...por lo que sólo puede ser ejercida cuando expresamente se establece en la Ley... Por otra parte, la competencia normalmente, es del ejercicio obligatorio para el funcionario público y no puede renunciarse libremente, ni el funcionario puede desprenderse de ella, salvo que tenga una autorización legal expresa. Por eso, por ejemplo, *la delegación* sólo puede ser realizada cuando la Ley expresamente le atribuye esa competencia al funcionario... Esta competencia puede ser atribuida en la Ley, por razón del territorio, de la materia, del tiempo o del grado o jerarquía que tiene el funcionario, de acuerdo a los diversos niveles de la organización<sup>64</sup>". Fundamentalmente, prescribe la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos -LOPA-, sobre *la competencia* lo siguiente:

"Artículo 3. LOPA. *Los funcionarios y demás personas que presten servicios en la administración pública, están en la obligación de tramitar los asuntos cuyo conocimiento les corresponda y son responsables por las faltas en que incurran*"<sup>65</sup>. (Cursivas nuestras)

Esa competencia a la que alude la precitada doctrina y la legislación administrativa especial anotada, se puede precisar en las normas de la Ley de Contratación Pública -LCP- y su reglamento -RLCP-, por lo que concierne a la autoridad de los órganos o entes públicos y a otras unidades internas de los mismos, a quienes la Ley les otorga competencia para la elaboración de los pliegos de condiciones -acto unilateral de la Administración- y para dictar los actos administrativos que deriven, si fuere el caso, de la ejecución del contenido de las exigencias o requerimientos del pliego.

Así, los órganos y entes públicos (Poder Público) referidos en el Artículo 3 de la LCP deberán observar las disposiciones de la LCP y su reglamento, en la selección de contratistas para la contratación de la ejecución de obras, para la adquisición de bienes muebles y para la prestación de servicios comerciales, salvo los casos de excepción o de exclusión previstos en dicha Ley. Son por consiguiente, sus *máximas autoridades* o los funcionarios a los cuales les hayan *delegado* sus atribuciones, a quienes les compete la elaboración del pliego de condiciones antes de iniciar el procedimiento administrativo de selección de contratistas. Sobre el particular, se entiende por *máximas autoridades jerárquicas de los órganos y entes públicos*,

<sup>63</sup> Brewer, *Principios del Procedimiento...* p. 82.

<sup>64</sup> Brewer, *El Derecho Administrativo y la ley Orgánica...* cit, supra, p.150.

<sup>65</sup> G.O. N° 2.818 Extraordinario de fecha 1° de julio de 1981.

según el texto del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal -RLOCGRSNCF-<sup>66</sup>, lo que sigue:

“Artículo 6. Máxima Autoridad Jerárquica.

A los efectos de la Ley, así como de este Reglamento, se considerará *máxima autoridad jerárquica a quien corresponda la dirección y administración del órgano o entidad, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea aplicable*. En caso de que el órgano o entidad respectiva tenga junta directiva, junta administradora, consejo directivo u órgano similar, serán éstos los que se considerarán máxima autoridad jerárquica”. (Cursiva y subrayado nuestro)

Así, a título ilustrativo, en el caso de los Ministerios, la máxima autoridad son los Ministros, en las Superintendencias de Bancos, de Seguros, de Cooperativas, etc., los Superintendentes respectivos; en las empresas del Estado (y empresas mixtas), asociaciones y fundaciones del Estado, si las mismas poseen una junta directiva o su equivalente, será ésta la que ejercerá tal atribución. Sin embargo, queda entendido, que en el caso particular de las empresas del Estado con forma y constitución mercantil según sus estatutos sociales, esa junta directiva estaría conformada por personas naturales a quienes ordinariamente se les asignan cargos de Presidente, Vicepresidente, Directores, con sus respectivos suplentes, concentrando en la figura del Presidente, la representación legal de ese ente público. Otro sería el caso, que la propia junta directiva en pleno y a la luz del referido Artículo 6, delegue formalmente en el Presidente, esa representación legal, como máxima autoridad del respectivo ente público. Por ello, cuando la Ley y su reglamento se refieren de forma pura y simple a los *órganos y entes contratantes*, estos siempre estarán representados en cuanto al ejercicio de las competencias que le fueren atribuidas por la Ley o por sus estatutos, por las autoridades debidamente facultadas como se evidencia de las estructuras relativas a la Administración Centralizada y a la Administración Descentralizada previstas en la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>67</sup>; y en el supuesto, de que el instrumento regulador no mencione de modo expreso a esos órganos o entes contratantes ni a sus máximas autoridades *como los llamados a elaborar o confeccionar el pliego de condiciones* como se observa de los artículos 43 y 44 de la LCP, se debe entender que tal labor es de *la exclusiva competencia de esa máxima autoridad*, salvo que ésta delegue esa atribución en otros funcionarios como a continuación se explicará. No obstante, dado que la elaboración del pliego es una *actividad previa* no solo a la contratación sino a la apertura del procedimiento administrativo de selección de contratistas, el RLCP en su artículo 7 aunque no le correspondía a éste referirlo, indica que, “(...) *el órgano o ente contratante deberá efectuar actividades previas que garanticen una adecuada selección...*”, entre las cuales está, la elaboración o confección del pliego de condiciones.

