

J 1784



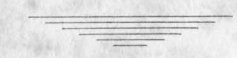
ENRIQUE SAYAGUES LASO

Profesor Agregado
de Derecho Administrativo

SALA
4

INVENTARIO
1954

LA LICITACION PUBLICA



MONTEVIDEO
Peña & Cía. - Impresores
1940

GENERALIDADES

1. **Definición.** — La licitación puede definirse como un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrezca a la Administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones (véase infra nº 43)

Es ésta una definición bastante analítica, que creo expresa bien las características esenciales de la cosa definida. En el momento oportuno, o sea en el capítulo sobre la naturaleza jurídica de este instituto (cap. II), volveré sobre ella, analizándola en sus distintos elementos, pues ahora la doy a simple título de adelanto.

2. **Ventajas.** — Puesto que el procedimiento de la licitación ha sido aceptado en la casi unanimidad de los países, es natural creer en sus ventajas frente a las otras formas de contratación; y así es, en efecto.

Con la licitación se busca ante todo sanear la Administración, evitando colusiones fraudulentas entre los funcionarios encargados de celebrar los contratos que requiere el funcionamiento de los servicios públicos, y los particulares interesados. Puesto que la Administración está obligada a adjudicar la licitación al proponente que ha ofertado condiciones más ventajosas, el margen de libre elección de los

funcionarios queda de tal modo restringido, que resulta imposible prácticamente entrar en combinaciones con terceros (1).

Además, provocando la concurrencia entre los interesados en celebrar el contrato, obliga a éstos a reducir los precios al mínimo posible. Se evita, así, que por favoritismo, interés o retribuciones pecuniarias, se formalicen contratos desventajosos, con el consiguiente perjuicio para el Estado (2).

También se facilita el contralor, pues los propios licitantes, fuertemente interesados en conseguir el suministro, fiscalizarán la conducta de los administradores, reclamando ante quien corresponda, en caso de cometerse irregularidades. Y de esa manera se consigue también librar de toda sospecha el proceder de los funcionarios administrativos.

3. Inconvenientes. — Pero no todas son ventajas en las licitaciones; presentan también serios inconvenientes. Aun mismo las ventajas enunciadas son menos claras que a primera vista.

Es cierto que formalizándose el contrato por licitación, se hace difícil el concierto con los particulares y la elección de propuestas inconvenientes. Pero aun cuando el procedimiento de las licitaciones esté bien reglamentado, pueden efectuarse adjudicaciones indebidas (3).

Además, no siempre la concurrencia produce una baja en los precios, sino por el contrario, un alza en las cotizaciones, al conocer los interesados las necesidades de la Admi-

(1) Cf.: Palomino Zipitria, *Apuntes para un curso de contabilidad administrativa*, Montevideo, 1914, p. 323; — Ingrosso, *Principii di contabilità di Stato*, Napoles 1930, t. I, p. 112; — Jèze, *Revue de droit public*, 1930 p. 263.

(2) Véanse los autores citados en la nota anterior.

(3) Sin intención de enunciar todas las artimañas a que pueden recurrir los funcionarios inescrupulosos, para desvirtuar las moralizadoras finalidades perseguidas con este requisito, basta señalar que es posible redactar los pliegos de condiciones de tal manera, tan analíticamente, que sólo la persona a quien se quiere favorecer, quedà en condiciones de presentar ofertas admisibles (véase *infra*, n° 74, como influye esta circunstancia en el carácter general del pliego).

nistración. Puede ocurrir, también, dentro de este orden de inconvenientes, que se presente a la Administración una propuesta de ocasión, sumamente ventajosa, que deba dejarse perder por causa del tiempo que demandan los trámites de toda licitación y no estar el proponente en condiciones de esperar (1).

Hay que considerar también, y este argumento sólo tiene fuerza respecto de los organismos públicos industriales o comerciales, que compiten con empresas privadas, que la publicidad inherente a toda licitación, permite a éstas conocer los costos de adquisición de aquéllos, colocándolas en situación de evidente superioridad en la lucha por la conquista del mercado.

Pero de cualquier modo, el saldo que queda en favor de este requisito es de tal importancia, que en casi todos los países ha sido aceptado en mayor o menor grado. Pero es útil recordar sus inconvenientes, para tratar de salvarlos en lo posible, con una legislación flexible, no demasiado rígida, capaz de adaptarse a las distintas actividades del Estado.

4. Terminología. — Y para terminar con estas generalidades, conviene decir unas pocas palabras sobre la terminología de los juristas y de los preceptos legales nuestros y extranjeros, al tratar este instituto.

En efecto, es muy frecuente ver como una misma cosa es designada con nombres diversos según los autores y aún mismo en las leyes.

Además se usan los mismos vocablos con distinto sen-

(1) Este inconveniente, que no se observa en las adquisiciones más comunes y frecuentes del Estado (construcción de obras públicas, suministros diversos), surge con intensidad respecto de los organismos que constituyen el dominio industrial y comercial del Estado (Entes Autónomos, Servicios Descentralizados, etc.), especialmente cuando éstos se desenvuelven en competencia con empresas privadas (Ancap, Banco de Seguros). Téngase presente, en esta última hipótesis, que el encarecimiento en las adquisiciones u obras que realicen, repercute en sus precios de ventas o tarifas, que así resultan más elevadas que las de los particulares.

tido; y se encaran los problemas desde diferentes puntos de vista, sin hacer las salvedades del caso.

Por esos motivos creo útil aclarar desde ahora el significado que doy a los términos más utilizados.

Así, por ejemplo, clasifico las licitaciones en públicas y restringidas encarándolas en cuanto a la forma de admisión de los licitantes, según ésta sea libre o esté subordinada a la voluntad de la Administración. En cambio, en Francia y algunos otros países, no sólo se denominan privadas las licitaciones restringidas (1), sino que se les clasifica en tres clases: licitaciones públicas, privadas y sobre concurso de muestras y precios (*concours d'échantillons et de prix*) (2). Se incurre, así, en evidente error, porque éste último tipo de licitación nada tiene que ver con la libertad o restricción en la admisión de licitantes, y si sólo con el contenido de las propuestas y modo de comparación (3).

Entiendo, asimismo, que toda licitación pública o restringida en cuanto a la admisión de proponentes, ha de ser pública en cuanto a los procedimientos, es decir, que cada participante toma conocimiento de las ofertas de los demás, lo que tiene lugar en el acto de recepción y apertura de las propuestas, haciéndosele saber posteriormente la resolución final (4).

Y este detalle tiene por cierto mucha importancia, porque de hacerse los trámites en secreto, se vuelve imposible el contralor por los licitantes (5).

(1) En nuestro país, el Digesto Municipal de la Intendencia de Montevideo, califica de privada, en lugar de restringida, las licitaciones que no son públicas (art. 244).

(2) Puede verse la descripción de las distintas clases de licitación en Francia, en Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 284 s.

(3) Tan es así, que una licitación sobre concurso de muestras y precios puede ser pública, si hay libertad en la admisión de proponentes, o restringida (privada), si ésta no existe.

(4) No hay necesidad de hacer público el expediente administrativo interno, donde muchas veces hay informes confidenciales; basta dar a publicidad las propuestas y la decisión de adjudicación.

(5) Cuando se desea proceder con reserva, utilizase la licitación que denomino «confidencial». En ésta las propuestas se presentan cerradas,

Por lo tanto, cuando me refiera a la licitación pública, aludiré a aquélla en que la admisión de proponentes es libre (*infra*, nº 80) y el trámite conocido por todos; y licitación restringida, cuando siendo el procedimiento conocido por todos, la admisión está condicionada a la previa autorización de la Administración (*infra*, nº 86).

También conviene distinguir las clasificaciones precedentes, de las que pueden hacerse en base a la forma de presentación de propuestas o remate (*infra*, nº 90).

Admisión condicionada a la autorización de la administración sólo para determinadas personas. Procedimiento de adjudicación reservado por la ley no para cualquier persona o empresa. procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones + ventajas...

y no se abren delante de los participantes, por lo cual éstos ignoran el contenido de las ofertas de sus competidores, dándoseles a conocer sólo el nombre del adjudicatario final. Pero para proceder de este modo, es decir, sin licitación pública, es preciso estar autorizado para contratar directamente.

CAPITULO I

Antecedentes históricos

SECCION I. — Derecho extranjero.

5. **Derecho romano.** — El procedimiento de la licitación pública, como medio de rodear de las debidas garantías la celebración de los contratos en que interviene el Estado, fué conocido en el derecho romano. Ciertamente es que no se utilizó en todos los casos, pero evidentemente tuvo bastante aplicación.

Desde las primeras épocas el botín obtenido en la guerra era vendido públicamente, a los mejores ofertantes. En el lugar donde iba a verificarse la venta, se plantaba un *asta*, arma guerrera y a la vez insignia real (1). De ahí deriva el término de *subasta* con que en muchos países se designa el procedimiento de la licitación (2).

Más tarde se generalizó el régimen de la venta en *asta pública*, debiendo verificarse en esas condiciones todas las ventas de bienes fiscales. Así lo establecía el Código de Justiniano (3).

También se aplicó el procedimiento de la licitación en

(1) De Cupis, *Legge sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale*, Turin, 1910, 3a. ed., p. 186; — Rostagno, *Contabilità di Stato*, Milán, 2a. ed., p. 111; — Ingrosso, *Principii di Contabilità di Stato*, Nápoles, t. I, p. 111, nota 1.

(2) En nuestro país se utiliza también el término *subasta*, aunque casi solamente en el derecho privado (Códigos Civil y de Procedimiento Civil).

(3) De Cupis, *op. cit.*, p. 190; — Rostagno, *op. cit.*, p. 110; — De Giuli, en *El Digesto Italiano*, vº *Contabilità generale dello Stato*, p. 749, nº 287.

la contratación de las obras públicas. Y puede afirmarse que tanto en el derecho romano, como en los demás países, han sido las obras públicas las que más han contribuido a generalizar este instituto de garantía de los intereses del Estado.

En Roma el *ensor* era el funcionario encargado de dirigir la contratación de las obras públicas. A tal efecto debía preparar la fórmula del contrato (*lex censoria*), o sea el equivalente de nuestros pliegos de condiciones, al tenor del cual se verificaba la subasta pública (*licitatio*), que era adjudicada a quien pedía la menor suma (1).

6. **Francia.** — Después de la caída del Imperio Romano, durante toda la Edad Media, no existen rastros de este instituto. Esto no puede causar extrañeza por la inexistencia de Estados organizados en donde aplicarlo. Por lo demás, no había bajo el régimen feudal, quien se ocupara de la realización de obras públicas, que es el campo más propicio para el desenvolvimiento del requisito de la licitación.

Pero a medida que los Estados fueron organizándose, comenzó a legislarse a su respecto. En Francia encontramos ya en el siglo XVI, bajo el reinado de Enrique IV, ordenanzas disponiendo que las obras públicas se hagan por licitación (2). En el siglo XVII, Colbert fué el más celoso defensor del principio de la licitación pública (3).

No es posible citar una a una todas las leyes y decretos que poco a poco fueron imponiendo el requisito de la licitación pública en la celebración de la mayor parte de los contratos en que interviene el Estado. Preciso es citar sólo los más importantes (4).

(1) Vitalevi, en el *Digesto Italiano*, vº. *Appalto di opere e lavori*, p. 21, nº 40; — Fernández de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid 1927, p. 52; — Legros, *Formation et résolution du marché de travaux publics*, París, 1912, p. 34; — Masson, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, París, 1938, p. 10.

(2) Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, en *Revue du droit public*, 1930, p. 262; — Masson, *op. cit.*, p. 10.

(3) Masson, *op. cit.*, p. 11.

(4) Para un detalle más completo véase: Masson, *op. y loc. cit.*, y Jèze, *Rev. cit.*, p. 163 s.

La Ordenanza de Diciembre 4 de 1836 (1) estableció en Francia por vez primera, la obligación de recurrir a la licitación pública como regla general, para todos los contratos de suministros, transportes y obras públicas.

Una norma similar fué dictada para las comunas y establecimientos de beneficencia, abarcando todos los suministros y obras públicas que éstas llevaran a cabo, según Ordenanza de fecha Noviembre 14 de 1837.

Además de éstas, que son las disposiciones básicas, se han dictado muchas otras e introducido infinidad de modificaciones parciales, que serán citadas en el lugar respectivo y en cuanto sea del caso.

7. **Italia. España.** — En Italia se ha reglamentado minuciosamente el procedimiento de la licitación pública, en las leyes y decretos sobre contabilidad general y administración del patrimonio del Estado. Por esa razón el régimen es más general y armónico que en Francia, donde son, como hemos visto, numerosísimos los decretos dictados sobre el particular. Aún así hay bastantes disposiciones especiales.

Las dos disposiciones principales vigentes son: la ley de Contabilidad general, de fecha Noviembre 18 de 1923, y el Reglamento aprobado por decreto real de fecha Mayo 23 de 1924 (2).

Una situación similar existe en España.

Ya a mediados del siglo pasado el decreto real de Febrero 27 de 1852, estableció el principio de que todo contrato de servicios y obras públicas debía celebrarse mediante subasta pública, principio que ratificó la ley de Contabilidad

(1) Este decreto fué dictado en cumplimiento de la ley de Enero 31 de 1831, uno de cuyos artículos decía así: «Una ordenanza real determinará las formalidades a seguir en el futuro en todos los contratos celebrados por el Estado».

(2) La ley citada vino a sustituir el Texto único de Febrero 17 de 1884, que a su vez se dictó en lugar de la vieja ley de contabilidad de Abril 22 de 1869. Por su parte, el reglamento de 1924, derogó al de Mayo 4 de 1885.

de Julio 1 de 1911, estableciendo al mismo tiempo una minuciosa reglamentación de aquella.

Hay, además, muchas otras disposiciones especiales.

8. **Portugal. Argentina.** — La situación en Portugal es similar a la de los países ya citados.

El reglamento general de Contabilidad pública, de fecha Agosto 31 de 1881, estableció la obligación de recurrir a la licitación pública en la mayoría de los suministros y obras públicas (1). Luego el decreto de Noviembre 16 de 1905 y las instrucciones gubernativas de Octubre 24 de 1933, aplicables a los contratos de suministros en materia militar y obras públicas, respectivamente, reglamentaron los detalles de los llamados a licitación.

En la Argentina el procedimiento de la licitación pública está legislado principalmente en su ley de Contabilidad, existiendo, sin embargo, muchas otras disposiciones sueltas.

SECCION II. — **Legislación nacional.**

9. **Característica general de nuestra legislación.** — A poco que se observe el derecho positivo nacional, nótase la desorientación que ha habido en esta materia y la falta de una reglamentación general de las licitaciones.

Cabe destacar, en primer término, que excepto las leyes de 1829 y 1860 y las relativas a los gobiernos municipales — hay además algunas disposiciones aisladas — todo el régimen de las licitaciones ha sido y es aún en gran parte administrativo, es decir, creado por reglamentos y decretos

(1) He aquí los artículos pertinentes (arts. 65 y 66): « Ninguna propuesta de contrato provisorio, celebrado después de publicado el presente reglamento, y que tenga por fin la construcción de caminos, vías férreas, canales, diques o edificios públicos, podrá ser presentada a las Cortes sin que dicho contrato haya sido celebrado por licitación pública. — Los suministros para el servicio del Ejército o la Marina, o para cualquier otro servicio público, será contratados también mediante licitación pública. »

del propio Poder Ejecutivo, con el plausible propósito de introducir la máxima corrección y moralidad posibles en las contrataciones del Estado.

Recién en 1935, con la reciente ley de licitaciones, se da un paso, aunque incompleto (1), hacia la consagración legislativa de los preceptos sobre licitaciones.

En segundo lugar, ha habido una manifiesta desorientación en la forma de dictar las disposiciones legales y administrativas sobre licitaciones públicas, con la mayoría de las cuales se han querido resolver cuestiones parciales y del momento, sin encararse el problema en su conjunto, tal como lo ha hecho, por ejemplo, la ley italiana de contabilidad (*supra*, nº 7). De ahí que, pese a existir un sinnúmero de leyes y decretos sobre esta materia, no haya una reglamentación de carácter general.

10. **La ley de Noviembre 3 de 1829.** — En orden cronológico, la ley de Noviembre 3 de 1829, correspondiente al período preconstitucional, es la primer disposición legal que impuso parcialmente en nuestro país el requisito de la licitación pública (2).

Después de establecer que en el futuro no habría « en el Estado ningún establecimiento de maestranzas para obras costeadas por los fondos públicos » (art. 1), agregó que « todas las obras que debieran construirse por aquéllas, se harán por remates públicos » (art. 2).

Y refiriéndose a la forma de adjudicar la licitación, determinaba que debía aceptarse la propuesta que presentase « más ventajas a los fondos públicos » (art. 3).

Esta ley fué reglamentada por el Poder Ejecutivo, en decreto de fecha Noviembre 12 de 1831. No entro al análi-

(1) Repárese que la ley de 1935 sólo alcanza a la Administración Central, Servicios Descentralizados y Entes Autónomos, no comprendiendo al Poder Judicial, Corte Electoral, Municipios, etc., que continúan rigiéndose por las disposiciones anteriores (v. *infra*, nº 52).

(2) La discusión en la Asamblea General Constituyente y Legislativa del Estado, no presenta interés, pues el proyecto fué aprobado casi sin debate.

sis minucioso de su articulado, porque tanto la ley como el decreto, habiendo sido derogados tácitamente, tienen ahora sólo un interés histórico.

11. La ley de Junio 25 de 1860. — Con esta fecha fué promulgada otra ley afirmando nuevamente el principio de la obligatoriedad de la licitación en la realización de toda obra pública (1).

« *Toda obra pública — dice el art. 1º — que sea costeada por las rentas generales o por las de cada departamento, se hará por remate, a propuestas cerradas* ».

A continuación exceptuaba las obras costeadas por los departamentos del interior, sin gravamen de la hacienda nacional, las cuales podrían ejecutarse por las Juntas Económicas Administrativas, siempre que tuviesen seguridad de hacerlas por menos precio que el de la propuesta más ventajosa que se recibiera (art. 2).

12. Decretos varios. — La ley de 1860, según se desprende claramente de su texto, imponía el requisito de la licitación sólo para la realización de obras públicas. Todo contrato que tuviera otro objeto podía celebrarse directamente.

Como tal libertad permitía el favoritismo y perjudicaba las finanzas del Estado por la aceptación de propuestas elevadas o inconvenientes, el propio Poder Ejecutivo dictó resoluciones ampliando el campo de aplicación de las licitaciones (2).

Por decreto de fecha Marzo 27 de 1872, resolvió que el aprovisionamiento de víveres y vicios de todas las fuerzas armadas, tanto en guarnición como en campaña, se hiciera por licitación. Poco tiempo después, habiendo desapare-

(1) Tampoco tienen nada interesante los debates parlamentarios habidos al discutirse esta ley de 1860.