Usualmente, las máximas autoridades de esos órganos y entes públicos *delegan* sus atribuciones, y especialmente, *la relativa a la elaboración o confección del pliego de condiciones*, en funcionarios de inferior jerarquía, que en el caso de la Administración Descentralizada, léase, Institutos Autónomos y Públicos, empresas del Estado, asociaciones y fundaciones del Estado, etc., tal delegación se efectuará siguiendo el orden previsto en sus *manuales de niveles de autoridad financiera -NAF-*<sup>68</sup>, o en su defecto, a lo que decida la máxima autoridad con fundamento en las normas contempladas en la LCP y en la LOAP, que a continuación se transcriben:

<sup>66</sup> Vid. G.O. N° 39.240 del 12 de agosto de 2009.

<sup>67</sup> Vid. en G.O. N° 5.890 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008.

<sup>68</sup> Vid. Artículo 92 de la LOCGRSNCF en G.O. N° 6.013 Extraordinario de 23 de diciembre de 2010.

“Artículo 42 -LCP-. Delegaciones.

La máxima autoridad del órgano o ente contratante *podrá delegar las atribuciones conferidas* en la presente Ley, a funcionarios del mismo órgano o ente contratante, sujetos a la normativa legal vigente”.

“Artículo 34. LOAP. Delegación interorgánica

La Presidenta o Presidente de la República, la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo, las ministras o ministros, las viceministras o viceministros, las gobernadoras o gobernadores, las alcaldesas o alcaldes y los superiores jerárquicos de los órganos y entes de la Administración Pública, así como las demás funcionarias o funcionarios superiores de dirección *podrán delegar las atribuciones* que les estén otorgadas por ley, a los órganos o funcionarias o funcionarios bajo su dependencia, así como la firma de documentos en funcionarias o funcionarios adscritas a los mismos, de conformidad con las formalidades que determine el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica y su Reglamento”.

Por consiguiente, la competencia para la elaboración del pliego de condiciones, es de las máximas autoridades de los órganos o entes contratantes y, excepcionalmente, podrán ejercer esa competencia, los funcionarios expresamente delegados por aquellas.

Se observan así mismo, otras competencias derivadas del contenido la norma reguladora -Art. 44 LCP- del pliego de condiciones, las cuales se materializarán antes y durante la ejecución del procedimiento administrativo de selección de contratista. Nos referimos en particular, a la designación en el pliego de condiciones, de la autoridad competente tanto para dar aclaratoria a la porción del pliego solicitada por los participantes, como para modificar el pliego y la competente para efectuar las notificaciones de las decisiones que emanen en el procedimiento como están previstas en el numeral 7 del Artículo 44; a la aplicación a los participantes por el órgano o ente contratante de las matrices de calificación y de evaluación de las ofertas previstas en los numerales 11 y 12 del mencionado Artículo, todos de la LCP, que enumeran las exigencias mínimas que debe contener el pliego de condiciones, numerales esos que prescriben lo siguiente:

“Artículo 44. Contenido del Pliego de Condiciones.

...*Omissis*...

7. *Autoridad competente* para responder aclaratorias, modificar el pliego de condiciones y notificar decisiones en el procedimiento.

11. *Criterios de calificación* (participantes), su ponderación y la forma en que se cuantificarán dichos criterios.

12. *Criterios de evaluación* (ofertas), su ponderación y la forma en que se cuantificarán el precio y los demás factores definidos como criterios”. (Cursivas y entre paréntesis nuestras)

Sobre este particular, la LCP confiere a las Comisiones de Contrataciones *la competencia para calificar o descalificar a los participantes* y para *evaluar las ofertas* y presentar a las máximas autoridades de los órganos y entes contratantes (MAOEC), el informe motivado de recomendación de la oferta más conveniente a los efectos de la adjudicación del contrato.

Tales competencias derivan del Artículo 66 de la LCP en concordancia con los numerales 1, 6, 7 al 12 del Artículo 16 del RLCP como sigue:

“Artículo 66. LCP. Condiciones para calificación y evaluación

En la *calificación, examen, evaluación y decisión*, el órgano o ente contratante debe sujetarse a las *condiciones de la contratación, según la definición, ponderación y procedimiento establecidos en el pliego de condiciones. El acto (Administrativo separable)* por el cual se des-

califique a un oferente o rechace una oferta *deberá ser motivado* por los supuestos expresamente establecidos en la presente Ley, su Reglamento y en el *pliego de condiciones*". (Cursivas nuestras)

"Artículo 16. RLCP. Atribuciones de la Comisión de Contrataciones

*Sin perjuicio de las atribuciones* previstas en la Ley de Contrataciones Públicas, las comisiones de contrataciones tendrán *las siguientes*:

1. *Recibir, abrir, analizar, directa o indirectamente a través de un grupo evaluador interdisciplinario, los documentos relativos a la calificación de los oferentes, examinar, evaluar y comparar las ofertas recibidas*, a cuyo efecto *podrá designar o hacer* que la Unidad Usaria o Unidad Contratante proponga grupos de evaluación interdisciplinarios, o recomendar la contratación de asesoría externa especializada en caso que la complejidad del objeto de la contratación lo requiera.

7. *Considerar y emitir recomendación sobre el régimen legal aplicable, la estrategia de contratación adoptada, la modalidad de selección de contratistas, parámetros, ponderaciones y criterios de selección de oferentes y evaluación de ofertas...omissis...* (Estos son actividades previas al inicio del procedimiento de selección de contratistas que deben incorporarse al pliego de condiciones; *Vid. Art. 7 RLCP*) (Cursivas y entre paréntesis nuestros)

8. *Descalificar oferentes o rechazar ofertas (Actos Administrativos separables), según el caso, que no cumplan con los requisitos o condiciones establecidas en el pliego de condiciones...omissis...*" (V. N° 2 Art. 71 LCP Causales de Rechazo de Ofertas, Art. 102 RLCP Causales de Rechazo de Ofertas, Art. 106 Descalificación Participantes. RLCP) (Cursivas, entre paréntesis y subrayado nuestro)

9. *Determinar, visto el informe del grupo evaluador, las ofertas que en forma integral, resulten más favorables a los intereses del órgano o ente contratante; todo ello, de conformidad con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones*, emitiendo la recomendación consiguiente.

12. *Decidir los recursos de reconsideración interpuestos por los oferentes en contra de las decisiones de descalificación (Acto Administrativo separable)* para participar en una determinada modalidad de selección de Contratistas...omissis..." (Cursivas y entre paréntesis nuestras)

#### b) LA BASE LEGAL

Para el Profesor Brewer, la base legal del acto es, "por lo tanto ... la norma o normas del Ordenamiento Jurídico *que autorizan la actuación administrativa* en relación a un caso concreto específico; o como más adelante indica, "...constituye lo que se denominan los *supuestos legales o los fundamentos legales del acto*; agrega... No puede dictarse ningún acto administrativo *sin que se tenga una fundamentación* en el Ordenamiento Jurídico, y esto derivado además del señalado *principio de la competencia*.

Es decir, si la competencia no puede presumirse, sino que tiene que ser de derecho estricto y expreso, *solo cuando el Ordenamiento Jurídico autorice la actuación, el funcionario público puede actuar* y solo puede actuar de acuerdo a las normas que se establecen en relación a las situaciones de hecho que se presenten para adoptar la decisión concreta<sup>69</sup>". (Cursivas nuestras)

Así, las máximas autoridades de los órganos o entes contratantes o a quien deleguen esa competencia, deberán elaborar el pliego de condiciones, cuando se determine la imperiosa

<sup>69</sup> Brewer.Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica*, cit, supra. p. 151-152.

necesidad de la apertura de un procedimiento administrativo especial de selección de contratistas para la contratación de obras, bienes o servicios. Su fundamento descansa en primer término, el encabezamiento del Artículo 1 de la LCP que es del tenor siguiente:

“Artículo 1. LCP. Objeto.