(2) Si bien es cierto que el Poder Ejecutivo podía por su sola voluntad derogar estos decretos, readquiriendo así plena libertad de contratación, mientras no lo hiciese expresamente, estaba obligado a cumplir esa norma general, que constituía así una garantía, aunque evidentemente insuficiente.

cido las causas especiales que obligaron a no cumplir estrictamente lo mandado, un nuevo decreto de fecha Noviembre 15 de 1875, ratificó y amplió aquella norma, estableciendo que « todas las compras de equipo, armamento y demás artículos que necesite el servicio nacional, se harán por licitación pública ».

Se dispuso, también, por resoluciones de fechas Abril 19 y 20 de 1880 (1), el llamado a licitación pública en la contratación de todo trabajo tipográfico que excediera de doscientos pesos (2).

13. Incumplimiento de las disposiciones legales. Nuevas resoluciones del Poder Ejecutivo. — Al parecer dejaron de cumplirse en muchas oportunidades las disposiciones que prescribían la obligatoriedad de la licitación en la celebración de ciertos contratos, según se ha visto en números anteriores. Y más de un pleito nació como consecuencia (*infra*, p. 57, nota 2).

Con el objeto de extirpar esta corruptela, el Ejecutivo reiteró varias veces el cumplimiento estricto de aquellas disposiciones. Así lo hizo saber a todas las Oficinas Públicas, incluso las Juntas Económicas Administrativas, por resolución de fecha Noviembre 24 de 1886, reclamándoles « la estricta observancia de las disposiciones vigentes que mandan sacar a licitación todo trabajo para el Estado o adquisición para servicio público que exceda de doscientos pesos » (3).

(1) Estas resoluciones constan en dos circulares pasadas por los Ministerios de Gobierno y Hacienda, a las oficinas de su respectiva dependencia, y alcanzaban sólo a éstas.

(2) Cabe destacar, asimismo, el decreto de Enero 8 de 1880, reglamentando la forma de proyectar y realizarse por las Juntas Económicas Administrativas las obras públicas costeadas por el Estado, en el que se reafirmaba la norma de la licitación pública, ya establecida para estos casos en la ley de 1860.

Este decreto aparece publicado dos veces en la Colección Legislativa de Alonso Criado, año 1881, t. VII, p. 249 y 392, pero luciendo en este último lugar fecha Enero 8 de 1881.

(3) Podría citarse, también, la resolución de fecha Junio 14 de 1887, determinando que toda adquisición de la Escuela de Artes y Oficios, que excediera de cien pesos, se hiciese por licitación pública.

Unos años más tarde, por decreto de fecha Agosto 26 de 1897, volvió a tomarse idéntica medida, en los siguientes términos:

« Art. 1º — Restablécense en toda su fuerza y vigor las disposiciones que determinan el llamado a propuestas para toda provisión de obras y gastos públicos, especialmente prescriptas por el Decreto de Noviembre 12 de 1881 y circulares de Abril 20 de 1880 y Noviembre 24 de 1886 ».

Se observa de inmediato, al leer la resolución de Noviembre 24 de 1886, que alude a una disposición anterior imponiendo la licitación pública para toda obra o adquisición mayor de doscientos pesos.

El decreto de Agosto 26 de 1897 confirma esta suposición al mencionar otro de fecha Noviembre 12 de 1881, que presumiblemente sea el que fijó el límite de los doscientos pesos.

Pero este decreto no figura en el Registro de Leyes y Decretos, ni lo he podido hallar pese a la minuciosa búsqueda realizada (1) (2).

14. Las Juntas Económicas Administrativas. — Ya se ha visto que el requisito de la licitación pública impuesto por la ley de 1860, alcanzaba también a las Juntas Económicas Administrativas, y que el decreto de Enero 8 de 1880 ratificó y reglamentó esa norma.

Pero además, en lo que se refiere a la Junta Económica Administrativa de Montevideo, su reglamento interno, dictado el 4 de Diciembre de 1891, amplió el régimen de la ley de 1860, imponiendo la licitación no sólo para los trabajos y obras, sino también para todas las enajenaciones de sus bienes raíces (arts. 33 y 34) (3).

(1) En el libro de decretos del Ministerio del Interior, en aquella época Ministerio de Gobierno, no figura el decreto citado. Tampoco pude encontrarlo en el Archivo General de la Nación.

(2) A título ilustrativo cabe destacar la resolución de fecha Marzo 10 de 1899, mandando sacar a licitación pública el arrendamiento del Registro General de Embargos e Interdicciones, por el plazo de un año.

(3) He aquí dichos artículos:

ART. 33. — La enajenación de los bienes raíces de la Junta, debe

Posteriormente la ley orgánica de Juntas, de fecha Julio 10 de 1903, introdujo nuevas disposiciones, que derogaron todas las anteriores sobre la materia, en cuanto a ellas se referían.

Estableció expresamente la obligatoriedad de la licitación pública en la realización de toda obra cuyo importe excediese de quinientos pesos en el departamento de la Capital y de doscientos pesos en los demás departamentos (1).

efectuarse bajo pena de nulidad, con permiso del P. E., en remate público previo anuncio en dos de los principales diarios del departamento, por lo menos, y por término de treinta días.

ART. 34. — Los trabajos u obras cuyo importe exceda de quinientos pesos, los hará por contrato, previa licitación pública, pudiendo nombrar comisiones de vecinos que inspeccionen y vigilen esas obras o trabajos. No es obligatoria la licitación en las obras de ciencia o arte, para cuya ejecución se requieran aptitudes especiales.

(1) Véase el texto de las disposiciones pertinentes:

ART. 14. — Las obras cuyo importe exceda de \$ 500 en el departamento de la Capital y de \$ 200 en los demás departamentos, y que las Juntas no hayan de efectuar con personal o elementos a su cargo, serán hechas por contrato, previa licitación pública; pero podrán prescindir de esta formalidad:

- 1º. En caso de urgencia y cuando por circunstancias imprevistas no pueda esperarse el tiempo que requiere la licitación.
- 2º. Cuando sacadas hasta por segunda vez a licitación, no se hubiesen recibido ofertas o éstas no fueran admisibles.
- 3º. Cuando tratándose de obras de ciencia o arte, su ejecución no pudiera confiarse sino a artistas o personas de competencia especial.
- 4º. Cuando se trate de objetos cuya fabricación pertenece exclusivamente a personas favorecidas con privilegios de invención.

ART. 15. — Corresponde también a las Juntas determinar y hacer ejecutar las obras de vialidad del departamento, con sujeción a las siguientes reglas:

3º Aprobados los proyectos por el Poder Ejecutivo, las obras serán sacadas a licitación por las Juntas.

4º Podrán prescindir de las formalidades establecidas en los incisos precedentes, en los casos de composturas de carácter urgente, declarados tales por dos terceras partes de votos de la respectiva Junta y sin perjuicio de dar cuenta inmediatamente al Ministerio de Fomento.

5º Podrán prescindir también de la licitación cuando las obras de vialidad se encuentren en alguno de los casos previstos por el artículo 14 de esta ley.

Agregaba, de inmediato, los casos en que podía prescindirse de este requisito (1) (2).

Años después, la ley de fecha Diciembre 18 de 1908, creando el Departamento Ejecutivo en las Juntas Económicas Administrativas, a cargo de un Intendente, no hizo sino mantener las disposiciones de la ley de Juntas, en cuanto a este punto (3).

15. **El decreto de Febrero 6 de 1911.** — Con esta fecha el Ejecutivo dictó un nuevo decreto, estableciendo una vez más los casos en que debía recurrirse a la licitación pública, y fijando normas bastante precisas para su tramitación. En esta última parte el decreto continúa vigente, aunque ha sufrido modificaciones parciales (4).

(1) La simple lectura de los arts. 14 y 15 transcriptos en la nota anterior, pone de relieve — y este punto será analizado más detenidamente al estudiar el régimen municipal vigente, cuyas disposiciones son casi iguales a éstas — que se ha legislado dos veces sobre la misma materia.

En efecto, el art. 14 se refiere a todas las obras, sin excepción alguna, mientras que el art. 15 alude a las obras de vialidad, ya comprendidas en aquél, imponiendo también el requisito de la licitación.

La explicación de esta anomalía radica en que el art. 15 no figuraba en el proyecto primitivo de la ley de Juntas, siendo incluido en la discusión particular a propuesta del diputado Sr. M. C. Martínez (*Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes*, 1901, t. 164, p. 100).

(2) Cabe citar, además, el decreto de la Junta Económica Administrativa de Montevideo, de fecha Setiembre 14 de 1903, reglamentando el procedimiento de sus licitaciones públicas.

(3) Decía así la ley:

«ART. 8. — Son atribuciones y deberes del Intendente:

....

«Inc. 11. Celebrar contratos de obras o autorizar trabajos dentro
«del presupuesto, atendiendo preferentemente al plan apro-
«bado por la Junta, debiendo observar a este respecto lo
«dispuesto por la Ley Orgánica de Juntas en el artículo
«14 e incisos 2 y siguientes del artículo 15».

Como se verá más adelante, las leyes posteriores de 1919 y 1935, mantuvieron casi textualmente las disposiciones de la ley de 1903.

(4) A partir de esta fecha y hasta nuestros días, se han dictado un gran número de resoluciones y decretos, ampliando, unos, y modificando, otros, el decreto fundamental de 1911.

No es posible citarlos aquí uno a uno, pues esta reseña histórica se

Declara obligatoria la licitación «para toda obra como
«para toda compra o venta, cuyo importe total o anual exceda
«de quinientos pesos en la Capital y de doscientos en los De-
«partamentos» (art. 1) (1).

El decreto rige solamente para las «oficinas y corpora-
«ciones dependientes del Poder Ejecutivo», según se expresa
en el preámbulo.

Como puede apreciarse con la simple lectura del art. 1, el decreto extendió el requisito de la licitación pública a casos que hasta ese momento no habían sido alcanzados, como las ventas de cosas y las adquisiciones periódicas. Pero era evidentemente ilegal en cuanto eximía de la formalidad a las obras públicas cuyo monto no excediera de quinientos pesos en la Capital y doscientos en los departamentos, pues la ley de 1860, todavía vigente, no reconocía tal excepción (2).

extendería demasiado. Su análisis se hará a medida que vayamos tratando las distintas cuestiones que plantea este instituto.

Deben mencionarse, sin embargo, por su importancia y porque que crean un régimen especial para la Intendencia General del Ejército y el Ministerio de Salud Pública, los decretos de fecha Diciembre 15 de 1930 (basado, en la parte relativa a licitaciones, en el art. 6° de la ley de creación de la Intendencia, *infra*, n° 19) y Marzo 6 de 1934, respectivamente, el primero aprobando el Reglamento Interno de aquélla, y el segundo reglamentando el funcionamiento del Departamento de Suministros de éste.

En muchas de sus disposiciones, estos dos decretos se separan de lo establecido en el decreto de 1911. Están plenamente vigentes en todo lo que no resulte derogado por la ley de Diciembre 31 de 1935.

(1) Agrega el decreto que se entenderá por «importe anual el consumo o producción de artículos similares durante el año, fijado por el promedio de los dos años anteriores».

Pocos años antes, el Ejecutivo había dispuesto, por circular de fecha Mayo 16 de 1905, que todos los artículos y útiles que fueran a necesitarse durante el curso de cada ejercicio, se adquiriesen, siendo posible, de una sola vez, evitando así el fraccionamiento de las compras, con lo que se eludía el requisito de la licitación cuando su monto excedía de los doscientos pesos.

(2) No había ilegalidad en cuanto a las obras que realizasen las Intendencias, pues la ley de Julio 10 de 1903 fijaba para ellas expresamente ese límite (*supra*, n° 14)

16. El pliego de condiciones generales para la construcción de obras públicas. — Siguiendo el orden cronológico, preciso es citar el pliego de condiciones generales que rige para la construcción de obras públicas por licitación, aprobado por el Poder Ejecutivo el 24 de julio de 1913.

Años más tarde este pliego, que como es natural sufrió con el tiempo numerosas modificaciones, aunque parciales, fué revisado minuciosamente, aprobándose finalmente con un nuevo texto — algo así como una segunda edición — por resolución del Consejo Nacional de fecha Marzo 5 de 1929.

El pliego constituye uno de los textos legales de mayor importancia en esta materia, conteniendo en sus actuales 73 artículos una completísima reglamentación de los contratos de obras públicas. Tienen éstos, pues, un régimen especialísimo, eminentemente administrativo, en el cual están previstos y resueltos los principales problemas que ellas crean.

17. El decreto de Noviembre 16 de 1921. — En 1921 el Consejo Nacional de Administración consideró conveniente reglamentar el procedimiento a seguir en las licitaciones restringidas, a cuyo efecto dictó un decreto que lleva la fecha de Noviembre 16 de dicho año.

El decreto no regía, como es lógico, sino para las Oficinas dependientes del Consejo Nacional. Los Ministerios que correspondían al Presidente de la República no estaban comprendidos.

Actualmente, habiendo desaparecido el Consejo Nacional, y reunidos todos los Ministerios bajo el mando del Presidente de la República, la situación es menos clara. Estimo, sin embargo, que mientras no se dicte un decreto especialmente en ese sentido, el decreto de 1921 no alcanza sino a los Ministerios que durante la vigencia de la Constitución de 1917 dependían del Consejo Nacional (1).

(1) Lo cual no impide que los Ministerios no comprendidos por el decreto, lo apliquen espontáneamente, en los casos concretos que se vayan presentando, e incluso que, cuando se haga una licitación restringida, pueda sostenerse la aplicación por analogía de sus disposiciones.

El análisis de este decreto, que en buena parte repite la reglamentación de las licitaciones públicas establecida en el decreto de 1911, se hará todo a lo largo de esta obra, en los lugares que corresponda.

18. Decretos varios (1). — Con fecha Octubre 24 de 1922, el Consejo Nacional de Administración dictó un decreto sobre licitaciones, ampliatorio de los ya vigentes, que versaba sobre distintos puntos.

El 15 de Julio de 1936, el Poder Ejecutivo dictó otro decreto, repitiendo y modificando parcialmente el decreto de 1922. Pero este nuevo decreto alcanza a todos los Ministerios, no como el otro que comprendía sólo a los que dependían del Consejo Nacional (2).

He aquí los principales puntos tratados en estos dos decretos: obligación del proponente de asegurar su personal en el Banco de Seguros; preferencias al producto nacional frente al extranjero, y a los proponentes con casa establecida en el país frente a los que hagan ofertas por comisionistas o representantes; situación de los proponentes locales en las licitaciones que se verifican en el interior; etc.

19. Leyes especiales. — Al margen de las disposiciones generales sobre licitación pública, fueron apareciendo preceptos aislados que contemplaban casos especiales. Citaremos los más importantes.

La ley de creación de la Intendencia General del Ejército, de fecha Abril 10 de 1916, determinó que todas las compras que hiciera ésta lo fuesen por licitación pública, con excepción de los casos que la misma ley fijaba (art. 6).

(1) Vuelvo a repetir lo que ya dije en la nota 1, p. 23, o sea que en el texto se citan solamente los decretos principales y de carácter general, mencionándose y analizándose los demás en el lugar correspondiente de esta obra.

(2) Tanto en uno como en otro decreto, se exhortó a los Entes Autónomos y Municipios a adherirse a sus disposiciones. Estos organismos han tomado actitudes diversas, unos adhiriendo totalmente, otros en parte, y otros no haciéndolo.

La ley creando recursos permanentes para la construcción de obras de vialidad e hidrografía, de fecha Octubre 19 de 1928, estableció una vez más en forma expresa, en su art. 26, el previo llamado a licitación pública (1)

La Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland tuvo un régimen especial, fijado por el art. 6 de su ley orgánica, de fecha Octubre 15 de 1931, que imponía el llamado a licitación pública para toda «obra, compra o arrendamiento que importara más de \$ 1000».

Este artículo fué modificado por el decreto-ley de fecha Abril 29 de 1933, permitiéndose prescindir de la licitación pública cuando el Directorio de ese Ente Autónomo así lo resolviese por unanimidad de votos, debiendo fundarse la decisión.

En la Carta Orgánica del Banco Hipotecario (2) se estableció también, como es lógico, un régimen especial para las amortizaciones ordinarias de títulos, que en determinados casos se hacen por licitación (art. 28).

20. **La ley de Diciembre 31 de 1935.** — Según se ha visto en los números anteriores, las leyes y decretos dictados hasta 1935 sobre licitaciones públicas, eran completamente fragmentarios, aplicables solamente en ciertos casos y para determinadas dependencias: la ley de 1860 se refería solamente a las obras públicas; el decreto de 1911 abarcaba nada más que a las oficinas dependientes del Poder Ejecutivo; el decreto de 1921 apenas si comprendía a los Ministerios del Consejo Nacional; los Entes Autónomos y Municipios tenían regímenes especiales.

(1) He aquí el citado artículo 26:

«Todas las obras se realizarán previo llamado a licitación pública. «No obstante, podrán realizarse obras por Administración o por contrato directo, cuando no existieran licitantes o se hubieran rechazado las propuestas por causa justificada. En esos casos la Dirección de Vialidad e Hidrografía llevará cuentas detalladas, por rubro, para conocer el costo real de las obras, así como para reducir sus precios unitarios.»

(2) El nuevo texto de la Carta Orgánica del Banco Hipotecario, en el que se refundieron y ordenaron las disposiciones legales vigentes, fué aprobado por el Poder Ejecutivo con fecha Setiembre 10 de 1934.

R

Con el objeto de uniformar las disposiciones vigentes, creando normas generales para todos los organismos y aplicables a todos los casos, se sancionó la ley de fecha Diciembre 31 de 1935.

Es esta la primera ley de carácter general — no todo lo general que hubiera sido conveniente, según se verá más adelante, *infra*, n° 51 — en esta materia. Con anterioridad solamente pueden citarse las leyes de 1829 y 1860, que se referían nada más que a las obras públicas.

Establece la obligatoriedad de la licitación pública para toda obra o inversión de fondos que exceda de quinientos pesos, y alcanza no sólo a la Administración Central, sino a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. Quedan, pues, al margen de la ley: los Municipios, el Poder Judicial, la Corte Electoral, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Poder Legislativo (v. *infra*, n° 52).

Agrega la ley los casos en que puede prescindirse de la licitación (v. *infra*, n°s 53 s.). Fija, además, cuándo puede procederse por licitación restringida.

Esta ley es la fundamental en la materia, por lo cual será objeto de análisis minucioso en los capítulos correspondientes (1).