Objeto

La presente Ley, tiene por objeto *regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras...omissis...*”.

En segundo lugar, el ya citado Artículo 7 del RLCP, que le ordena a los órganos y entes contratantes efectuar ciertas actividades previas a la contratación (se debe leer, previas a la apertura del procedimiento administrativo de selección de contratistas), entre las cuales figura la elaboración del pliego de condiciones, siguiendo la orientación contenida en los Artículos 43 y 44 de la LCP y del Artículo 95. Pliego de Condiciones del RLCP, que es un requisito esencial para todas la modalidades de selección, pero particularmente, para el llamado a participar en el Concurso Abierto y Abierto Internacionalmente, como lo prescribe el Artículo 57. LCP. Publicación del Llamado y el numeral 3 del Artículo 58. LCP. Contenido del Llamado de Participación. Sobre estas bases legales, deberán entonces, los órganos y entes contratantes mencionado en el Artículo 3 de la LCP, proceder a la elaboración del pliego de condiciones, sea que se trate del aludido concurso abierto o de un concurso cerrado o una consulta de precios (ambos por invitación a participar), e incluso de una contratación directa, antes de iniciar el procedimiento administrativo de selección de contratista.

b.1) Así mismo, el fundamento legal del *acto administrativo de descalificación de participantes* se ubica en una norma sublegal; este es, el Artículo 106 del RLCP como se indica su contenido a continuación:

“Artículo 106. RLCP. Descalificación (Causas).

Son *causales de descalificación de los Oferentes*, las siguientes:

1. Si el Participante no ha suministrado adecuadamente *la información solicitada* (en el pliego de condiciones), no siendo posible su valoración o apreciación.
2. Si durante el proceso de calificación, una empresa en consorcio o alianza se declara o es declarado en disolución, liquidación, atraso o quiebra (lo cual deberá indicarse en el pliego de condiciones).
3. Si durante el proceso de calificación, alguna de las empresas de un consorcio o alianza renuncia a participar en el proceso.
4. Si el Oferente no cumple con alguno de *los criterios de calificación establecidos en los pliegos de condiciones*.
5. Si el órgano o ente contratante determina que el Oferente ha presentado información falsa en sus documentos de calificación. En caso de determinarse esta situación se procederá de acuerdo a lo establecido en el *artículo 36 de la Ley de Contrataciones Públicas*. (Validación de la información por ante el Registro Nacional de Contratistas) (Cursivas y entre paréntesis nuestros)

b.2) Si se trata del *rechazo de las ofertas*, el fundamento legal que legitima la actuación administrativa de la Comisión de Contrataciones, que se hará efectiva en el *acto administrativo de rechazo de la oferta* se subsume en el encabezamiento del Artículo 71 de la LCP y en el Artículo 102 del RLCP como sigue:

Artículo 71. *Causales de rechazo de las ofertas*

La Comisión de Contrataciones en el proceso posterior del examen y evaluación de las ofertas, debe rechazar aquellas que se encuentren dentro de alguno de los supuestos siguientes:

1. Que incumplan con las disposiciones de la presente Ley.
2. *Que tengan omisiones o desviaciones sustanciales a los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.*
3. *Que sean condicionadas o alternativas, salvo que ello se hubiere permitido en los pliegos de condiciones.*
4. Que diversas ofertas provengan del mismo proponente.
5. Que sean presentadas por personas distintas, si se comprueba la participación de cualquiera de ellas o de sus socios, directivos o gerentes en la integración o dirección de otro oferente en la contratación.
6. *Que suministre información falsa.* (A la requerida en el pliego de condiciones)
7. *Que aparezca sin la firma de la persona facultada para representar al oferente.* (Como exigido en el pliego de condiciones)
8. *Que se presente sin el compromiso de responsabilidad social.*(Como exigido en el pliego); y

- Otra Causal: La descalificación de un participante; Vid. Modalidad de Concurso Abierto: N° 1 Art. 56 LCP); que expresamente prescribe que “...La descalificación del oferente será causal de rechazo de la oferta”. (Cursivas, y subrayado nuestros)

“Artículo 102. RLCP. Causales de rechazo.