(1) He aquí el texto completo de la ley citada, que consta de dos artículos:

ART. 1º. — Es obligatoria la licitación pública de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento para toda obra o toda inversión de fondos que exceda a la suma de quinientos pesos (\$ 500.-), comprendiéndose en este régimen no sólo a la Administración Central, sino a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

Se exceptúan: *de inversión o adquisición*

- A) Los suministros cuya fabricación sea exclusiva de los que tienen privilegios para ello, o que no están poseídos sino por una sola persona o entidad comercial.
- B) Las adquisiciones o servicios que procedan directamente del Estado, o de sus organismos industriales.
- C) La compra de obras científicas o de arte.
- D) Las compras o ejecuciones de obras o servicios urgentes cuando por circunstancias imprevistas no pueda esperarse el llamado a licitación y en cada caso con la autorización previa y expresa del P. Ejecutivo en Consejo de Ministros.

Formación de la H. adm.

don. inversión de fondos

Pero es de destacar que la ley sólo se ha pronunciado sobre el punto de cuándo hay que ir a licitación, sin entrar en los detalles, a veces sumamente importantes, de los procedimientos a seguir. Han quedado, pues, en pie todas las leyes y decretos anteriores, en cuanto no han sido derogados implícitamente por ella.

21. **Régimen municipal.** — La ley orgánica municipal, de fecha Noviembre 13 de 1919, dictada inmediatamente de puesta en vigor la Constitución de 1917, tocó el punto de las licitaciones que hicieran los gobiernos departamentales.

En realidad no hizo sino mantener, con ligerísimas variaciones, el articulado de la ley de 1903, que ya había pasado a través de la ley de 1908.

Prescribe la licitación pública como requisito indispensable para la ejecución de obras públicas mayores de quinientos pesos en Montevideo, y de doscientos en los demás departamentos, con las excepciones que la misma ley determina (art. 41). Contiene, también, igual que la ley de 1903, una disposición especial sobre obras de vialidad, que crea un régimen algo distinto para éstas (art. 42).

La nueva ley orgánica de las Intendencias, de fecha Octubre 28 de 1935, no hace más que repetir ambos artículos, modificándolos sólo lo estrictamente indispensable para adaptarlos a la nueva estructura del gobierno municipal (art. 35, incs. 37 y 38) (1).

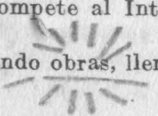
E) Los entes autónomos industriales podrán prescindir de los llamados a licitación pública, previa autorización del Tribunal de Cuentas, en los casos fundados que lo reclamen las necesidades de su giro.

Las licitaciones restringidas sólo podrán realizarse cuando el importe no exceda de la suma de mil quinientos pesos (1.500.-) y para tener validez se necesita que por lo menos concurren cinco proponentes.

ART. 2. — Deróganse las disposiciones que se opongan a la presente ley.

(1) ART. 35. — Compete al Intendente:

Inc. 37. — Ejecutando obras, llenando el requisito previo de la licita-



Hay que citar, también, la ordenanza municipal de fecha Mayo 11 de 1921, fijando el procedimiento para las licitaciones, que sigue en sus líneas generales las disposiciones del decreto de Febrero de 1911 (*supra*, nº 15) (2), y el pliego general para la construcción de obras municipales, aprobado por el Consejo Departamental de Administración, con fecha Julio 11 de 1921.

Y por último, queda por mencionar la Ordenanza de Octubre 27 de 1932 (3), reglamentando el funcionamiento de la Proveduría y Almacenes, en la que se determinaron

ción pública, cuando su importe exceda de quinientos pesos en Montevideo, y de doscientos en los demás Departamentos, y que no hayan de efectuarse con el personal o elementos a su cargo, pudiendo, con autorización de la Junta, acordada por mayoría absoluta de sus miembros, prescindir de esa formalidad.

- A) En casos de urgencia y cuando por circunstancias imprevistas no pueda esperarse el tiempo que requiera la licitación.
- B) Cuando sacadas hasta por segunda vez a licitación, no se hubieran recibido ofertas o éstas no fueran admisibles.
- C) Cuando, tratándose de obras de ciencia o arte, su ejecución no pudiera confiarse sino a artistas o personas de competencia especial.
- D) Cuando se trata de objetos cuya fabricación pertenece exclusivamente a personas favorecidas con privilegios de invención.

Inc. 38. — Ejecutar las obras de vialidad del Departamento, con sujeción a las siguientes reglas:

- C) Aprobados los proyectos por la Junta Departamental, o si ésta no se expidiese durante los primeros treinta días, las obras serán sacadas a licitación por el Intendente.
- D) Podrá prescindirse de las formalidades establecidas en los subincisos que anteceden, en los casos de reparaciones de carácter urgente, y sin perjuicio de dar cuenta inmediatamente a la Junta Departamental.
- E) Podrá prescindir también, con autorización de la Junta, de la licitación, cuando las obras de vialidad se encuentren en alguno de los casos previstos por el número 37.

(2) Esta ordenanza ha sido incorporada al Digesto Municipal, en los arts. 194-212.

(3) Figura también en el Digesto, en los arts. 213-280.

ley 31 dic 35 -

4

los casos en que ésta debía proceder por licitación pública y las normas para el procedimiento (1).

22. Ordenanza del Tribunal de Cuentas, sobre licitaciones. — Con fecha Mayo 17 de 1935, el Tribunal de Cuentas dictó una ordenanza estableciendo normas para determinadas licitaciones que efectuasen el Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados. Disponía la aplicación de los decretos de 1911 y 1921, y daba normas sobre algunos otros puntos no previstos en aquéllos.

La ordenanza no alcanza sino a las licitaciones que motiven «un contrato sujeto al Visto y Registro del Tribunal de Cuentas» (art. 1). Las licitaciones que originen contratos no sometidos al requisito del Visto y Registro, escapan a sus disposiciones (2).

(1) La ordenanza fija qué compras deberán hacerse por intermedio de la Proveeduría (art. 2) y exige como norma general la licitación pública (art. 4). Agrega, también, los casos en que puede irse a la licitación privada (una licitación sin publicidad, a la que se invita a determinado número de firmas, pero a la que puede presentarse, si se entera y lo desea, cualquier proponente (Ver art. 34 a)). Permite, asimismo, prescindir de la licitación cuando el Concejo Departamental — hoy la Intendencia — así lo resuelva, en virtud de circunstancias especiales, que no enumera (art. 5)

(2) La resolución del Tribunal determinando que contratos deben someterse al Visto y Registro, es de fecha Octubre 14 de 1934, y está redactada en los siguientes términos:

«Todos los contratos que impliquen un compromiso de pagar una cantidad mayor de quinientos pesos, a realizarse en lo sucesivo por dichos organismos, o que se hayan realizado a partir del 13 de Agosto último, deben ser sometidos al Visto y Registro del Tribunal».

En el acta de la sesión en que se tomó esa medida, se aclaró su alcance, estableciéndose que «los contratos que los Bancos deberán someter al Registro y Visto, son aquéllos que se refieren a la gestión presupuestal, y en cuanto a los de índole bancaria, que son consecuencia de la gestión directamente encomendada a sus respectivos Directores, serán examinados en la oportunidad del estudio general de la gestión, a la vista de las cuentas que deberán presentar al Tribunal, a ese efecto».

El mismo concepto debe extenderse a los demás Entes Industriales y Comerciales, quedando excluidos del Visto y Registro los contratos que corresponden al giro comercial propio del organismo, y sometidos a

Pero aun con esta limitación estimo que la ordenanza es inaplicable, pues a mi juicio no existen contratos sujetos a la exigencia del Visto y Registro. La resolución del Tribunal

él sólo los relativos a la gestión presupuestal, es decir, aquéllos que dan lugar a obligaciones a pagarse con cargo a los rubros del presupuesto.

Esta resolución es abiertamente inconstitucional; no cabe la exigencia del Visto y Registro dentro del lineamiento general dado por el constituyente al Tribunal de Cuentas. Fácil será demostrarlo.

El art. 204, inc. E, en que se fundó el Tribunal para tomar esa resolución, no tiene el alcance que éste le asigna.

El Tribunal puede «intervenir en todo lo relativo a la gestión financiera de los órganos del Estado»... y denunciar las irregularidades que observe. Intervenir es tomar conocimiento de una cosa, en el caso, enterarse de la gestión financiera del Estado. Esto es correcto.

Pero cosa muy distinta es disponer obligatoriamente el Visto y Registro de los contratos que celebre la Administración. Eso importa establecer una formalidad, que condiciona la eficacia y validez de las resoluciones administrativas, que no puede admitirse.

Tampoco podría fundarse la exigencia en el inc. B. del citado art. 204, que manda al Tribunal «*intervenir preventivamente* en los gastos y los pagos».

Intervenir es tomar conocimiento, según se ha dicho anteriormente. La formalidad del Visto y Registro es algo completamente distinto y de más trascendencia.

La discusión en la Asamblea Constituyente es bien explícita por cierto.

El primer proyecto presentado a consideración de la Asamblea, asignaba al Tribunal la facultad de «*visar todo decreto, etc.*». (*Diario de Sesiones de la Asamblea Constituyente*, II, p. 174); el segundo proyecto hablaba de «*visación y registro de órdenes de pago y de contratos*» (*Diario cit.*, p. 188); y finalmente, el proyecto aceptado — luego del rechazo de los dos primeros, en virtud de la resistencia que provocó en varios convencionales — se limitó a exigir la «*intervención preventiva*» en los gastos y pagos (*Diario cit.*, p. 199).

Algunos miembros de la Comisión informante entendieron que la última redacción no hacía más que repetir las anteriores. Pero esto es cierto sólo en parte, porque pese a todo lo que pueda haberse dicho, el concepto de «*intervención preventiva*» es distinto al de formalidad del Visto y Registro. Es lo que decía el convencional Sr. Cusano: «*Ahora no se tratará de una visación, sino que se tratará de una supervisión del Tribunal de Cuentas. Eso era exactamente lo que pretendíamos nosotros.*» (*Diario cit.*, p. 196).

Considero también equivocada la resolución del Tribunal, en cuanto

que así lo dispuso, es evidentemente inconstitucional, y lo es, también, por la misma circunstancia, la ordenanza que se apoya en aquélla (1).

La ordenanza citada, pues, no tiene aplicación. No será tenida en cuenta, por lo mismo, como texto legal vigente.



admite que escapan a su contralor los contratos que correspondan al giro comercial del Ente. No hay motivo para hacer este distinguo entre la gestión presupuestal y la comercial o industrial: en ambas pueden cometerse ilegalidades y por eso hay que controlarlas.

Además el art. 204, inc. B, no hace distinguos, y se refiere a los gastos y pagos, sin exceptuar los del giro comercial del organismo. Más aún, el inc. E, en donde se expresa que el Tribunal debe intervenir en la gestión financiera de los Entes Autónomos, confirma lo dicho, pues lo financiero abarca no sólo lo presupuestal, sino toda su gestión económica.

(1) No hay, según se demuestra en la nota anterior, contratos sometidos al Visto y Registro del Tribunal de Cuentas. La resolución del Tribunal que dispone lo contrario es inconstitucional, por lo que carece de valor. Luego, la ordenanza no tiene aplicación.

CAPITULO II

Naturaleza jurídica de la licitación

§ 1. — Desarrollo de una licitación.

23. **Generalidades.** — Los tratadistas de derecho administrativo poco han estudiado la licitación pública, y menos atención aún le han dedicado al problema concreto de su naturaleza jurídica, limitándose las más de las veces a la exposición y crítica de las disposiciones legales vigentes.

Y los pocos que ahondaron en el análisis de este problema, han incurrido casi sin excepción, en el error de no considerar en abstracto la licitación pública, sino «una licitación pública determinada», o sea la reglamentada en su propio país. Se ha olvidado así, que siendo este instituto casi universal, no puede darse una explicación de su naturaleza jurídica que sólo cuadra con una legislación determinada.

Es preciso, pues, hacer el análisis de la licitación en sus elementos esenciales, que se encuentran siempre sea cual sea la legislación vigente, despojándola por completo de los que son simplemente accidentales, que nunca sirven para una definición.

Para alcanzar ese propósito he de comenzar haciendo una descripción objetiva de lo que es la licitación pública.

24. **Como se desarrolla una licitación pública. El pliego de condiciones.** — La primer etapa de la licitación tiene lugar cuando la Administración resuelve contratar, a cuyo efecto confecciona el pliego de condiciones (1).

(1) El pliego de condiciones se denomina en Francia, *Cahier de charges*, y en Italia, *Capitolati d'oneri*.

El pliego es el conjunto de prescripciones especificando el objeto de la prestación licitada y determinando los derechos y obligaciones de los que intervengan en la licitación, y a cuyo tenor deberá llevarse a cabo todo el procedimiento.

El pliego constituye en realidad la ley de la licitación (*infra*, n° 71) y por eso su preparación demanda los mayores cuidados.

Una vez aprobado el pliego por las autoridades competentes, se invita a los interesados (1) a presentar sus ofertas.

25. La presentación de propuestas.— El día indicado las personas que estén en condiciones de efectuar el suministro o realizar la obra, y quieran hacerlo, presentan sus ofertas ante la autoridad administrativa correspondiente.

Las propuestas se formulan comúnmente por escrito y en sobres cerrados que son abiertos a la hora fijada de antemano y simultáneamente (2). Amenudo el acto tiene lugar en presencia de los propios ofertantes (*infra*, n° 91).

Una vez finalizado el acto, se pasan las propuestas a estudio de los organismos técnicos, encargados de asesorar a la autoridad que ha de adjudicar la licitación (3).

(1) Si la invitación se hace abierta a todos los que deseen presentarse y estén en las condiciones previstas en el pliego, la licitación es pública; si solamente se invita a determinadas personas, seleccionadas previamente por la Administración, la licitación es restringida (*infra*, n° 80).

(2) No siempre se sigue el mismo procedimiento. Véase al efecto lo establecido en el n° 27.

(3) El procedimiento no es siempre exactamente igual. A veces la adjudicación tiene lugar de inmediato, al terminar la apertura de las propuestas, declarándose adjudicatario al que cotizó precio más barato.

Puede procederse de ese modo en aquellas licitaciones donde están predeterminadas absolutamente todas las condiciones del suministro o de la obra, limitándose los proponentes a fijar el precio. Pero donde no ocurra así, como pasa frecuentemente, y deba establecerse en las propuestas algunas condiciones del negocio, como ser: características técnicas del producto a suministrar, plazos de entrega, forma de pago, etc., la adjudicación no puede hacerse de inmediato porque requiere un minucioso estudio de todas las ofertas.

26. La adjudicación.— Del estudio que hacen los organismos técnicos, se llega a la conclusión que tal o cual propuesta es la más ventajosa. Y si ésta no merece observaciones, es decir, si se halla en un todo de acuerdo con lo estipulado en el pliego de condiciones (*infra*, n° 98), es aceptada.

La adjudicación es, por lo tanto, el acto por el cual la Administración acepta la propuesta de uno de los proponentes, la cual ha de ser siempre la más ventajosa para aquélla (*infra*, n° 98). Desde ese momento los demás ofertantes quedan en libertad de acción.

No siempre el procedimiento es tan sencillo. Amenudo la decisión administrativa sólo se perfecciona a través de varias declaraciones de voluntad que se complementan mutuamente. Así, por ejemplo, en Francia y en Italia, la adjudicación es provisoria mientras el Ministro respectivo no la aprueba. En algunos casos se requiere conformidad o visto bueno de otro órgano administrativo, y a veces, cuando se trata de determinados negocios muy importantes, venia del Poder Legislativo.

Pero sea que la adjudicación tenga lugar en forma definitiva desde que el órgano competente — uno sólo — toma resolución aceptando una propuesta, sea que se requieran varios pronunciamientos de distintos órganos, lo real es que se trata de una declaración — simple o compuesta (1) — de voluntad de la Administración, con lo cual queda terminado el procedimiento.

27. Otras formas de presentación de propuestas.— Aunque el procedimiento escrito que se ha expuesto en el n° 25, es el imperante en nuestro país, hay que considerar otras formas de recepción de propuestas consagradas en las legislaciones extranjeras.

Así, por ejemplo, en muchos países las propuestas las hacen verbalmente los propios interesados, quienes concurren

(1) Sobre el punto de actos administrativos complejos, especialmente referidos a la decisión de adjudicación, véase, entre otros: Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padua, 1936, p. 234 s.

al lugar fijado por la Administración, en la hora y fecha indicados. Abierto el acto por el funcionario respectivo, los ofertantes expresan de viva voz el precio por el cual ofrecen hacer la obra o efectuar el suministro, declarándose adjudicatario a aquél que propone precio más bajo (1).

Otras veces se sigue un procedimiento algo más complicado: las propuestas se presentan por escrito, pero una vez abiertas y leídas, en lugar de clausurarse el acto, se permite a los licitantes mejorar la oferta gananciosa, iniciándose así una puja, que termina cuando un interesado no encuentra quien mejore su precio. Tal ocurre en Portugal en algunas licitaciones (*infra*, pág. 45, nota 4).

Pero en todos los casos existe, como elemento fundamental y permanente, una presentación de ofertas y aceptación de una de ellas por la Administración.

28. La mejora de propuesta.—En ciertos países el procedimiento es todavía un poco más complejo, pues se ha establecido el instituto denominado mejora de propuestas.

Después de recibidas las propuestas se efectúa la adjudicación, pero con carácter provisorio, o más bien dicho, condicional. Y ello porque se permite a los demás licitantes ofrecer mejorar la propuesta del adjudicatario provisorio, a cuyo efecto o bien se les concede un plazo breve, o bien se fija una fecha determinada para que hagan sus ofrecimientos a la Administración.

Generalmente se concede al adjudicatario la facultad de retener el negocio, siempre que rebaje su precio, equiparándolo al de la propuesta de mejora más bajo.

Tanto en este caso, como en el de ausencia total de interesados que mejoren la oferta del adjudicatario, la adjudicación provisorio se convierte en definitiva.

(1) Este procedimiento sólo puede aplicarse, por las razones establecidas en la nota 3, p. 34, cuando el único elemento que falta determinar en el suministro de la obra, es el precio.

§ 2. — *Distintas opiniones. de adjudicación*

29. Opinión de Hauriou.—Para Hauriou la «adjudicación es un contrato celebrado con publicidad y concurrencia» (1). La fórmula dada por este insigne autor no es satisfactoria.

En primer término, según se desprende de la simple descripción hecha en los n.º 24 s., la adjudicación es solamente una etapa de la licitación, la cual comprende bastante más.

En segundo lugar, ni la adjudicación es un contrato, ni lo es tampoco la licitación. La adjudicación es sólo un acto de la Administración por el cual se acepta una de las propuestas presentadas. El contrato surge de la licitación, o más bien dicho, su celebración tiene lugar por licitación (*infra*, n.ºs 37 s.), pero no es la licitación misma (2).

30. Opinión de Rostagno.—Este autor distingue y separa la licitación del contrato, entendiendo que con aquélla sólo se busca determinar la persona con la cual la Administración deberá contratar.

«La licitación pública — dice — no es el contrato. Cuando decimos que un contrato fué estipulado por licitación pública, usamos una frase incorrecta, porque una cosa es la licitación y otra la celebración del acto contractual».

«La licitación, igual que las tratativas privadas, no son sino un preliminar del contrato, y estas diferentes formas de procedimiento tienden a fijar cuál debe ser la persona que el Estado acepta para celebrar el contrato: es un período».

(1) *Précis de droit administratif*, 1903, 5a. ed., p. 682. — En las ediciones posteriores de su obra, modificó esta opinión, estableciendo que «la adjudicación es una formalidad que introduce la publicidad y la concurrencia en la celebración de los contratos» (*op. cit.*, 1921, 10a. ed., p. 746). La definición no dice mayormente nada.

(2) Tan es así que la licitación no es un contrato, que por licitación pueden celebrarse toda clase de contratos: ventas, arrendamientos de obras y de cosas, concesiones, etc. La licitación tiene que ver con la *formación* de los contratos (*infra*, n.º 39).

forma de cel

«do que precede al contrato, un período preparatorio, después «del cual se celebra el contrato con el designado en la licitación» (1).

Y de este concepto derivan importantes consecuencias, pues de la sola adjudicación de la licitación no surgiría otra obligación para el ofertante, que firmar el contrato, respondiendo en caso omiso de los daños derivados de la demora o de la negativa a hacerlo, mientras que después de firmado respondería del cumplimiento del suministro o de la obra (2).

Tal es la opinión de Rostagno (3).

31. **Crítica.** — El error de esta doctrina es evidente: si bien la licitación no es el contrato (*supra*, nº 29, *in fine*), éste surge de aquélla; y no puede decirse que la licitación sea sólo un período preparatorio del contrato, con el cual nada tendría que ver.

La licitación tiene que ver con la forma de encontrarse las voluntades de la administración y del particular, pues aquélla no es enteramente libre para la elección del contratante. Siguiendo los procedimientos de la licitación se manifiestan y encuentran dichas voluntades, lo cual da nacimiento al contrato (4). Y cuando la licitación finaliza, el contrato queda perfecto (5). La licitación no es, pues, un prelimi-

(1) *Contabilità di Stato*, Milan, t. I, p. 109.]

(2) *Op. cit.*, p. 147.

(3) Adhiere a esta teoría: Ferreri, *L'asta pubblica nei contratti dei comuni*, Milán, 1901, p. 93.

En nuestro país se pronunció en el mismo sentido Palomino Zipitriá: «La licitación no es una forma del contrato, sino un requisito preparatorio para la realización de éste, como lo recuerda Rostagno». *Apuntes para un curso de contabilidad administrativa*, Montevideo, 1914, p. 322.

(4) Recuérdese que por licitación pueden celebrarse negocios jurídicos que no son contratos, como por ejemplo: concesiones (*infra*, nº 51). Por lo tanto, cuando se hable del contrato que nace de la licitación, debe entenderse que la palabra contrato comprende los distintos acuerdos que pueden nacer de aquélla.

(5) Sea que el procedimiento termine con la adjudicación o que sea necesaria la estipulación escrita del contrato, pues en ambos casos la licitación comprende dichas distintas etapas.

nar del contrato, sino que el contrato se forma y perfecciona durante y en el procedimiento de la licitación (1).

Tan exacto es esto que en la mayor parte de los países no hay necesidad de extender documento escrito después de adjudicada la licitación, siendo suficiente, por regla general, el expediente administrativo conteniendo la decisión de adjudicación y la notificación al interesado, para comprobar la existencia y validez del vínculo jurídico, o sea el contrato (*infra*, nº 99).

32. **Opinión de Jèze.** — Jèze ha estudiado detenidamente la naturaleza jurídica de la licitación, o más bien dicho, para usar el término que emplea, de la adjudicación pública, apoyándose especialmente en los fallos del Consejo de Estado Francés.

Por primera vez tuvo oportunidad de analizar el punto, en una nota publicada en 1906, en la *Revue de Droit Public*, expidiéndose en los siguientes términos:

«En el caso de contratos celebrados mediante adjudicación pública, hay, me parece, dos cosas a distinguir cuidadosamente: 1º, la adjudicación, la cual precede al contrato; 2º, el contrato, el cual tiene lugar después de la adjudicación».

«En cuanto a la adjudicación propiamente dicha, no es sino un hecho: un hecho preparatorio del contrato. Es por lo demás, un hecho con forma de acto jurídico. El funcionario que hace la adjudicación no contrata; se limita a hacer una presentación: presenta al agente competente para contratar, un contratista o proveedor que se compromete a contratar en ciertas condiciones. Este acto de presentación es una manifestación unilateral de voluntad. Y esta manifestación unilateral de voluntad no es propiamente un acto jurídico, pues no crea ningún derecho subjetivo, ninguna obligación subjetiva. Es simplemente un hecho de

(1) Sólo puede tener sentido la frase de que la licitación es un preliminar del contrato, cuando la redacción y firma de un documento escrito es requerida para su validez (no bastando la adjudicación y su notificación al interesado) y considerando las cosas desde el punto de vista formal, prescindiendo del contenido de las relaciones jurídicas que nacen de la licitación.

«*voluntad bajo forma de acto jurídico*. Es la condición puesta «por los reglamentos para que un cierto agente administrativo — ministro u otros — pueda concluir el contrato regularmente» (1).

Con posterioridad, al escribir sus conocidos artículos sobre la teoría general de los contratos administrativos, insistió en sus ideas, pero modificándolas algo, con lo que ponía en evidencia el error cometido al encarar las cosas en esa forma, según se verá en el número siguiente.

«La adjudicación — comienza por decir Jèze — es un «procedimiento que tiene por finalidad *presentar* al agente «público competente para celebrar el contrato, un contratante capaz, solvente, serio, que haga las condiciones más favorables, y queriendo ejecutar el contrato proyectado» (2).

Y agrega:

«El contrato no existe jurídicamente (3) hasta que la

(1) *Revue de droit public*, 1906, t. XXIII, p. 672. — En otra nota publicada varios años más tarde en la misma Revista, sostuvo idéntico punto de vista: «La adjudicación de un trabajo o de un suministro a un contratista o a un proveedor no es otra cosa que la *designación de un individuo por agentes administrativos, siguiendo determinado procedimiento*. Por «lo tanto, desde el punto de vista de la técnica jurídica, hay ahí una *manifestación unilateral de voluntad de agentes administrativos*, que es la condición puesta por los reglamentos para que un cierto agente administrativo — ministro en principio — pueda celebrar regularmente un contrato. Hay allí una operación que se parece mucho a la *presentación* (luego «de un concurso) que precede al *nombramiento* de un agente público. El «proveedor, contratista declarado adjudicatario, es presentado al agente público para que éste celebre con él un contrato. Del mismo modo, el «candidato a un empleo público es presentado al jefe del servicio para «que éste lo invista del estatuto de agente público. La *adjudicación* o la «*presentación* para un empleo público constituyen una *manifestación unilateral de voluntad de agentes administrativos*, la cual es la condición «para que un acto jurídico posterior (contrato, nombramiento) tenga lugar regularmente». *Revue de droit public*, 1919, t. XXXVI, p. 345.

(2) *Revue de droit public*, 1930, t. XLVII, p. 301.

(3) Véase este otro párrafo que contradice lo transcrito en el texto (*infra*, n° 33, y p. 42, nota 3): «El adjudicatario sólo está obligado en virtud de haber firmado la propuesta o la notificación de la adjudicación «a mantener su oferta durante determinado plazo. Si al finalizar este plazo la Administración no ha concluido el contrato, el adjudicatario puede

«autoridad pública competente ha tomado la decisión de celebrar el contrato, colocando su firma y notificando su decisión al adjudicatario. Es lo que se llama *aprobación de la adjudicación*. Es, pues, por la firma del Jefe del servicio «competente, que el contrato se formaliza, y a condición que «tenga lugar y sea notificado dentro del plazo, o que, si la notificación se hace después del plazo, el adjudicatario no haya «retirado o no retire su oferta en los plazos previstos en el «pliego de condiciones» (1).

Y Jèze termina definiendo la naturaleza de la decisión de adjudicación:

«Habiendo así distinguido bien la adjudicación del contrato, es fácil determinar en forma precisa la naturaleza «jurídica de la operación administrativa de adjudicación. «Es un acto *condición unilateral*. En otros términos: la adjudicación es un acto jurídico que condiciona la regularidad «del ejercicio de la *competencia de la autoridad pública competente para celebrar el contrato*. La adjudicación no crea «ninguna situación jurídica ni individual, ni general. Según «las leyes y los reglamentos la competencia de los agentes «públicos encargados de celebrar un contrato no debe ejercerse sino después de la operación de adjudicación; y la operación de adjudicación debe tener lugar de cierta manera.

«La adjudicación es el cumplimiento de esa condición «de ejercicio de competencia. Es, pues, un acto *condición*, «según el sentido técnico asignado a este vocablo. Este acto «condición es, por lo demás, una operación compleja, comprendiendo varios actos jurídicos teniendo todos la misma naturaleza jurídica de actos condiciones: es lo que en la práctica se denomina *actos preparatorios de la adjudicación*. «Se reserva el nombre de adjudicación al último acto de esta «operación: la *proclamación del adjudicatario*. La operación «de adjudicación tiene la misma naturaleza jurídica que la

«retirar su oferta. La aceptación de la notificación después del plazo es «tardía. El contrato no se formará si el adjudicatario rehusa, retirando «su propuesta». *Rev. cit.*, p. 302.

(1) *Rev. cit.*, p. 305.

«operación del concurso en la teoría del nombramiento de los «agentes públicos» (1) (2).

33. **Critica.** — Como puede verse Jèze coincide con Rostagno en separar completamente la adjudicación del contrato, y por lo mismo cabe hacerle la misma objeción que a éste (*supra*, nº 31).

Pero aun de las propias palabras de Jèze pueden sacarse argumentos contra su doctrina. Y esto ocurre porque ha forzado tanto los conceptos, que su hábil dialéctica resulta insuficiente.

Dice Jèze que «el contrato no existe jurídicamente hasta que la autoridad pública competente ha tomado la decisión de celebrar el contrato, colocando su firma y notificando su decisión al adjudicatario. Es lo que se llama *aprobación de la adjudicación*».

Pero esto es confundir el significado de la palabra aprobación. La aprobación de un acto (en el caso, decisión de adjudicación) es sólo el *visto bueno* del superior jerárquico, la declaración de que nada tiene que observar, con lo que el acto queda perfeccionado. La aprobación *integral*, por decirlo así, el propio acto, complementándolo. Luego, si después de la aprobación ya existe y perfecto, el contrato, la realidad es que el vínculo nace de la adjudicación, aunque sin adquirir completa perfectabilidad hasta que tiene lugar la aprobación (3).

También cabe observar que *la aprobación* de la decisión de adjudicación no es un requisito fundamental en la licitación, por lo que no puede tomársele en consideración para basar en ella una explicación de la naturaleza jurídica de este procedimiento. Si bien en Francia casi todas las licitaciones se adjudican provisoriamente, debiéndose requerir la aproba-

(1) *Rev. cit.*, p. 308-309.

(2) Adhiere también a esta opinión: Masson, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, Paris, 1938, p. 115-117.

(3) Véase la contradicción apuntada, con la misma o mayor claridad, en el párrafo transcrito en la nota 3, p. 40.

ción ministerial, en otros muchos países, como en el nuestro, la decisión de adjudicación es simple y produce efectos definitivos, sin necesidad de aprobación superior alguna. Luego la aprobación es un elemento accidental que no puede servir a tal fin (1).

34. **Opinión de Fernández de Velasco.** — Este celebrado autor español, después de destacar que los actos administrativos, de cualquier clase que fuesen, son esencialmente formales, entendiéndolo por «forma de la declaración el modo de manifestarse la voluntad, que así se convierte en entidad objetiva», señala que en cuanto a los contratos la «forma se desarrolla en diversos momentos: oferta de la Administración (pliego de condiciones); adhesión del particular, previo el oportuno depósito (subasta, concurso, contratación libre); aprobación del acto por el superior; fianza definitiva; consignación de obligaciones (escritura pública); título del

(1) El esfuerzo de Jèze por separar la adjudicación del contrato, esfuerzos que también ha realizado el Consejo de Estado Francés, aunque equivocados, a mi juicio, tienen clara explicación.

En Francia no puede interponerse el recurso contencioso de anulación cuando existe un contrato. En dicho caso hay que interponer el recurso contencioso de plena jurisdicción o bien acudir a la justicia ordinaria, debiéndose optar por una u otra vía según la clase de contrato que sea. Pero en cualquiera de ambas hipótesis, solamente puede accionar el que ha celebrado el contrato: los terceros, aún los terceros interesados, no tienen acción.

¿Qué ocurriría entonces en las licitaciones? Si se consideraba que la decisión de adjudicación cerraba el contrato (la adjudicación es en el fondo el acto por el cual la administración acepta la propuesta más ventajosa, *infra*, nº 40), fuesen cuales fuesen los vicios que se hubiesen cometido, los no adjudicatarios no podrían impugnarla, pues sólo tendrían disponible el recurso de anulación, que no procede contra los contratos, y el recurso de plena jurisdicción solamente es utilizable por el ganador, único contratante.

Para no dejar desamparados a los no adjudicatarios, se ideó separar la decisión unilateral de adjudicación del contrato, aún forzando los conceptos. El esfuerzo es inútil, a mi juicio, porque el error es manifiesto, y además, porque puede llegarse perfectamente a las mismas soluciones concretas, muy justas desde luego, por otro camino, que es el natural y lógico (*infra*, nº 41)

«concesionario. Todas esas formalidades se refieren o derivan de la formalidad matriz, que es la subasta» (1).

Y refiriéndose concretamente a la subasta, la define así: «La subasta, como formalidad esencial, y, en su caso, el concurso, es un acto interpuesto entre la Administración y el particular, a la vez consecuencia de una decisión administrativa y preparatoria de un acto bilateral» (2).

Como puede verse Fernández de Velasco comienza por encarar acertadamente la cuestión al aludir a la forma como se celebran los contratos, destacando sus diversos momentos. Pero luego, bajo la influencia de Jèze, a quien cita al dar su definición de la subasta, restringe su estudio a una sola de las etapas del procedimiento: la presentación de propuestas y la adjudicación, que denomina subasta, dejando fuera nada menos que la confección del pliego y la aprobación de la decisión de adjudicación.

La explicación, pues, es insuficiente; y también errónea, por los mismos motivos casi que la de Jèze. Agréguese que define la subasta como «un acto interpuesto entre la Administración y el particular», sin decir de quién es ese acto, y tendremos ya argumentos bastantes para no aceptar sus ideas.

35. Opinión de Delgado y Martín.— Aunque no es muy exacta ni explicativa la definición de este autor, resulta interesante mencionarlo, porque encara el estudio del problema en forma bastante acertada.

Define la subasta como «un acto público y solemne, acordado y dirigido por la Administración, para la realización de ciertos contratos de interés de la misma» (3).

Luego estudia las distintas etapas de la formación de los contratos administrativos, o sea las diversas partes de la subasta, distinguiendo la formación del pliego de condiciones, las proposiciones de los interesados, el remate o sea la adju-

(1) Fernández de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 106.

(2) *Op. cit.*, p. 107.

(3) Delgado y Martín, *Contratos Administrativos*, Madrid, 1899, 2ª ed., p. 54.

dicación, la aprobación del superior y el otorgamiento de la escritura respectiva (1).

Esto mismo pone de manifiesto un primer error de su teoría: la subasta no es un acto, sino un conjunto de actos, o más bien dicho, un procedimiento, compuesto de varias partes o etapas.

Además la definición que da es muy vaga: sólo dice que la subasta es un acto que lleva a cabo el Estado para la realización de ciertos contratos, sin precisar en que consiste ese acto y cual es su contenido. Pese a ello conviene recordar la forma como este autor estudia las distintas partes de la subasta, considerando a ésta como un proceso de celebración de contratos (2).

36. Opinión de Caetano.— Comienza este distinguido profesor de la Facultad de Lisboa, por expresar que «la Administración puede elegir el contratante y contratar con él, siguiendo uno de estos tres procedimientos: tratativas privadas (*ajuste particular*), licitación restringida (*concurso limitado*) o licitación pública (*concurso público*)» (3).

Luego estudia en sus líneas generales el procedimiento de la licitación: primero el pliego de condiciones (*programa de concurso*), luego la presentación de propuestas, el remate (4), la adjudicación y la celebración del contrato.

(1) *Op. cit.*, p. 64-65.

(2) Algunos otros autores españoles han destacado también este aspecto, señalando que los contratos se celebran por subasta o por contratación directa, con lo que dejan establecido que la licitación es un instituto que tiene que ver con la forma de manifestarse la voluntad de la Administración, o sea con el proceso de formación de los contratos administrativos. Gascón y Marín, *Tratado elemental de derecho administrativo*, Madrid, 1921, p. 244;— Royo Villanova, *Elementos de derecho administrativo*, Valladolid, 1927, p. 668.

(3) Caetano, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1937, p. 540.

(4) En Portugal, según expone este autor, después de presentadas las propuestas, tiene lugar el remate (*arrematação*). Con este nombre se denomina el acto que tiene lugar inmediatamente de abiertas las propuestas.

En el remate por *asta pública* se permite a los interesados mejorar

Entiende — y en esto se acerca a Jèze, siendo por lo tanto susceptible de las mismas críticas que he hecho a éste (*supra*, nº 33) — que la adjudicación « es el acto por el cual « se coloca a uno de los concurrentes (*arrematante*) en la situación de proponente único del contrato a la administración » (1), después de lo cual se celebra el contrato.

Como puede verse Caetano encara bien el estudio de este instituto, considerándolo como una forma de celebrar contratos, aunque se equivoca al definir la decisión de adjudicación y separar ésta del contrato, siguiendo en esos puntos las ideas de Jèze.

§ 3. — *Nuestra opinión.*

37. **La licitación es un procedimiento.** — Hemos visto que la licitación no es un contrato (*supra*, nº 29, e *infra*, nºs 38 s.). También vimos que no puede definírsele como « un acto », porque está compuesto de varios actos, de un conjunto de actos (*supra*, nº 35).

Puesto que ese conjunto de actos constituye la licitación, ésta es en realidad *un procedimiento*.

Las principales partes de ese procedimiento son: confección y publicación del pliego de condiciones, presentación de las propuestas por los interesados, admisión de éstas y adjudicación. Hay, pues, una serie de actos, administrativos, unos, de particulares, otros. Entre éstos el principal es la formulación y presentación de las ofertas.

De ese conjunto de actos, de ese *procedimiento*, nace el vínculo contractual (*infra*, nº 39) (2).

verbalmente sus propuestas escritas, declarándose adjudicatario al que ofrece menor precio; en el remate simple no hay mejora verbal de propuesta, resolviéndose la adjudicación en favor del que hizo por escrito la oferta más favorable; y en el remate sobre muestras, como su nombre lo indica, la adjudicación tiene lugar en función de las presentadas por los distintos licitantes. *Op. cit.*, p. 545.