Son causales de rechazo de las ofertas, además de las establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas las siguientes:

1. *Ofertas que no estén acompañadas por la documentación exigida en el pliego o en las condiciones de la contratación;*
2. *Ofertas que no estén acompañadas por las garantías exigidas* (en el pliego de condiciones); salvo que la oferta hubiere sido presentada por algunos de los sujetos a que se refiere el artículo 3 de la Ley de Contrataciones Públicas;
3. *Ofertas acompañadas por las garantías exigidas, que no se ajusten sustancialmente a los documentos exigidos en el pliego o en las condiciones de la contratación;*
4. *Ofertas cuyo período de validez sea menor al requerido* (en el pliego de condiciones);
5. *Ofertas que presenten precios unitarios de cuyo análisis se pueda concluir que el oferente ha utilizado, para su elaboración, datos irregulares o ilógicos, a tal grado que hagan irrealizable la ejecución del contrato con el monto de la oferta* (al margen o en contradicción con lo requerido en las especificaciones del pliego);
6. *Cualquier otra establecida en los pliegos o en las condiciones de la contratación*”. (Cursivas y entre paréntesis nuestros)

No obstante, la competencia expresa de la Ley, al fijarle a la Comisión de Contrataciones la autoridad para declarar el rechazo de las ofertas mediante acto administrativo motivado, en los términos de los aludidos artículos, es igualmente, obligación expresa de la Comisión en la elaboración del informe de recomendación a ser elevado a la máxima autoridad del órgano o ente contratante, especificar en el mismo, *los motivos de descalificación o rechazo de las ofertas presentadas*, como lo ordena el Artículo 70 Informe de evaluación de oferta de la LCP, por lo que concierne a los detalles de la actividad de análisis, evaluación y ponderación de las ofertas, en armonía con los principios de igualdad y de transparencia del procedimiento.

Como se observa, tanto de los supuestos de descalificación de participantes como de las causales de rechazo de ofertas, el *fundamento legal* que respalda el acto administrativo respectivo está precisado en el contenido “mínimo” de las exigencias del pliego de condiciones que deben cumplir los participantes y que en su defecto, se producirá el acto administrativo que respalda la decisión contenida en las aludidas normas legales y sublegales.

#### c) LA CAUSA O MOTIVO O MOTIVACION

Se entiende por *causa o motivo* como requisito de fondo de los actos administrativos, “(...) *los motivos que provocan la actuación administrativa*. En efecto, la Administración, cuando dicta un acto administrativo, no puede actuar caprichosamente sino que tiene que hacerlo, necesariamente, tomando en consideración las circunstancias de hecho que se corresponden con la base o fundamentación legal que autorizan su actuación...El problema de la causa o motivo de los actos administrativos, se resuelve, por tanto, si se busca la razón justificadora del acto (como lo exige el numeral 5 del Artículo 18 de la LOPA), es decir, las *circunstancias de hecho* que en cada caso autorizan a que un acto administrativo se dicte”<sup>70</sup>. (Cursivas y entre paréntesis nuestro)

La elaboración del pliego de condiciones tiene su causa o motivo en la propia Ley de Contrataciones Públicas que precisa, *la necesidad de los órganos y entes públicos de contratar la ejecución de obras, la adquisición de bienes muebles y la prestación de servicios comerciales* destinados a beneficiar al interés general, que se materializarían tanto en servicios públicos como en la ejecución de actividades y resultados de utilidad pública. Por consiguiente, la Administración, teniendo la competencia, la base legal que autoriza su actuación y, la causa o motivación de interés general, elaborará el pliego de condiciones en cada caso como acto administrativo, basado en los requerimientos mínimos contenidos en precitado Artículo 44 LCP; incluso, se puede argumentar que tales necesidades de obras, bienes y servicios, debieron estar previstas en la Ley de Presupuesto Anual y en los Presupuestos de la Administración Descentralizada con o sin fines empresariales, lo que justificaría esas contrataciones y les garantizaría la existencia de la disponibilidad presupuestaria para alcanzar y satisfacer los fines del Estado.

Desde otra perspectiva, por lo que respecta al pliego de condiciones, el acto administrativo que se dicte y que surge de la Ley, deberá tener su justificación en las *circunstancias de hecho* (según Brewer: la razón justificadora del acto), imputables a los participantes, cuando violen o transgredan las exigencias o requerimientos contenidos en dicho pliego y que están contemplados en la base legal comentada que autorizan el dictado del aludido acto.

En el análisis que realizamos, *las causas o motivos tanto de descalificación como de rechazo de ofertas* derivan de *las exigencias del pliego como acto administrativo* que, deben cumplir los participantes en el comentado procedimiento administrativo, las que ya existen y se evidencian del Artículo 44 LCP y las plasmadas en los Artículos 71 LCP y 102 y 106 del RLCP, así como otras que la Administración -discrecionalmente- llegare a incorporar en el pliego de condiciones.

#### d) EL OBJETO O CONTENIDO DEL ACTO

Para Brewer, el objeto o contenido del acto lo destaca como “...*el efecto práctico que con el acto administrativo se pretende*, por ejemplo, el nombramiento de un funcionario, el decomiso de un bien...*el objeto* como en relación a todo acto jurídico, *el acto administrativo*

<sup>70</sup> Brewer-Carías, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica...cit*, supra. p. 152



*debe ser determinado o determinable* (RAE: 2. tr. Distinguir, discernir), *debe ser posible y debe ser lícito*<sup>71</sup>. A los efectos de la presente investigación y por lo que concierne al pliego de condiciones como acto administrativo y su objeto, *el efecto práctico de su elaboración radica*, en el planteamiento unilateral y ordenado, contentivo de requerimientos o exigencias dirigido a los participantes en el procedimiento administrativo de selección de contratistas, que le hace la Administración con base en la Ley y en el ejercicio de su potestad discrecional, para escoger entre quienes cumplan tales pedidos, el participante idóneo y la oferta más conveniente al órgano o ente contratante y al interés general tutelado.

En el caso del *acto administrativo de descalificación de participantes* o el relativo al rechazo de las ofertas, el efecto práctico radica, en la “*limpieza preventiva*” del procedimiento administrativo, de participantes y de ofertas que contravienen las exigencias del pliego. Por consiguiente, la Ley y su reglamento, previeron la *pena* aplicable a los participantes que incurran en la inobservancia de lo requerido en el pliego de condiciones como acto administrativo.

#### e) LA FINALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Afirma Brewer, (...) toda actividad administrativa en el Estado Moderno, estará condicionada por la Ley, siempre a la consecución de determinados resultados. Por tanto, la Administración *tiene que ceñirse obligatoriamente a los fines prescritos en la Ley*... Por tanto, así como el elemento *causa de los actos administrativos* se busca preguntando *¿por qué se dicta el acto?* el *elemento fin del acto administrativo* se obtiene preguntando *¿para qué se dicta el acto?*<sup>72</sup>.

La finalidad del pliego de condiciones esta sujeta a las prescripciones contenidas en la Ley y en particular a lo preceptuado en el Artículo 1 que indica lo siguiente:

“Artículo 1. LCP. Objeto

(...) regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, *con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los órganos y entes sujetos a la presente Ley, de manera de coadyuvar al crecimiento sostenido y diversificado de la economía*”.

Finalidad: *¿para qué se dicta el acto?* El pliego de condiciones como acto administrativo unilateral tiene por finalidad, precisar las necesidades de obras, bienes y servicios de los órganos y ente públicos y ordenar y transmitir en consecuencia, los requerimientos que los participantes deben cumplir; y con fundamento y la aplicación de este pliego de condiciones, respaldado por la Ley y su reglamento como elemento o mecanismo central, obtener a través del procedimiento administrativo de selección de contratistas, *la oferta de obras, bienes y servicios más provechosa a los intereses del Estado*, en términos de oportunidad, calidad, precio, capacidades, especialidad, disposición de los participantes y compromiso de responsabilidad social.

<sup>71</sup> Brewer, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica*, cit, supra. p. 154.

<sup>72</sup> *Ibid*, p. 156.

#### IV. EL PLIEGO DE CONDICIONES EN LA CLASIFICACION GENERAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En nuestro criterio, se puede explicar la naturaleza del pliego de condiciones desde la perspectiva de la clasificación de los actos administrativos que aporta la doctrina y que el legislador plasmó en la LOPA. Siguiendo la clasificación doctrinal -Brewer-Carías-, identificamos al pliego de condiciones como:

- a) Un acto administrativo general, indeterminado o determinado.