(1) *Op. cit.*, p. 545.

(2) Véase como, sin profundizar este concepto, lo menciona Caetano (*supra*, nº 36).

38. **Tiene que ver con la formación del vínculo jurídico.** — Según se verá con mayor detenimiento más adelante, la norma general es que los organismos del Estado tienen, salvo disposición legal en contrario, libertad para contratar, eligiendo ellos mismos la persona con la cual celebrarán los distintos negocios (*infra*, nº 44).

No ocurre lo mismo cuando los preceptos legales imponen el requisito de la licitación pública, ya que en dicho caso falta esa libertad de elección, celebrándose, en cambio, el contrato con el licitante que formula la propuesta más ventajosa.

Quiere decir, pues, que el procedimiento de la licitación tiene que ver con *la forma de celebrar el contrato*, el modo como se encuentran las voluntades del particular y el Estado para dar nacimiento al vínculo jurídico. En lugar de llegarse a la celebración del negocio mediante tratativas privadas, se sigue el procedimiento de la licitación, cuyos trámites llevan simultáneamente a la determinación del contratante y a la concertación del contrato.

39. **Consecuencia sobre el contenido y efectos del vínculo jurídico.** — Dado que el procedimiento de la licitación tiene relación con el modo de elegir el contratante y la celebración del negocio, parecería que ninguna consecuencia ha de proyectar sobre el contenido y efectos del vínculo jurídico que en esa forma nace (1). Serían idénticos y producirían iguales efectos los contratos celebrados mediante tratativas directas, que los realizados por licitación.

Sin embargo no ocurre así, porque es imposible separar completamente la forma del contenido. El contenido y los efectos de los contratos que nacen por licitación, tienen características propias, que derivan o son consecuencia directa de los trámites especiales porque atraviesan las voluntades del particular y del Estado.

(1) Recuérdense, también, los argumentos dados al criticar la doctrina que consideraba la licitación como un contrato (*supra*, nº 29). Allí se demostró que el contrato es independiente de la licitación, pues toda clase de contratos (y aún vínculos jurídicos que no son contratos, como las concesiones, etc.) pueden celebrarse por licitación.

Veamos algunas consecuencias:

a) el régimen jurídico del contrato no es el general del código civil o de comercio, ni aún el general de los contratos administrativos (1), sino el del pliego de condiciones que rige en la licitación. Es decir, que para determinar los derechos y obligaciones de las partes, se recurre como norma general al pliego de condiciones, el cual ha sido denominado « ley del contrato ». Sólo en caso de que el punto no esté resuelto en él, puede acudirse a las disposiciones legales generales aplicables a todos los contratos (*infra*, nº 71).

b) la validez del contrato queda condicionada a la observancia del principio sobre igualdad de todos los licitantes ante la Administración (véase *infra*, nº 73), pues de faltarle a sus reglas nacen recursos contencioso administrativos, interpuestos por los licitantes perjudicados, que pueden aparecer su nulidad (*infra*, nº 104).

40. Partes principales del procedimiento. — Analizando los procedimientos de la licitación pública a través de sus distintas formas, que difieren de una legislación a otra en los detalles, es posible llegar a determinar sus partes esenciales, que encontramos necesariamente en todos los casos, sean cuales sean los trámites establecidos.

Son tres las partes esenciales (2): confección del pliego

(1) No estudio a fondo, ni me pronuncio sobre el importantísimo problema de si son aplicables a los actos jurídicos del Estado, los preceptos del código civil o de comercio, y en caso afirmativo, en qué medida, porque no corresponde al tema estudiado. Me limito a destacar que el régimen general de los contratos (sea exclusivamente administrativo, o sólo en parte, por ser aplicables las disposiciones de los códigos de lo Civil y Comercio) no rige en estos casos, por lo menos como régimen natural o normal.

(2) Véase como muchos autores, entre los cuales Fernández de Velasco, Delgado y Martín y Caetano, mencionan las distintas partes que componen el procedimiento de la licitación, pero sin distinguir las partes esenciales, existentes en todos los casos, que son las señaladas en el texto, de las simplemente accidentales, como ser: aprobación de la adjudicación por una autoridad superior, firma del contrato escrito, etc., que pueden existir o no.

Procedim.: 3 partes: formulac. de las propuestas <-> adjudicacion

de condiciones e invitación a los interesados para que concurran a la licitación, formulación de las propuestas, y adjudicación de la licitación (1).

La primera es un acto (más generalmente, varios actos) unilateral de la Administración, en el que para nada interviene el particular. Se confeccionan las bases que regirán en la licitación y se invita a los interesados para que concurran a la puja.

En la segunda, en cambio, el rol activo corresponde a los particulares.

Estos formulan sus ofertas y las presentan a la Administración. El acto fundamental emana de los licitantes, no de la Administración, y puede considerarse tomado aisladamente, como un acto unilateral de aquellos.

La tercera parte pertenece casi exclusivamente al dominio de los órganos administrativos. Se estudian las propuestas y una vez determinada la que ofrece condiciones más ventajosas, se acepta. La adjudicación, pues, viene a ser, considerada aisladamente del resto del procedimiento, un acto unilateral (véase *infra*, nº 41).

Pero analizando el procedimiento en su conjunto, se aprecia que es un acto complejo, integrado por actos de la Administración y de los particulares, que combinándose dan nacimiento al vínculo jurídico. Este se forma al encontrarse las dos voluntades, la del particular (oferta) y la de la Administración (adjudicación). Pero no pueden descartarse totalmente las otras voluntades particulares (propuestas no aceptadas), porque proyectan consecuencias jurídicas sobre aquél (recursos contra la decisión de adjudicación, susceptibles de provocar la anulación del contrato).

41. La decisión de adjudicación. — Como la decisión de adjudicación es una de las partes fundamentales del procedi-

(1) Obsérvese el error evidente de Fernández Velasco al llamar al pliego de condiciones, « oferta de la Administración », y a la presentación de propuestas, « adhesión del particular » (*supra* nº 34), cuando la verdadera oferta es la que hace éste, manifestándose la aceptación del Estado en la decisión de adjudicación.

miento de licitación, resulta oportuno detenerse algo más en su análisis (1).

Estudiando sus efectos apréciase que la adjudicación tiene un doble alcance: determina cual es la oferta más ventajosa para la Administración y la declara aceptada (2).

(1) Ha quedado firmemente establecido que la decisión de adjudicación es sólo una etapa de la licitación. Incurren, pues, en error, los que, como Jèze, se limitan a estudiar aquélla considerándola como constituyendo toda la licitación (*supra*, nº 32).

Sin embargo nada impide estudiar con preferencia dicha decisión, pues por su importancia lo merece.

(2) Hauriou, en nota a un fallo del Consejo de Estado francés (*Sirey*, 1924, 3a parte, p. 1 s.) destaca el doble aspecto de la decisión de adjudicación, aunque en forma muy imprecisa.

Refiriéndose al criterio dominante en la doctrina francesa, de separar la adjudicación del contrato, dice que el adjudicatario designado en la puja « queda ligado inmediatamente por el contrato, de manera que, si no para la Administración, para él por lo menos, con la adjudicación se verifica la elección del contratante y el contrato ».

Y agrega estos párrafos, que opto por transcribirlos en francés, a efecto de no alterar su significado:

« la vente par adjudications d'une coupe de bois, à l'envisager comme contrat, suppose un cahier des charges dans lequel une mise à prix est contenue, et que l'enchère, étant un moyen de conclure le contrat, en même temps qu'elle est un moyen de conclure le choix du contractant, ne saurait être engagée que sur la base de la mise à prix du cahier de charges, élément fondamental du contrat.

« En somme, la formalité n'est préalable à la formation du contrat que a *parti administrationis*; elle ne l'est pas a *parti publicani*, puisque celui-ci est lié par l'enchère. D'autre part, la formalité de l'enchère est ajustée aux éléments du contrat et notamment au cahier des charges. Il ne subsiste qu'un angle extrêmement étroit d'où puisse apparaître la séparableté des décisions exécutoires administratives intervenues dans l'enchère, mais cet angle est suffisamment ouvert, cependant, pour que le recours pour excès de pouvoir s'y glisse au profit de l'adjudicataire évidencé ».

En nuestro país también se encuentran antecedentes. En una sentencia dictada en un juicio por lesión de derechos, iniciado por un licitante agraviado por la decisión de adjudicación, se expresaron ideas similares, aunque también poco precisas:

« Considerando — decía el magistrado sentenciante — que aún en el supuesto de que el contrato se hubiera realmente consumado, nada hubiera obstado a la admisión de la alzada, porque no es exacto que, en esa situación, el recurso se dirigiera contra un contrato y no contra la de-

Al adjudicar una licitación la autoridad administrativa efectúa un doble pronunciamiento: selecciona la propuesta que ofrece mejores condiciones y simultáneamente la acepta, con lo que las demás quedan automáticamente rechazadas.

En su ausencia y considerada aisladamente, la decisión de adjudicación es una declaración de voluntad de la Administración. Vendría a ser, pues, un acto unilateral. Sin embargo no puede aislarse esa decisión de todo el resto del procedimiento, y especialmente, independizarla de las propuestas formuladas, una de las cuales declara aceptar. Se trata, pues, de una declaración de voluntad administrativa que cierra el vínculo jurídico con el ofertante. El pronunciamiento del particular (oferta) y el de la Administración (adjudicación), constituyen analizadas conjuntamente, un acto (más bien dicho, un procedimiento) bilateral, un acto que requiere indispensablemente manifestaciones de voluntad de ambas partes.

En su primer aspecto la decisión de adjudicación puede ser analizada como un acto administrativo unilateral; en el segundo, junto con la propuesta del que resultó adjudicatario, constituye un negocio bilateral (1) (2).

« cisión municipal. La apelación siempre hubiera sido deducida contra el acto administrativo unilateral conque se manifestó la elección de proponente, y aunque ese acto quedaba, en la hipótesis admitida, incorporado al contrato, esa incorporación no podía ser motivo suficiente para el rechazo del recurso » (*Jurisprudencia*, 1914, t. V, p. 81, nº 1441).

(1) Este doble aspecto de la decisión de adjudicación ha confundido enormemente las cosas, dificultando la explicación de la naturaleza jurídica de este instituto.

Todo el esfuerzo realizado por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la mayor parte de los autores franceses, para separar la adjudicación (decisión unilateral) del contrato, permitiendo así deducir a los licitantes perdidosos el recurso contencioso de anulación contra aquélla (este recurso no procede contra los contratos), se vuelve innecesario si se acepta ese doble aspecto de la decisión de adjudicación.

Considerándola en cuanto decisión de elección de la propuesta más ventajosa, constituiría una declaración de voluntad unilateral, procediendo el recurso objetivo de anulación: en cambio, en cuanto aceptación de esa misma propuesta, como la adjudicación cerraría el vínculo contractual, no cabría aquel recurso.

(2) Las cosas ocurren así aun cuando la decisión de adjudicación

22 → pliego cumple estrictamente

42. **Principios fundamentales de la licitación.** — Se ha visto en los números anteriores que la finalidad esencial de la licitación es la determinación del proponente que ofrece condiciones más ventajosas, con el cual se celebra el contrato.

Para alcanzar plenamente ese propósito se han dictado numerosas disposiciones legales estableciendo requisitos y garantías, así como recursos a favor de los licitantes perdidosos en caso de cometerse irregularidades en los procedimientos.

De ellas surge en forma incontestable, y la doctrina y la jurisprudencia de todos los países así lo han reconocido, la existencia de algunos principios fundamentales, sobre los cuales se basa el desenvolvimiento normal de este instituto, y a los cuales hay que apelar muy amenudo para resolver los problemas concretos de interpretación que la práctica administrativa promueve.

He aquí los principales:

a) todos los licitantes han de estar colocados en igualdad de condiciones. No puede acordarse preferencia a ningún licitante, porque si no éste se encontraría en evidente ventaja frente a los demás. Por otro lado, la Administración, al examinar y juzgar las propuestas, ha de proceder con imparcialidad, aplicando a todos el mismo criterio, pues si no desaparecería la situación de igualdad en que todos deben encontrarse. El principio de la *igualdad de todos los licitantes frente a la Administración* es fundamental en toda licitación (1).

requiera aprobación superior. En este caso estamos en presencia de una declaración de voluntad de la Administración que se verifica en dos etapas que, completándose la una a la otra, integran el acto jurídico (en el caso acto complejo) denominado decisión de adjudicación.

(1) Cf. Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 279 y 290 s. — Masson, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, París, 1938, p. 68; — Michel, *Traité du contentieux administratif au Maroc*, París, 1932, p. 788; — Legros, *Formation et résolution du marché de travaux publics*, París, 1912, p. 113.

El principio de la igualdad no es absoluto y ha de entenderse con el alcance que se puntualizará más adelante. En el pliego de condiciones puede establecerse, y cláusulas semejantes son perfectamente lícitas, que a tales o cuales categorías de licitantes (fabricantes nacionales, importadores extranjeros, etc), o a los que formulen tales o cuales propuestas

98

b) el pliego de condiciones ha de cumplirse estrictamente. La Administración debe sujetarse a las prescripciones del pliego, obrando en todo de acuerdo con lo que éste establece. El apartamiento de esta regla vicia el procedimiento y da lugar a distintos recursos (*infra*, nºs 72, 98 y 105).

Tampoco pueden aceptarse propuestas que se separen de lo establecido en el pliego de condiciones, pues se hallan al margen de la licitación (*infra*, nº 98).

43. **Definición.** — Tomando como base las ideas expuestas anteriormente, llegaríamos a una definición bastante analítica, redactada en los siguientes términos:

La licitación es un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos principios: *igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones* (1).

Tal es, a nuestro juicio, el verdadero concepto de la licitación.

(ofrecimientos de artículos nacionales, de productos que provengan de países que tengan con el nuestro un intercambio comercial favorable, etc.), se les dará cierta preferencia al considerarse sus propuestas. Véase *infra*, nº 73, el desarrollo de este principio.

(1) Coincidimos en ciertos aspectos con Ingrosso, el cual define la licitación pública como « un procedimiento en el cual la Administración Pública declara al público los elementos y las condiciones del contrato que quiere asumir, y después de haber recibido del público las ofertas relativas al precio, acepta como contratante a aquél que ha ofrecido a la Administración el precio más conveniente » (*Principii di contabilità di Stato*, t. I, p. 112).



resulta

licitación

1- 1- licitación



CAPITULO III

Cuándo hay que proceder por licitación

§ 1. — Normas generales.

44. **Regla general.** — En principio la norma general aplicable tanto en nuestro país como en la mayoría — si no en la totalidad — de los países extranjeros, es que la Administración tiene amplias facultades para la celebración de los actos y contratos que juzgue necesarios para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos a su cargo, pudiendo elegir libremente la persona con la cual desea vincularse.

Sean cuales sean las limitaciones que establezcan las leyes y los reglamentos, imponiendo el requisito de la licitación en la celebración de tales o cuales contratos, o aun más, para tales o cuales categorías de contratos; por amplias que sean dichas categorías, la norma es la libertad de elección del contratante en todos los casos donde no exista prohibición legal (1).

El fundamento lógico de esta libertad de elección radica en la responsabilidad del jerarca administrativo, que tiene la obligación de asegurar el buen funcionamiento del servicio público que se le ha confiado, y que por lo mismo ha de disponer de los medios jurídicos pertinentes, entre los cuales

(1) Jêze, *Revue de droit public*, 1930, ps. 261 y 265; — Masson, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, Paris, 1938, p. 24; — Caetano, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1937, p. 541. — *Contra*: Michaël, *Traité du contentieux administratif au Maroc*, Paris, 1932, p. 780, aunque sin dar los fundamentos en que se basa.

Véanse, además, las opiniones de los tratadistas italianos y españoles, analizadas en la p. 56, nota 1.

la facultad de celebrar contratos eligiendo libremente el contratante. Y estas facultades sólo se han limitado para ciertos contratos, o aun para ciertas categorías de contratos, que, justo es reconocerlo así, comprenden amenudo infinidad de casos, llegando a transformarse, a su vez, en cuanto a los casos comprendidos, en verdadera regla general.

45. **Continuación.** — Resulta fácil demostrar la exactitud de este principio.

En ninguna legislación se establece, con carácter general, que todos los contratos de la Administración se celebrarán por licitación pública. Se exige este requisito para ciertos contratos, a veces para muchos contratos, y aun para una o varias categorías de contratos; pero nunca para todos ellos. Puede incluso ocurrir que sean más los contratos a celebrar por licitación, que prescindiendo de ésta. Pero aun así, como falta la disposición general imponiendo en todos los casos la licitación, la norma es que, no mediando precepto legal expreso, la Administración puede elegir libremente el contratante (1).

(1) En Italia rige el art. 37 del Reglamento de 1924 (*supra*, nº 7). cuya redacción, igual a la ley de Contabilidad de 1923 y Reglamento de 1885, es la siguiente: « Todos los contratos de los cuales derivan entradas o gastos para el Estado deben ser precedidos por licitación pública ». En base a este texto los autores italianos sostienen, aunque sin examinar a fondo el problema, que en su país la norma general es la obligatoriedad de la licitación y no la libertad de elección del contratante: Rostagno, *Contabilità di Stato*, Milán, t. I, p. 111; — de Giuli, *Contabilità generale dello Stato*, nº 286, en el *Digesto Italiano*, p. 749; — Ingresso, *Principii di contabilità di Stato*, Nápoles, 1930, t. I, p. 91 y 94, aunque sin ser muy categórico. Pero los autores citados precedentemente han considerado sólo los contratos que originan entradas o gastos para el Estado, para los cuales la norma es la licitación pública, salvo las excepciones previstas por la propia ley, y no los demás contratos, que escapan a aquella limitación. ¿Cuál es el régimen, para estos últimos? Evidentemente, libertad en su celebración.

Exactamente lo mismo ocurre en España, cuya ley de Contabilidad de 1911 (y anteriormente el Real decreto de febrero 27 de 1852), establece que « los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas, se celebrarán por remate » (art. 47). De ahí han infe-

En nuestro país, por ejemplo, la ley de Diciembre 31 de 1935, declaró obligatoria la licitación pública « para toda obra o toda inversión de fondos » que exceda los quinientos pesos. Pese a los términos utilizados (los más amplios que conozco, *infra*, p. 64, nota 2), que alcanzan, probablemente, a la mayor parte de los contratos que celebra el Estado, no comprenden a aquéllos cuyo objeto no es ni una obra ni una inversión de fondos (*infra* nº 51).

La demostración resulta más clara si analizamos nuestras disposiciones legales sobre gobierno municipal, pues éstas exigen la licitación en un número de casos mucho más reducidos (*infra*, nº 65).