Es indudable que el pliego de condiciones tiene su origen en la Ley de Contrataciones Públicas -LCP- y por consiguiente, está destinado a normar, porque es regulador de condiciones y exigencias “mínimas”, e informativo, a partir del contenido de la norma que lo prevé y que admite la potestad discrecional del funcionario que lo elabora para ampliarlo. Pero se trata de un acto administrativo general simple e individual<sup>73</sup> como lo define el Profesor Araujo-Juárez, a diferencia del acto administrativo de efectos generales puramente normativo -Art. 13 LOPA-, léase, un decreto, un reglamento, una resolución.

Por su parte Brewer los concibe como: “...aquellos que interesan a una pluralidad de sujetos de derecho, sea formado por un número indeterminado de personas o un número determinado<sup>74</sup>”. Se puede afirmar, que según lo expuesto, el pliego de condiciones alcanza la categoría de acto administrativo general formado por un número *determinado* de personas, que son aquellas que en los concursos abiertos y abiertos anunciados internacionalmente adquieren el pliego; en los concursos cerrados, las personas naturales o jurídicas seleccionadas a partir del contenido de la base de datos del Registro Nacional de Contratistas -RNC-, e invitadas -al menos cinco-, y en las consultas de precios, igualmente las seleccionada e invitadas, al menos tres.

- b) Un acto administrativo de trámite pero también definitivo, expreso y creador de derechos.

b.1. De trámite por su carácter preparatorio<sup>75</sup>, el pliego de condiciones establece las condiciones y exigencias de la Administración, en cuanto a lo que será objeto de oferta presentada por los participantes que alcancen la calificación, así como los requerimientos que deben cumplir quienes participen en el procedimiento administrativo de selección.

b.2. Definitivo y expreso<sup>76</sup>. Iniciado el procedimiento administrativo de selección de contratistas y siguiendo el contenido del pliego de condiciones, solo participarán en el acto público de apertura de las ofertas, los participantes calificados previa la aplicación de la matriz de calificación contenida en el pliego de condiciones. Tanto la descalificación de un participante como el rechazo de las ofertas sujetas al resultado que produzcan las matrices de evaluación aplicadas y contenidas en el pliego, se materializarán en los actos administrativos separables y motivados que dicte la Comisión de Contrataciones, e impugnables por la vía administrativa o directamente a través de la jurisdiccional.

<sup>73</sup> Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo General. Acto y Contrato Administrativo*. Ediciones Paredes. Caracas. 2011. p. 112.

<sup>74</sup> Brewer-Carías..., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica*, cit., supra, p 145.

<sup>75</sup> *Ibid.* p 146.

<sup>76</sup> *Ibidem.*

b.3. No es creador de derechos *Ab Initio*. La adjudicación del contrato al participante y su oferta, favorable a los intereses del órgano o ente público contratante, aun contenida en un acto administrativo calificado por la doctrina de la Sala Político Administrativa del TSJ como de trámite favorable, no crea derechos en su favor hasta tanto no haya suscrito con la Administración el contrato respectivo. Es entonces, a partir de esa suscripción, que ese acto administrativo se reputará definitivo sin perder su carácter de impugnabile y aun ser declarado nulo según las causas establecidas en la Ley.

Sobre este último particular y contrario al criterio sostenido por la referida Sala Político Administrativa del TSJ, la Sala Constitucional del Consejo de Estado de la República de Colombia en sentencia de unificación previamente comentada, dictada en el Caso *INVERA-PUESTAS, S.A., vs. Lotería de Bolívar*: Sentencia N° SU 713/06 de fecha 23 de agosto de 2006. Expediente N° T-851356<sup>77</sup>, decidió lo siguiente:

“(…) 17. Dentro de este *conjunto de actos* se encuentra el denominado *pliego de condiciones*, el cual se puede definir como el conjunto de reglas que elabora exclusivamente la Administración para disciplinar el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el alcance del contrato estatal. Se trata de un *acto de contenido general*, que fija los parámetros para comparar las propuestas presentadas por los oferentes y que permite regular los derechos y obligaciones que emanan de la suscripción del contrato. *De ahí que no sea un simple acto de trámite, sino un verdadero acto administrativo mediante el cual se plasma una declaración de inteligencia y voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, máxime cuando los pliegos tienen esencialmente un contenido normativo por ser la ley de la licitación y la ley del contrato...Omissis...* Los pliegos de condiciones son elaborados unilateralmente por la Administración, sin ninguna participación de los eventuales proponentes, ya que corresponden a *una manifestación del poder o imperium del Estado*, quien a través de sus entidades estatales evalúa discrecionalmente la conveniencia, idoneidad, suficiencia y proporcionalidad de los requisitos habilitantes y de los factores de selección en ellos previstos, con *el propósito de satisfacer el interés público que subyace en los fines de la contratación estatal*.

Queda claro entonces que *los pliegos de condiciones constituyen un acto administrativo definitivo de contenido general*, respecto del cual se predica la existencia de una declaración unilateral de voluntad por parte de la Administración dirigida a producir efectos jurídicos... *Los pliegos de condiciones como actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para la Administración, los licitantes y los contratistas...*” (Cursivas y subrayado nuestro)

#### V. EL PLIEGO DE CONDICIONES REFERIDO EN LA LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS -LCP- Y EN SU REGLAMENTO -RLCP-

Seguidamente, se listan los artículos de la Ley de Contrataciones Públicas -LCP- y de su reglamento -RLCP- en cuyos textos refieren o citan al pliego de condiciones:

- Artículo 8. LCP. Producción nacional.
- Artículo 14. LCP. Conformación y custodia del expediente.
- Artículo 16. LCP. Denuncia.**
- Artículo 39. LCP. Presupuesto base.
- Artículo 43. LCP. Pliego de condiciones.

<sup>77</sup> Vid. [www.corteconstitucional.gov.co/](http://www.corteconstitucional.gov.co/)

- Artículo 44. LCP. Contenido del pliego de condiciones.
- Artículo 47. LCP. Derecho de aclaratoria.
- Artículo 48. LCP. Plazo de aclaratoria.
- Artículo 49. LCP. Prórroga de la oferta.
- Artículo 58. LCP. Contenido del llamado de participación.
- Artículo 63. LCP. Concurso cerrado. Requisitos para la selección.
- Artículo 65. LCP. Garantía de mantenimiento de la oferta.
- Artículo 66. LCP. Condiciones para calificación y evaluación.
- Artículo 69. LCP. Examen de las ofertas.
- Artículo 70. LCP. Informe de evaluación de ofertas.
- Artículo 71. LCP. Causales de rechazo de las ofertas.
- Artículo 85. LCP. Otorgamiento de la adjudicación y fraccionamiento legal de ofertas.
- Artículo 87. LCP. Adjudicación a oferta única.
- Artículo 88. LCP. Nulidad del otorgamiento de la adjudicación.
- Artículo 89. LCP. Motivos para declarar desierta. (N°s. 2 y 5)
- Artículo 92. LCP. Requisitos de las notificaciones.
- Artículo 96. LCP. Mantenimiento de las condiciones.
- Artículo 98. LCP. Nulidad de los contratos.
- Artículo 99. LCP. Fianza de anticipo.
- Artículo 2 RLCP. Lista de precios.
- Artículo 9 RLCP. Aplicación de las medidas temporales.
- Artículo 16 (N° 8 y 9) RLCP. Atribuciones de la Comisión de Contrataciones.
- Artículo 37 RLCP. Incorporación en las condiciones de Contrataciones.
- Artículo 41 RLCP. Modalidades del compromiso de responsabilidad social.
- Artículo 95 RLCP. Pliego de condiciones.
- Artículo 96 RLCP. Actos para modalidades de concurso abierto y concurso cerrado.
- Artículo 101 RLCP. Modificación del alcance en pliegos de condiciones.
- Artículo 102 RLCP. (N° 1 y 3) Causales de rechazo.
- Artículo 106 RLCP. (N° 4) Descalificación.
- Artículo 109 RLCP. Consulta de precios sin pliego de condiciones.
- Artículo 110 RLCP. Ajuste de la oferta beneficiaria de la adjudicación.
- Artículo 123 RLCP. (N°s 1 y 2) Procedencia de la suspensión.

Artículo 124 RLCP. Lapso de suspensión.

Artículo 125 RLCP. Terminación por utilización de modalidad no aplicable.

Artículo 151 RLCP. Aplicación de normas técnicas en la ejecución de obras.

#### VI. ABREVIATURAS

<b>LCP:</b>	Ley de Contrataciones Públicas
<b>LOAP:</b>	Ley Orgánica de la Administración Pública
<b>LOCGRSNCF:</b>	Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.
<b>LOPA:</b>	Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
<b>RLCP:</b>	Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas
<b>RLOCGRSNCF:</b>	Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.
<b>TSJ:</b>	Tribunal Supremo de Justicia.
<b>SPA:</b>	Sala Político Administrativa.