46. **Consecuencias.** — Del principio establecido derivan importantes consecuencias, que constituyen segura guía en la interpretación de las disposiciones legales pertinentes:

a) en un caso dado, no existiendo disposición expresa que imponga el llamado a licitación, hay que reconocer a la Administración facultades bastantes para celebrar el contrato mediante tratativas directas. Sin embargo ello no impide a la Administración proceder por licitación; pero al tomar esa decisión, el órgano administrativo actúa en uso de sus legítimas facultades, que le permiten optar por el procedimiento de formación del contrato que estime más ventajoso (1).

b) los textos legales prescribiendo el llamado a licitación en tales o cuales casos, se interpretarán en forma estricta, es decir, que no podrá limitarse la facultad de libre contratación de la Administración por simples analogías (2). Si la dis-

ruido los comentaristas (Delgado y Martín, *Contratos administrativos*, Madrid, 1899, 2ª ed., t. I, p. 55, aunque de manera poco precisa; — Gazcón y Marín, *Tratado elemental de derecho administrativo*, Madrid, 1921, 2ª ed., t. I, p. 244) que la norma general en la contratación administrativa es la licitación, sin reparar que la citada disposición legal alcanza solamente a los contratos que tengan por objeto un « servicio o una obra pública », dejando fuera a todos los demás.

(1) Jèze, *Rev. cit.*, p. 266.

(2) En una oportunidad, al conocer en un pleito por daños y perjuicios iniciado contra el Estado, la justicia aceptó el criterio contrario, sin dar un solo argumento valedero. A mi modo de ver, la única causa que

x { - No obligo, si no se exige expresa (puede como da lugar)
- obligo, si se exige, + no extensión + analogía -
- si por el tipo de cont. se exige, sólo x excep. a texto expreso
cont. bica

posición no es clara, la duda debe resolverse en favor de la no exigencia de aquel requisito (1).

c) la norma general se invierte, por decirlo así, cuando el requisito de la licitación se establece para toda una categoría de contratos (2).

pudo haber influido en el ánimo de los magistrados, han sido las condiciones del contrato celebrado prescindiendo de la licitación, que quizás fuesen leoninas.

El caso era el siguiente: J. B. celebró con la Junta Económica Administrativa de Montevideo, prescindiendo de la licitación, un contrato para el barrido y limpieza de la ciudad. Pero el Poder Ejecutivo, en la Presidencia siguiente, por decreto de fecha marzo 2 de 1887, y en virtud de ésa y otras razones, declaró caducado el contrato.

El contratista demandó al Estado por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de dicho contrato, defendiéndose la Administración sosteniendo que éste era nulo por haberse celebrado en violación de las disposiciones legales que imponían la licitación. Replicó acertadamente el actor que las leyes de 1829 y 1860 (*supra*, nos 10 y 11) alcanzaban solamente a « las obras públicas » y no a los arrendamientos de obras o servicios.

La sentencia absolvió al Estado expresando que en virtud de lo establecido en los arts. 17 y 18 del Código Civil, debía llegarse a la conclusión de que el verdadero alcance a dar a las citadas leyes, era que comprendían a todos los contratos que afectaban las Rentas Generales de la Nación, sin distinguo alguno. Trib. Apel., 13 Ag. 1892, en Varela, *Legislación de obras públicas*, Montevideo, 1926, p. 179 s.

Sean cuales fueren las razones de moralidad administrativa que influyendo en el ánimo de los magistrados, hayan determinado esa sentencia, la técnica jurídica de interpretación quedó muy mal parada, porque aun con el criterio más amplio no puede sostenerse imparcialmente que al mencionar la ley los contratos de « obras públicas », ha entendido referirse a « todos » los contratos que celebre el Estado. Las razones de moralidad deben influir para lograr la sanción de leyes explícitas y amplias, pero no para llevar a los jueces a substituirse a los legisladores.

(1) No se trata de establecer una prima a la deshonestidad e inmoralidad administrativa, fijando un criterio que permita, con torcidas interpretaciones, eludir el cumplimiento de las leyes que imponen el requisito de la licitación, y si solamente destacar que en casos realmente dudosos, no puede sostenerse jurídicamente su aplicación à *outrance*, pues el principio general es la libertad de elección de contratante.

(2) Contratos que originan gastos o entradas para el Estado, como en Italia, (*supra*, p. 56, nota 1); — o que tienen por objeto servicios u obras públicas, como en España (*supra*, p. 56, nota 1); — o suministros u obras públicas, como en Francia (Jèze, *Rev. cit.*, pag. 266); — o en toda obra

Para esa clase de contratos la regla se vuelve a la inversa: obligatoriedad de la licitación, salvo las excepciones en las disposiciones legales.

47. **Incumplimiento del requisito de la licitación.** — Puede ocurrir — y esta hipótesis es más frecuente de lo deseable — que se celebren contratos directamente, prescindiéndose de la licitación pública, pese a las disposiciones estableciendo expresamente dicha exigencia. Esta violación de los preceptos legales plantea el problema de la validez o nulidad de los contratos así celebrados (1).

Para unos, el incumplimiento de este requisito no aparejaría la nulidad del contrato (a menos que las disposiciones legales lo establezcan en forma expresa), pues si así fuera, el legislador no habría dejado de decirlo. El incumplimiento del mandato legal sólo originaría responsabilidad administrativa o política al funcionario que así procedió (2).

Para otros, la falta de licitación constituye un vicio que invalida el contrato, pero que sólo produce nulidad relativa, la cual únicamente la Administración puede invocar. La licitación — dicen los que sustentan esta opinión — es una formalidad establecida en beneficio exclusivo del Estado y solamente éste puede alegarla. El particular que celebró el contrato, o los terceros, cuando su intervención proceda, no pueden fundarse en dicha omisión para reclamar la nulidad. Habría incapacidad del Estado para contratar en esas condiciones, o sea nulidad relativa, según el art. 1562 C. civ. (3).

o inversión de fondos mayor de quinientos pesos, como en nuestro país (*supra*, n° 50 s.).

(1) Cuando exista alguna disposición que contemple la cuestión, sea decretando la nulidad del contrato, sea declarando su validez, el problema lógicamente desaparece. Surge, en cambio, cuando sólo se ha impuesto obligatoriamente la formalidad de la licitación, sin determinarse las consecuencias que produce su omisión.

(2) Bénard, *Du contrat de marché ou entreprise de travaux tant publics que privés*, Paris, 1897, p. 21; — Legros, *Formation et résolution du marché de travaux publics*, Paris, 1912, p. 46.

(3) Batbie, *Traité de droit public et administratif*, Paris, 1885, 2ª ed., t. VII, p. 143; — Varela, *Apuntes de derecho administrativo*, Montevi-

3 Por último, según una tercer opinión, el requisito de la licitación es una formalidad de interés público, exigida para asegurar la honestidad y moralidad administrativas. Luego su cumplimiento no puede abandonarse al libre arbitrio de los funcionarios encargados de cumplirla. Su omisión vicia totalmente el acto administrativo y apareja su nulidad, la cual puede ser declarada en cualquier momento por los propios órganos administrativos, invocada por los terceros, y dar lugar a recursos contenciosos de anulación en los países donde se ha legislado sobre esta clase de acciones (1).

Comparto enteramente este último criterio. Estimo que la licitación es una formalidad esencial en todos los casos en que ha sido impuesta obligatoriamente, por lo cual su falta invalida totalmente el contrato. Y esta nulidad es insubsanable, aun mismo cuando las partes hubieran comenzado a cumplirlo.

De este modo — y este es un gran argumento en favor de la tesis de la invalidez total — se asegura el debido cumplimiento de las leyes sobre licitación, porque ni los funcionarios públicos ni los particulares, querrán celebrar contratos que, además de originarles serias responsabilidades, no poseerían valor alguno ni obligarían a ninguna de las partes (2).

deo, 1895, p. 174. — En el siglo pasado, el Consejo de Estado francés aceptó este criterio durante mucho tiempo, hasta 1909, fecha en que se modificó la jurisprudencia (ver la nota siguiente).

(1) Jèze, *Rev. cit.*, p. 310; — Masson, *Le contentieux des adjudications publiques*, París, 1938, p. 43; — Michel, *Traité du contentieux administratif au Maroc*, París, 1932, t. II, p. 793; — Delgado y Martín, *Contratos administrativos*, Madrid, 1899, 2ª ed., t. I, p. 46. — En el mismo sentido, aunque recurriendo a los principios del Código Civil, sobre las nulidades absolutas, criterio que no comparto: Trib. Apel., 13 Ag. 1892, en Varela, *Legislación de obras públicas*, Montevideo, 1926, p. 180. — También en una oportunidad el Poder Ejecutivo aceptó el mismo criterio, aunque sin dar mayores fundamentos, según decreto de fecha Marzo 24 de 1887 (véase *infra*, nota 2).

(2) La renovación o la prórroga de un contrato celebrado por licitación, constituye un nuevo contrato que debe también hacerse respetando aquella formalidad. Si así no se procede, la renovación o la prórroga son completamente nulas. Cf.: Masson, *op. cit.*, p. 41; — decreto del Poder Ejecutivo, fecha Marzo 24 de 1887.

→ *Proc. resp. facultad am. J. Polit. Econ.*
→ *dis. Municipio* → *ap. de...*
— 61 — *Rec. de...* (273)
190

48. **Continuación. Consecuencias.** — Del principio establecido en el número anterior se deducen importantes consecuencias:

a) dado que el contrato celebrado es totalmente nulo, pues padece de un vicio insubsanable, que afecta al interés público, en cualquier momento que la autoridad administrativa perciba el error en que ha incurrido, podrá reconocerlo así y declarar nulo y sin valor alguno el vínculo jurídico formado irregularmente. El particular afectado nada podría alegar contra esa decisión administrativa, que se limita a reconocer la existencia de una nulidad cierta e insubsanable, ni podría tampoco iniciar acción judicial por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, porque se fundaría en un título viciado, sin eficacia alguna (1).

b) como todavía no se ha dictado la ley creando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que permitiría hacer efectivos los recursos establecidos en los arts. 273 y siguientes de la Constitución, los particulares que, de haberse hecho licitación, hubieran podido presentarse y ganar el derecho de efectuar la obra o el suministro licitado, carecen de toda acción para impugnar la decisión administrativa. No pueden tampoco entablar una reclamación judicial de daños y perjuicios por lesión de derechos, porque no existe violación alguna de sus derechos subjetivos: han sido afectados solamente en sus intereses, en sus perspectivas de ganar la licitación. Sólo les queda el recurso, las más de las veces ilusorio, de presentarse a la autoridad administrativa competente — por lo general la misma que celebró el contra-

(1) Cf.: decreto de Marzo 24 de 1887. — Claro está que si ya hubiese comenzado a cumplirse el contrato, su anulación no podrá hacer desaparecer los hechos realizados. Pero la negociación debe liquidarse, no de acuerdo a las cláusulas del contrato, sino de acuerdo con los principios del enriquecimiento sin causa, etc. Se procederá un poco como en las sociedades de hecho, cuando se entablan acciones entre los socios o de éstos contra terceros (art. 399, C. com.). También podrán aplicarse ciertas cláusulas del contrato, pero no porque exista un vínculo jurídico válido, sino como reglas de equidad aplicables al caso planteado. Principios similares ha aceptado el Consejo de Estado francés en algunos casos en que ha debido anular un contrato celebrado irregularmente. Masson, *op. cit.*, p. 46.



to — señalando la violación legal y pidiendo se declare la existencia de la nulidad (1).

e) los funcionarios que violen las leyes, prescindiendo del requisito de la licitación pública cuando es obligatorio recurrir a ella, incurren en responsabilidad administrativa y política, de acuerdo a las normas generales (acciones de responsabilidad, interpelaciones parlamentarias, etc.) (2).

49. Continuación. Caso de las Intendencias Municipales.—

Los principios expuestos no se aplican en su totalidad a las Intendencias Municipales, porque la ley orgánica de éstas, de fecha Octubre 28 de 1935, ha creado recursos especiales.

(1) Una vez en funciones el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, estimo que procederán los recursos que deduzcan los interesados para lograr la anulación de la decisión administrativa en virtud de la cual se celebró el contrato y, por lo tanto, la de éste. Pero la determinación de los efectos que producirán la interposición y fallo de estos recursos no es tan simple como parece. Tampoco es claro el criterio para determinar quiénes pueden ser considerados como interesados capaces de deducirlos.

En Francia se admite que el Consejo de Estado puede anular la decisión administrativa que autorizó la concertación del contrato, pero sostiénese que una vez declarada, no se produce por sí sola la nulidad de éste. Sólo el Juez del contrato, que a veces lo es el mismo Consejo de Estado, y otras, los magistrados judiciales, pueden entrar a considerar este punto. Véase: Jèze, *Rev. cit.*, p. 332 s.

Las soluciones de la jurisprudencia francesa se justifican por ciertas peculiaridades de su organización jurídica en este aspecto, ya que son distintas las acciones contra los actos administrativos unilaterales y para los contratos, así como los jueces ante quien han de interponerse. No creo que ellas procedan dentro del lineamiento general del Tribunal de lo Contencioso Administrativo establecido por el Constituyente. Me inclino hacia las conclusiones expuestas al principio de esta nota, aunque no puedo entrar a fundarlas porque me saldría del objeto de este trabajo y, además, porque todavía no se ha dictado la ley orgánica del Tribunal, de la cual aquéllas dependen.

(2) En algunos países, como Portugal, se considera de tal gravedad el incumplimiento de las leyes sobre licitación pública, y en general, de toda formalidad relativa a la celebración de los contratos, que su omisión ha sido declarada delito. Véase: Caetano, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1937, p. 549.

Según los arts. 62 y 63 de la citada ley, los interesados pueden deducir los recursos de reposición y apelación contra los decretos, resoluciones y reglamentos municipales. A mi juicio cabría, interpretando el alcance de la palabra «interesado»; un recurso deducido contra la decisión administrativa concertando un contrato directamente, prescindiendo de la licitación, interpuesto por un particular que, de haberse realizado ésta, hubiera intervenido en ella.

Estimo, asimismo, que en dicho caso también procedería el recurso de ilegalidad que prevé el art. 68 de la ley, interpuesto por un tercio de la Junta, trescientos ciudadanos inscriptos o el Poder Ejecutivo, según lo dispone el mismo artículo.

No puedo entrar al estudio a fondo de estos puntos, porque exceden el objeto estricto de mi estudio, correspondiendo más bien a un trabajo sobre los recursos contenciosos municipales.

§ 2. — Poder Ejecutivo, Servicios Descentralizados y Entes Autónomos.

50. La ley de Diciembre 31 de 1935. Norma general. — La disposición legal vigente en la materia, es la ley de Diciembre 31 de 1935, cuyo artículo primero está redactado así:

« Es obligatoria la licitación pública de acuerdo con « las normas que regulan el procedimiento para toda obra « o toda inversión de fondos que exceda a la suma de quinientos pesos (\$ 500.00), comprendiéndose en este régimen « no sólo a la Administración Central, sino a los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

« Se exceptúan: ... (siguen las excepciones) ».

Pese a la fórmula amplia utilizada por el legislador, que abarca un gran número de casos (véase el número siguiente), constituye siempre una excepción a la facultad de libre elección del contratante, que es la norma general en la contratación (*supra*, n° 44).

Claro está que para los casos previstos en la ley, la excepción se convierte en regla general, que tiene a su vez excepciones, expresamente establecidas unas (*infra*, nos 53 s.) implícitas otras (*infra*, nos 60 s.). En otras palabras: respecto de los casos, o aún más, de las categorías de casos indicados en el art. 1º, para los cuales ha sido declarada obligatoria la licitación pública, la regla general viene a ser ésta última y no la libertad de elección (1).

51. Continuación. Casos no comprendidos por la ley.— De acuerdo con las ideas expuestas puede determinarse con toda precisión los casos en que es obligatoria la licitación pública, según lo mandado por la citada ley.

Debe procederse por licitación pública «en toda obra o toda inversión de fondos que exceda de quinientos pesos». Cuando se trate de un contrato que ni tenga por objeto una obra, ni origine una inversión de fondos, que sobrepasen el límite legal, la Administración puede celebrar el negocio privadamente, eligiendo por sí el particular con quien lo concertará. En cambio, para hacer una obra o para realizar cualquier servicio, negocio, etc., que exija una inversión de fondos, se requiere licitación pública (2).

(1) Cf. Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 267.

(2) Véase que el legislador modificó la fórmula usada en las leyes y decretos anteriores, que es la misma usada en casi todas las legislaciones extranjeras, la cual establece simplemente que tales o cuales contratos (de obras, suministros, arrendamientos, etc.) se harán por licitación, sus tituyéndola por las palabras: «toda inversión de fondos».

Esto crea gravísimos, por no decir insolubles problemas de interpretación, pues existen infinidad de actos administrativos que originan inversiones de fondos, y que por su propia naturaleza no son susceptibles de ser licitados, pese a que, ante los términos legales, habría que proceder por licitación.

Veamos algunos ejemplos, a título simplemente ilustrativo, porque el problema será analizado más adelante (*infra*, nos 60 s.): una donación, cuando los organismos públicos están autorizados para hacerlas, es una inversión de fondos y por su propia naturaleza no puede licitarse; una transacción, para resolver un litigio en que el Estado es parte, configura otro caso similar; etc.

La modificación, inspirada en la noble finalidad de cortar toda posibilidad de eludir la ley, es inconveniente y será ventajoso modificarla.

Pese a la generalidad de la fórmula utilizada, son muy numerosos los casos de contratos perfectamente licitables, que por no ser contratos de obras, ni originar inversiones de fondos, escapan a la regla de la licitación, pudiendo, por lo mismo, celebrarse directamente. Por ejemplo: todas las ventas o arrendamientos de bienes muebles o inmuebles del Estado, todas las concesiones de servicios públicos que no originen obligaciones pecuniarias (inversiones de fondo) a cargo del Estado, etc., pueden concertarse directamente. Y ésta es, evidentemente, una sensible falla de la ley.

En cuanto a la cantidad de quinientos pesos, por debajo de la cual puede procederse sin licitación (1), es de observar que no se ha previsto el caso de obras, suministros o servicios realizados repetidas veces durante el año, por monto inferior al límite legal, consideradas individualmente, pero mucho mayor en su conjunto. Es éste un vacío del legislador, que sólo parcialmente es capaz de salvar el intérprete (2).

(1) No hay obligación de prescindir del llamado a licitación. El jerarca administrativo está facultado para contratar directamente, pero puede no usar esa facultad (*supra*, nº 46).

Véase, a título informativo, el decreto del Poder Ejecutivo de fecha Diciembre 4 de 1935, estableciendo el procedimiento a seguir en las licitaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando, no siendo obligatoria ésta al tenor de lo dispuesto en el decreto de Febrero 6 de 1911 (hoy derogado parcialmente por la ley de 1935), se dispusiera la realización de aquella formalidad.

También cabría citar el decreto de Mayo 30 de 1931, reglamentando el procedimiento de los pedidos de precios que haga el Ministerio del Interior, cuando no sea obligatorio ir a licitación pública.

(2) Para los casos de obras, suministros o servicios que se repiten muchas veces, por monto en conjunto superior a quinientos pesos, pero aisladamente inferior a esa suma, considero aplicable el criterio del decreto de febrero 6 de 1911, el cual alude al «importe total o anual» de la obra, suministro o servicio (art. 1).

Aunque el punto puede prestarse a dudas estimo que frente al Poder Ejecutivo y Servicios Descentralizados puede sostenerse la aplicación de la citada disposición legal, la cual no habría sido derogada por la ley de 1935, que en este punto presenta un sensible vacío.

La solución, en cambio, se vuelve mucho más dudosa para los Entes Autónomos, a los cuales no alcanza el decreto de 1911, siendo aplicable

52. Continuación. A cuáles Organismos comprende. —

Según se ha visto anteriormente, la ley de 1935 sólo alcanza al Poder Ejecutivo, Servicios Descentralizados y Entes Autónomos. Escapan, pues, a sus prescripciones los Municipios, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, la Corte Electoral, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Tribunal de Cuentas.

Los Municipios tienen un régimen especial, establecido en la ley orgánica de Intendencias, de fecha Octubre 28 de 1935. Pero ocurre distinto en los otros casos.

No existe ninguna disposición legal especial relativa a las licitaciones que verifiquen los citados organismos públicos (1). Tampoco son aplicables ni la ley de 1935, según se ha dicho anteriormente, ni ninguno de los muchos decretos del Poder Ejecutivo, que sólo rigen para las oficinas que de él dependen. Únicamente cabría sostener la aplicación de la vieja ley de junio 25 de 1860 (*supra*, n° 11), disponiendo que toda obra pública costeada por « las Rentas Generales » o por las de cada departamento, se hará por remate, a pro-
« puestas cerradas », lo que equivale a nuestra licitación pública actual.

Pero excepción hecha de las obras públicas « costeadas por las Rentas generales », todo otro contrato, sea cual sea, puede celebrarse directamente, ya que, no existiendo prohibición legal, recobra todo su imperio la norma general de libre elección de contratante (*supra*, n° 44).

Es éste, evidentemente, un sensible vacío de la ley, y urge salvarlo, declarándola aplicable a todos los organismos que integran el Estado.

53. Excepciones a la regla. Criterio de interpretación. —

La ley de 1935, después de declarar obligatoria la licitación

solamente por analogía, a efectos de salvar el vacío de la ley (art. 16, C. Civil).

(1) Por lo menos no conozco ninguna disposición a este respecto, aunque puede existir, perdida en el farrago de nuestra legislación, y contemplando sólo algún caso parcial.

pública para toda obra o toda inversión de fondos que exceda de quinientos pesos, agrega: « Se exceptúan: ... (y enumera cuatro casos) ».

Al tenor estricto de la letra del artículo, el cumplimiento de esta formalidad asumiría carácter obligatorio, ineludible. Sólo podría prescindirse de la licitación pública en los casos enumerados taxativamente por la ley.

El informe de la Comisión de Presupuesto de la Cámara de Representantes, que se expidió aconsejando la sanción del proyecto que luego convirtiéndose en ley, se pronunció categóricamente en el mismo sentido, destacando que con esa iniciativa buscábase evitar que, por insuficiencia de las disposiciones legales vigentes o por vía de interpretaciones más o menos fundadas, pudiera prescindirse de la licitación fuera de los casos especialmente indicados (1).

(1) « El proyecto de ley adjunto — dicese en el informe — tiende a robustecer el imperio del régimen de los llamados a licitación dentro de las dependencias de las reparticiones públicas, reafirmandose así una práctica de buena administración y de provechosas consecuencias para el Estado. No se trata de una innovación dentro de la legislación positiva de nuestro país, que cuenta desde hace años, con una ley inspirada en idénticos propósitos, pero que, por ofrecer algunas dificultades para su aplicación estricta, no ha rendido en la práctica, los resultados que a ella se confiaran.

« Las propias omisiones de la ley vigente, han sido las determinantes de que se abandonara un sistema tan directamente defensor de los intereses del Estado, muchas veces por la imposibilidad de llevarlo a la práctica y en otras, porque las mismas lagunas advertidas en el texto de la disposición legal fueron suficientes como para utilizarlas de buen pretexto para echarla al olvido. Si no puede decirse que la ley sobre licitaciones públicas se encuentre en desuso, cabe afirmar, en cambio, que no alcanza la aplicación celosa y no interrumpida que fuera de desear.

« El proyecto de ley cuyo estudio se somete a la consideración de la Cámara tiende precisamente a lograrlo. Contempladas las dificultades de orden práctico que se han advertido y realizado un ajuste más prolijo en el texto de sus disposiciones, beneficiadas ahora con una latitud más racional, el régimen de las licitaciones dentro de la Administración Pública, tendrá, en todos los casos, una fácil aplicación, con la única excepción de aquéllos que expresa y concretamente determina el propio proyecto cuya sanción se aconseja. (*Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes*, t. 398, p. 347)

De acuerdo con los antecedentes transcriptos y la letra de la disposición legal, parecería forzoso concluir que bajo ningún concepto puede prescindirse de este requisito, sino en los casos expresamente establecidos en la ley.

Sin embargo, estimo que la solución no puede ser ésa y que pese a la letra de la ley y al informe de la Comisión, existen obras e inversiones de fondos que necesariamente han de realizarse sin licitación, porque ésta no puede llevarse a cabo. Existe, como se demostrará más adelante (*infra*, n^{os} 60 s.), en determinados casos (que en rigor de lógica debieron ser incluídos entre las excepciones), verdadera imposibilidad de proceder por licitación por lo cual hay que aceptar la conclusión indicada, ya que de lo contrario habría de admitirse que la Administración no puede llevar a cabo dichas obras o inversiones de fondos, con lo que se detendrían total o parcialmente los servicios públicos.

Dicho en otras palabras: hay obras e inversiones de fondos que por imposibilidad legal, de naturaleza o de hecho, no pueden ser licitadas; tampoco figuran entre las excepciones previstas en la ley; luego, o se admite que para no violar la ley la Administración no hará esas obras, ni autorizará esas inversiones de fondos, con lo que podrían paralizarse determinados servicios públicos, solución evidentemente inaceptable, o se acepta que además de los casos previstos expresamente, existen otros en que, por razones de imposibilidad legal, de naturaleza o de hecho, puede también prescindirse de la licitación.

Ha ocurrido aquí, lo que pasa tan amenudo, de que para suprimir una corruptela, para cerrar una fisura por la que se filtra un vicio administrativo, se dicta una norma tan estricta, tan absoluta, que a pesar de ser obligatoria, se vuelve de cumplimiento imposible en algunos de sus alcances. Es lo que ha ocurrido con esta ley y de ahí que pese a los antecedentes mencionados, es forzoso llegar a la conclusión que expongo, a menos que se quiera paralizar en ciertas ocasiones los servicios públicos.

Pero debe quedar, sin embargo, como elemento útil para la interpretación de la ley, un criterio absolutamente

estricto para determinar los casos de prescindencia de este requisito no previstos expresamente. Por eso, sólo cuando resulte evidente la imposibilidad de recurrir a la licitación y que la hipótesis en cuestión debió ser incluída entre las excepciones expresas, se aceptará que puede apartarse el principio de la obligatoriedad (1).

En los n^{os} 60 s. volveré sobre el particular.

54. Continuación. Suministros de productos amparados en privilegios (2). — La primer excepción a la regla de la licitación pública para toda obra o inversión de fondos superior a quinientos pesos, se halla establecida en la parte inicial del inciso A de la ley, en los siguientes términos: « Los suministros cuya fabricación sea exclusiva de los que tienen privilegio para ello ».

La disposición no necesita mayores fundamentos, pues en esos casos se vuelve imposible proceder por licitación,

(1) El problema se vuelve mucho más grave en virtud de la fórmula « toda inversión de fondos », que utiliza el legislador, la cual no aparece en las leyes similares, y que, interpretada literalmente, ateniéndonos al principio de la obligatoriedad rígidamente establecido en la misma, pone al intérprete en el trance de tener que extender este requisito a casos cuya propia naturaleza lo impide. Véase *supra*, p. 64 nota 2, e *infra*, n^{os} 60 s.

(2) En las legislaciones extranjeras, las excepciones al principio de la obligatoriedad de la licitación, cuando éste ha sido establecido, son mucho más numerosas que en nuestra ley de 1935, lo que evita se cree el problema señalado *supra*, p. 64, nota 2, sobre no aplicación de la ley fuera de los casos expresamente previstos.

Hé aquí alguna de las excepciones más frecuentes: obras o suministros que las necesidades de seguridad pública impiden efectuar por licitación; — obras o servicios que las circunstancias aconsejan mantener secretos; — adquisiciones de productos que deben realizarse en los propios lugares de producción; — casos en que se han efectuado infructuosamente dos llamados a licitación; etc.

El reglamento italiano de 1924, permite la contratación directa cuando la naturaleza propia de la cosa a comprarse impide se proceda por licitación, y también cuando concurren circunstancias especiales y excepcionales. Véase como dicha disposición transforma la nómina de excepciones, de taxativa en simplemente enunciativa, por la indeterminación de los casos concretos en que puede prescindirse de la licitación, que surge de la fórmula genérica utilizada.

→ Problema: de los obj. subsecundarios del privilegiado =
de productos extranjeros — 70 — Se licita ←

ya que solamente la persona o entidad que posee el privilegio podrá presentarse formulando ofertas. Tampoco suscita mayores dudas en su interpretación, debiéndose entender que se refiere tanto a los privilegios de invención, como a los de fabricación.

Sin embargo, la aplicación de la ley en la práctica origina muy serias dificultades. No se trata de cuestiones de derecho, sino de hecho. En efecto, existen muchos artículos, objetos o productos, cuya fabricación se encuentra protegida por privilegios en favor de determinadas personas y cuya adquisición satisfaría plenamente las necesidades de la Administración. Pero como éstas también pueden ser llenadas a entera conformidad con otros artículos, objetos o productos de distinta marca o clase, el precepto legal no es aplicable.

Un ejemplo aclarará lo expuesto: hay que licitar la adquisición de una máquina tal o cual; podría servir, pues es una máquina muy conveniente, la que produce el establecimiento tal, cuya fabricación es exclusiva porque tiene privilegio de invención; pero existen otras máquinas similares, susceptibles también de llenar el objeto buscado, construídas por otros fabricantes (los cuales a su vez pueden disponer de privilegios); en estos casos, aunque la compra de cualquiera de dichas máquinas constituiría un suministro de cosa amparada por privilegio, como son varios lo que podrían ofertar artículos aceptables, no se aplica la excepción legal (1).

La dificultad — cuestión de hecho — estriba en determinar cuando puede adquirirse una u otra máquina, y cuando se requiere necesariamente, por razones técnicas u otras,

(1) Pongamos otro ejemplo práctico: existen infinidad de tipos y clases de ladrillos refractarios, muchos de los cuales son de fabricación exclusiva de tal o cual fabricante, el cual tiene privilegio. No podrían adquirirse sin licitación ladrillos de una marca determinada, aduciendo que sólo los produce aquel fabricante que tiene privilegio, porque los demás ladrillos, aunque de distinta marca, son también perfectamente utilizables.

Lo contrario ocurriría si técnicamente pudiese afirmarse que sólo ladrillos iguales o de su mismo tipo son utilizables (o que no pueden usarse otros sin grave perjuicio perfectamente comprobado) pues en ese caso, como se trata de ladrillos amparados por privilegios, únicamente podrían adquirirse al industrial que los produce.

la máquina tal, que solamente produce un fabricante determinado (1).

55. Continuación. Suministro de productos poseídos sólo por una persona o entidad comercial. — En la parte final del mismo inc. A, se establece la segunda excepción, en estos términos: «Suministros... que no están poseídos sino por una persona o entidad comercial».

El mismo motivo que justifica la excepción estudiada en el número anterior, explica también ésta. Si un producto está poseído sólo por una persona, es evidente que la licitación no tiene objeto ni razón de ser, por cuanto existe imposibilidad de lograr concurrencia y pluralidad de ofertas. Hay, pues, tanto en éste como en el caso anterior, verdadera imposibilidad de hecho para proceder por licitación.

Aunque la disposición parece clara, da lugar a complicados problemas en la práctica. Interpretado literalmente, en efecto, no tendría casi nunca aplicación, por no decir nunca, pues resulta difícil imaginar el producto que, buscando en todas partes del mundo, sólo esté poseído por una sola persona o entidad. Y esto sin considerar las dificultades de prueba para justificar la existencia del extremo legal. Es indispensable, por lo tanto, precisar bien el alcance y sentido de la disposición.

Buscando un criterio de interpretación podría creerse que la solución estuviera en limitar a nuestro país la determinación de si hay una sola o más de una persona que posean ese producto, para prescindir de la licitación en el primer supuesto y recurrir a ella en el segundo. Pero si bien esta

(1) Repárese que el problema se complica cuando la compra puede hacerse a productores extranjeros. En efecto, puede perfectamente ser de fabricación exclusiva en nuestro país determinado suministro, por existir privilegio legal, y sin embargo conseguirse muchas ofertas de fabricantes extranjeros, a los cuales no afecta el privilegio concedido por nuestras autoridades, con lo que la compra se vuelve perfectamente licitable.

No pueden darse normas absolutas para estos casos, pudiéndose seguir en cada uno de ellos, el criterio aconsejado para la hipótesis de cosas poseídas por una sola persona (*infra*, nº 55)

puede ser la solución en algún caso concreto, no lo es en la mayoría y especialmente en todas aquellas adquisiciones que se hacen comúnmente en el extranjero, y a las cuales, por esa misma circunstancia, no puede aplicarse dicho criterio (1).

A mi juicio la solución exacta, única que permite una aplicación justa del citado artículo, cuya redacción evidentemente no es muy feliz, consiste en analizar cada suministro en particular y ver si, *de acuerdo con la manera como normalmente se efectúa esa adquisición*, puede decirse que sólo se encuentra una persona o entidad comercial que lo posea y en condiciones de ofrecerlo a la venta (2).

(1) Con algunos ejemplos se aclarará este concepto.

Supongamos que para la cantina de un regimiento, un hotel, un comedor popular, etc., la Administración necesita adquirir cierta cantidad de cerveza en botellas, cuyo monto global excede de quinientos pesos. Si sólo hubiera en el país una fábrica de ese producto (tal era la situación hasta hace poco tiempo), la adquisición podría hacerse directamente, en base a la disposición legal que analizo, pues a nadie podría ocurrírsele que para efectuar esa compra deban tenerse en cuenta las fábricas instaladas en el extranjero (repárese que el suministro no puede hacerse, en las condiciones comunes, por productores extranjeros, porque hay que enviar las botellas periódicamente etc.).

Pero si el producto a adquirirse fuese aluminio laminado, aunque en el país hay sólo una fábrica que lo elabora (E.G.A.M.S.A.), como se trata de un artículo que normalmente se adquiere al extranjero (la fábrica nacional importa la materia prima), existiendo muchos productores en condiciones de ofertar, hay que proceder por licitación.

(2) Para demostrar el fundamento del criterio dado, según el cual hay que examinar cada caso en particular y resolver según las circunstancias bastará citar el de la adquisición de ciertos productos, como por ejemplo portland, en los que el monto de la compra hace variar la solución.

En el país hay por ahora sólo una fábrica de portland. Si la Administración necesita para la construcción de una obra pública cualquiera, cantidades de portland no muy grandes, pero cuyo monto exceda de quinientos pesos, podría adquirirlo directamente a la fábrica nacional, en base al inciso A citado. Sería completamente equivocado sostener que en ese caso hay que llamar a licitación, para que puedan presentarse los productores extranjeros, porque se sabe perfectamente bien que en cantidad chicas ni se acostumbra ni es posible económicamente importar portland extranjero.

Pero si en lugar de una adquisición reducida, hubiese que comprar cantidades grandes (cargamentos completos, de cinco o seis mil toneladas),

Es un criterio de interpretación que el jurista se ve forzado a adoptar para salvar las dificultades prácticas que origina la disposición legal que analizo, evitando que, o bien se vuelva inaplicable, primera hipótesis, o bien se abra una vía para eludir indebidamente la licitación, segunda hipótesis.

56. Continuación. Adquisiciones o servicios que procedan directamente del Estado. — La tercer excepción está contenida en el inc. B, el cual se refiere a « las adquisiciones o servicios que procedan directamente del Estado, o de sus organismos industriales ».

Se justifica esta excepción porque cuando es el propio Estado, por intermedio de cualquiera de los organismos que lo integran, el que va a cumplir el suministro o realizar la obra, no hay posibilidad de fraude ni de connivencia con los funcionarios que han de resolver el negocio. Además repútase — hipótesis por desgracia en la práctica no totalmente exacta — que los organismos públicos se cobran entre sí el precio justo del servicio.

La disposición es clara y no crea problemas de interpretación (1).

como lo está haciendo actualmente la Ancap, a la cual el Poder Ejecutivo por decretos de fechas Abril 15 y 30 de 1937, confió la misión de suministrar todo el portland destinado a obras públicas (repárese que siendo para el Estado, la importación de portland está eximida del pago de impuesto, según lo estableció el decreto citado anteriormente), entonces la solución varía completamente, pues no sólo hay que admitir que son muchos los que están normalmente en condiciones de ofertar, volviéndose por lo tanto inaplicable el inciso A, sino que es conveniente para los intereses públicos la concurrencia y la puja, a efectos de provocar el abaratamiento de los precios.

El ejemplo precedente demuestra, pues, cuan relativo tiene que ser el criterio para interpretar y aplicar la disposición legal citada, cuya redacción deja amplísimo campo a la duda.

(1) No había necesidad de incluir la frase final « y de sus organismos industriales » (se refiere seguramente a los Entes Autónomos industriales o comerciales), porque en el término « Estado » se hallan comprendidos todos los organismos públicos, incluso aquéllos.

57. Continuación. Compra de obras científicas o de arte.— Siguiendo el orden del art. 1º, hallamos la cuarta excepción, contenida en el inciso C, en los siguientes términos: « La compra de obras científicas o de arte ».

Se explica perfectamente la excepción, por cuanto la propia naturaleza de esta clase de compras constituye obstáculo insalvable para hacer licitación, ya que resulta imposible la comparación de obras científicas o de arte, para optar por la de precio mas bajo, y aún mismo el determinarse en función del costo, que en esta materia es elemento completamente secundario.

Para que proceda la aplicación del inciso es necesario que se trate de « compra » de una « obra » y que esta sea « científica o de arte » (1). El alcance de estas palabras es el usual y la determinación de lo que se entiende por obra científica o de arte hay que hacerlo en cada caso concreto (2).

58. Continuación. Casos de urgencia. — La quinta excepción, contenida en el inciso D, la constituyen « las compras y ejecuciones de obras o servicios urgentes, cuando por circunstancias imprevistas no pueda esperarse el llama-

(1) La ley no prevé los casos de contratación de servicios técnicos, en los que existe « inversión de fondos » y el elemento científico o artístico es fundamental (por cuyo motivo no puede hacerse licitación), y que sin embargo no caben dentro de la excepción que analizo, porque ésta contempla sólo las « compras de obras científicas o de arte », y aquéllas serían arrendamientos de servicios y no compras.

El error proviene de que esta excepción se establece siempre con referencia a « contratos de obras o suministros », como ocurre en la legislación francesa (Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 271-272, notas) y otras, mientras que aquí lo ha sido para toda « obra o inversión de fondos », fórmula mucho más amplia y que requiere, también, excepciones más elásticas, para evitar se cree la situación a que ya me he referido, de inaplicabilidad de la ley en casos no exceptuados expresamente (*supra*, nota 2, p. 64, e *infra*, nos 60 s.).

(2) Véase a título informativo, algunos casos jurisprudenciales sobre lo que ha de entenderse por « obra científica o de arte », en Masson, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, Paris, 1938, p. 27-28.

« do a licitación y en cada caso con la autorización previa « y expresa del Poder Ejecutivo en Consejo de Ministros ».

Se explica satisfactoriamente esta excepción por cuanto en esos casos el dilema es prescindir de la licitación o paralizar total o parcialmente un servicio público. La previa autorización del Consejo de Ministros constituye un resguardo, y a la vez, un obstáculo que servirá para que no se abuse del pretexto de la urgencia.

Tres condiciones es preciso llenar para que en base a este inciso pueda prescindirse de la licitación: primero, que se trate de un caso de urgencia; segundo, que la imposibilidad de esperar al llamado a licitación haya sido producida por causas imprevistas; tercero, que el Consejo de Ministros lo autorice.

La urgencia es una cuestión de hecho: hay que examinar cada caso en particular y depende de las circunstancias del momento. Corresponde al Consejo de Ministros su apreciación.

La situación de urgencia debe ser imprevista: es lo que surge del texto legal y constituye la segunda condición. Si era previsible que habría de hacerse la obra o la inversión de fondos y las autoridades se dejaron estar y no hicieron a tiempo el llamado a licitación, no se configura el supuesto requerido para que el Consejo de Ministros pueda conceder la autorización. En otras palabras: cuando ha habido tiempo suficiente para llamar a licitación y por omisión de las autoridades administrativas no se ha hecho así, aunque luego se cree una situación de urgencia, como ésta no ha surgido por « circunstancias imprevistas », la disposición legal es inaplicable (1)

(1) Claro está que entonces surge el problema de lo que se hace en la emergencia, pues si por un lado hay una obra o inversión de fondos a realizar con urgencia, y por otro, una ley que obliga a ir a licitación (no es posible ampararse en el inciso D), o bien se procede por licitación y entonces provisoriamente se paraliza total o parcialmente un servicio público, o bien se autoriza la obra o la inversión de fondos y entonces se viola la ley.

A mi juicio, si existe realmente urgencia tal que no permita pro-

59. Continuación. Casos justificados para ciertos Entes Autónomos. — La última excepción, prevista en el inc. E, alcanza sólo a ciertos Entes Autónomos. Dice así dicha disposición: « Los entes autónomos industriales podrán prescindir « de los llamados a licitación pública, previa autorización « del Tribunal de Cuentas, en los casos fundados que lo re- « clamen las necesidades de su giro ».

Se ha tenido presente, al redactar este inciso, la complejidad de la gestión de dichos Entes Autónomos, que en muchas oportunidades exige más libertad de acción de la que es posible obtener procediendo por licitación. Esta formalidad, si bien asegura la máxima corrección y honestidad en la gestión de los servicios públicos, puede llegar a trabar la acción de los organismos públicos, especialmente cuando se trata de organismos industriales en competencia con las empresas particulares, para luchar con las cuales y con probabilidades de éxito, es preciso adoptar en lo posible su rapidez y agilidad de actuar.

La disposición se refiere a los Entes Autónomos « industriales ». Parecería, pues, que sólo a éstos (Ancap y Usina Eléctrica) y no a los « comerciales » (Banco República, de Seguros e Hipotecario), ampararía la excepción. Sin embargo opino — reconociendo que la redacción de este inciso no es la más apropiada para esta interpretación — que tanto unos como otros están comprendidos en el inciso E, el cual ha querido referirse a los Entes Autónomos que constituyen el « dominio industrial y comercial del Estado » (art. 181 de la Constitución).

La ley establece que cabe la prescindencia de la licitación en « los casos fundados que lo reclamen las necesidades del giro » del Ente Autónomo. Tienen que existir, pues, razones de conveniencia, perfectamente justificadas, para prescindir de la licitación. Cuando se llegue a la conclusión de que

ceder por licitación, el Consejo de Ministros hará bien en conceder la autorización solicitada, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios que incurrieron en aquella grave imprevisión y que responderán ante quién y por las vías que correspondan.

hacer una compra o una inversión de fondos mediante licitación, ocasionará al Ente Autónomo dificultades, perjuicios o inconvenientes, procede dirigirse al Tribunal de Cuentas solicitando la autorización que prescribe el inc. E (1).

El Tribunal de Cuentas aprecia si son o no justificadas las razones que se invocan: si las estima fundadas, concede la autorización; en caso contrario, la niega. El Tribunal examina solamente eso: si las razones que se aducen para prescindir de la licitación son o no justificadas; no entra al estudio de la compra en sí, para ver si es ventajosa u oportuna, concediendo la autorización en caso afirmativo y negándola en caso contrario. Esta cuestión corresponde exclusivamente al jerarca administrativo, en el caso Directorio del Ente Autónomo, el cual es responsable de su gestión. El Tribunal es solamente un órgano de contralor, que no hace ni debe hacer administración activa, lo que desvirtuaría si entrara a juzgar de la oportunidad o conveniencia de la adquisición en sí (2). Ha de limitarse, pues, a velar por la observancia de la ley de licitaciones, permitiendo a los Entes Autónomos

(1) No es posible dar reglas concretas para determinar cuando se configura el caso fundado a que hace referencia la ley; hay que analizar cada caso en particular.

El criterio debe ser amplio, para no perturbar la marcha de los negocios industriales del Ente Autónomo, pero sin llegar a extremos inconvenientes.

(2) Algún ejemplo aclarará bien este concepto.

Supongamos que la ANCAP pide autorización para comprar combustible (petróleo crudo, nafta, kerosene, fuel-oil, etc.) directamente, aduciendo que con licitación pública las empresas competidoras conocen sus precios de costo y que se lucha con dificultades frente a los trust mundiales, que conociendo las ofertas saben si las empresas afiliadas respetan los precios y condiciones fijados. El Tribunal sólo debe apreciar si son justificados o no los argumentos aducidos, sin entrar al estudio de la adquisición en sí, es decir, si la compra de tal combustible es conveniente, si se compró al ofertante que cotizó más bajo (muchas veces la calidad, la rapidez de entrega del producto u otras circunstancias, como el país de procedencia en el caso del carbón, que por razones de orden internacional debemos adquirirlo con preferencia en Inglaterra, vuelve necesario aceptar ofertas más elevadas), si la calidad era la mejor, etc.

De proceder el Tribunal en distinta forma, se inmiscuiría en la esfera

prescindir de ésta cuando juzgue, en mérito a las razones invocadas, que realmente se justifica la compra directa (1).

de acción de los Directorios los Entes Autónomos, abandonando su función de contralor para hacer administración activa, lo que le está vedado, y solidarizándose y responsabilizándose de actos ajenos.

(1) Este criterio ha sido aceptado por el Tribunal de Cuentas, según resolución tomada el 21 de febrero de 1936, la cual fué comunicada por nota a los Entes Autónomos, a los efectos que hubiera lugar.

Sin embargo parecería que en los últimos tiempos, con motivo de la renovación parcial de sus integrantes que acaba de tener lugar (setiembre de 1938), tiende a modificarse aquél, y el Tribunal se inclinaría por entrar a apreciar la operación en sí misma, a cuyo efecto exigiría la remisión de todos los antecedentes, una vez finalizada la operación.

He aquí el texto íntegro de la resolución citada:

« La conformidad del Tribunal exigida por la ley para que pueda prescindirse, en algunos casos, de la licitación, encierra dos aspectos: 1º. Apreciación de las circunstancias relacionadas con la realización de la operación, tales como: urgencia imprevista, secreto comercial, oportunidad y otras análogas; y 2º. Apreciación de la conveniencia de la operación ».

« Estas dos cuestiones están estrechamente vinculadas, pues la conveniencia de la operación tiene rol importante para decidir las otras cuestiones, y además, en muchos casos requiere el conocimiento de hechos que son elementos determinantes del acto de gestión, apreciables solamente por quienes tienen el cometido especial de la misma; tales, por ejemplo: una negociación de ocasión o resuelta en previsión de posible suba de precios; la urgencia de la operación, cuando para establecerla requiere el conocimiento de existencias en stock, y de cantidad de consumos normales o anormales, estado de cambios y sus perspectivas, etc.

« Planteada esta cuestión, se vé que si la conformidad del Tribunal para prescindir de la licitación pública, implicara expedirse sobre la conveniencia de la operación, y — como la conveniencia es elemento de juicio que difícilmente puede inducir a la prescindencia de dicho requisito — resultará que el Tribunal viene a compartir con su acuerdo, la responsabilidad de la gestión industrial, lo que parece no haber sido ese el espíritu del Legislador, porque desviaría a ese Cuerpo de su cometido Constitucional, que es el *contralor*, pero no de *administración activa*.

« De otra parte, si el pronunciamiento del Tribunal comprende la *conveniencia* de la operación, se establece una interferencia en la gestión de los Entes, contraria al principio de autonomía de los mismos, con evidente perjuicio para su buena gestión, porque crearía una especie de revisionismo del acto en gestión, — impuesta como trámite necesario, ante un Tribunal no especializado — con perjuicio de la rapidez de las decisiones, casi siempre urgentes, de los actos de gestión y diluyendo la responsa-

Concedida la autorización, el Ente Autónomo queda en libertad de acción para contratar directamente. Claro está que puede no utilizar la dispensa concedida por el Tribunal, lo que siempre será muy conveniente si las circunstancias que justificaban aquélla se modificaran o desaparecieran. Y desde luego que cabe realizar una licitación restringida, o una restringida y confidencial, en lugar de la compra directa. Desaparecida la obligación de llamar a licitación pública, la Administración recobra libertad absoluta de proceder en la contratación como lo juzgue mas conveniente (1)

« bilidad que ésta motiva, entre el Ente que administra, y un Cuerpo de Contralor, cuyo acuerdo vendría a tener significación extraña a su función propia.

« De las opiniones vertidas, surgió el convencimiento de que un régimen semejante, no puede haber constituido el propósito del Legislador; pero como es necesario resolver los casos que se presenten y sin perjuicio de iniciar el procedimiento conducente a la interpretación de la disposición legal, se acuerda expedirse, a fin de no perturbar la marcha normal de los Entes, dejando hecha reserva de que mientras no se aclare el punto, la conformidad o disconformidad que se preste a la prescindencia de la licitación pública, no significa abrir opinión sobre la inconveniencia o conveniencia de la operación a realizarse, si no solamente apreciar las razones que se invocan para no llenar aquel requisito, resolviendo en consideración a las circunstancias que se expongan, sin entrar en la apreciación de las mismas como elementos decisivos de la operación.

« Corresponde ahora aclarar, que la norma expuesta debe sufrir modificación cuando se trate de operaciones que no sean de aquellas que constituyen el objeto directo del negocio Industrial o Comercial del Ente; no se extiende, por consiguiente, a los actos complementarios de la administración, tales como las compras de maquinarias y útiles a emplearse en la Industria y Comercio, instalaciones, edificios, construcciones, etc. En estos casos, no median las circunstancias antes enunciadas respecto de los actos de *gestión directa* y el Tribunal no ve inconveniente en la aplicación de la ley, sobre todo si los Entes, procediendo con la previsión necesaria para su cumplimiento, toman con tiempo las decisiones oportunas ».

Discrepo con la solución contenida en el último párrafo, pues tanto en uno como en otros casos debe regir el mismo criterio. El Tribunal haría administración activa saliéndose de sus funciones de contralor, sustituyéndose al Directorio, cuando entrara a apreciar la conveniencia de una compra, fuese cual fuese.

(1) Se ha sostenido que la parte final del [art. 1º, donde dice: « Las

60. **Excepciones no previstas en la ley.** — En el n° 53 destacué el carácter taxativo que el legislador quiso darle a las excepciones establecidas en la ley de 1935, solución que confirma en términos categóricos el informe de la Comisión de Legislación de la Cámara de Representantes (*supra*, p. 67, nota 1). Y dije que, pese a todo, el intérprete se encuentra en la inexorable obligación de admitir que hay otras excepciones, porque existe imposibilidad real de hacer por licitación ciertas obras e inversiones de fondos.

Para demostrarlo basta mencionar, por vía de ejemplo, toda una serie de casos en que hay imposibilidad legal, de naturaleza o de hecho, para proceder por licitación, por lo cual, o se cumple la ley al pie de la letra, no llevándose a cabo la obra o la inversión de fondos, y entonces se paraliza total o parcialmente un servicio público, o se acepta que hay excepciones no previstas, solucionándose así este grave problema.

Veamos: la adquisición de flemas alcohólicas por la Ancap, cuyo monto anual alcanza a varios centenares de miles de pesos, que de acuerdo con su ley de creación, sólo ese Ente puede realizar y al precio que su Directorio fija anualmente (ley 15 de Octubre de 1931, art. 15) (1); — las adqui-

«licitaciones restringidas solo podrán realizarse cuando el importe no exceda de la suma de mil quinientos pesos», limita la facultad del Tribunal de Cuentas, impidiendo a los Entes Autónomos realizar esta clase de licitaciones, aun estando con la autorización de aquél.

La tesis es equivocada, pues la parte final del artículo establece una norma general para las licitaciones restringidas, análoga a la establecida en la parte inicial para las licitaciones públicas, y nada tiene que ver con las excepciones a esta última.

Véase *infra*, n° 64, donde se estudia más detenidamente esta cuestión.

(1) Es imposible proceder por licitación: la Ancap tiene la obligación legal de adquirir todas las flemas que obtengan los productores y éstos sólo pueden venderlas a dicho Ente; los interesados están impedidos de ofrecer o exigir precios, los cuales fija la Ancap por sí misma, con carácter general, según lo establecen en los decretos vigentes.

En esas condiciones existe adquisición forzada, de acuerdo a normas preestablecidas, no siendo posible hablar de licitación, que requiere libertad de decisión tanto en el particular como en el Estado, concurrencia de ofertantes, etc.

siciones de uva que la Ancap ha verificado en varias oportunidades, colaborando con el Poder Ejecutivo para resolver las dificultades de la industria vitivinícola, al precio oficial fijado por éste, también por muchos miles de pesos (1); — las compras de trigo por el Banco de la República, al precio oficial establecido por el Estado (2); — las contrataciones de técnicos, profesionales, etc., para desempeñar funciones temporarias (3); — las donaciones que en forma moderada pueden efectuar ciertos organismos públicos (4); — las transacciones de juicios pendientes (5); — la adquisición de cosas por expropiación (6); — las obras o inversiones de fondos cuando se han verificado infructuosamente varios llamados a licitación (7); — las obras o adquisiciones que deben hacerse, para que den resultado, con estricta reserva (8); — etc.

(1) Tampoco puede hacerse licitación en este caso, porque el precio es fijo, está predeterminado, y es elemento esencial de aquélla la movilidad de éste, para que los interesados puedan cotizar lo mas bajo posible.

Si se hiciera licitación, como los interesados en vender tendrían que cotizar precios lo más reducido posible, para lograr que sus ofertas fuesen aceptadas, se desvirtuaría totalmente el propósito perseguido por el propio Estado al fijar el precio oficial, que es proteger al productor.

(2) Para este caso proceden las mismas consideraciones que para las compras de uva a precio oficial.

(3) No se concibe una licitación para contratar los servicios de un técnico, de un abogado, de un médico, de un ingeniero, etc. Si se necesitan sus servicios, o se le designa para ocupar un cargo presupuestado, o se le contrata, previa elección de la persona en mérito a su capacidad, conocimientos, etc. No cabe la licitación, aunque se trata de una inversión de fondos.

(4) Basta citar el caso para poner de manifiesto el absurdo de exigir licitación para las donaciones, que también son inversiones de fondos.

(5) (6) Merecen igual observación que el caso de las donaciones.

(7) Cuando se han hecho infructuosamente varios llamados a licitación, o se admite que puede procederse por contratación directa, o se paraliza la Administración, quién sabe por cuanto tiempo.

(8) En estos casos el secreto que ha de rodear la operación excluye la idea de la licitación, porque ésta necesariamente lleva al conocimiento público lo que es preciso mantener en reserva. Aun haciendo licitación confidencial, trasciende por lo menos la realización de la obra o inversión de fondos en que está empeñada la Administración y sus características.

La hipótesis es muy frecuente en los países europeos, especialmente

Legal
separar para todo
de hecho

En todos estos casos existe imposibilidad legal (tres primeros casos), imposibilidad por naturaleza (los casos restantes, excepto los dos últimos) o imposibilidad de hecho (los dos últimos casos), para proceder por licitación. Entonces se plantea el dilema: o se admite el criterio que sustento o se paraliza la Administración Pública.

Considero inaceptable esta última solución porque conduce al absurdo.

Resulta, pues, forzoso admitir que el legislador, sin percibir el grave problema que creaba, dictó una norma inaplicable en la práctica en sus términos estrictos.

61. **Continuación.** — Aceptado que existen obras e inversiones de fondos susceptibles de celebrarse sin licitación, pese a no figurar entre las excepciones que menciona expresamente la ley de 1935, toca determinarlas.

Al efecto conviene recordar lo que dije anteriormente (*supra*, n° 53, *in fine*), de que hay que proceder con criterio realmente estricto.

Estimo que cabe descartar la aplicación de la ley de 1935, cuando existe *imposibilidad legal, de naturaleza o de hecho*, para proceder por licitación en tal obra o inversión de fondos, en cuyo caso puede recurrirse a la contratación directa.

Existe imposibilidad legal cuando *siendo la cosa a adquirirse u obra a construir, perfectamente licitable considerada en sí misma, hay disposiciones legales que presuponen necesariamente la exclusión de toda idea de licitación*. En otras palabras: habrá imposibilidad legal cuando el cumplimiento de esta formalidad fuese inconciliable con la aplicación de determinada disposición legal, no derogada por la ley de licitaciones. Es lo que ocurre con la adquisición de flemas por la Ancap, pues el monopolio del alcohol rechaza aquel procedimiento.

Hay imposibilidad por naturaleza *cuando la obra o in-*

cuando se trata de obras o adquisiciones con fines militares. En nuestro país puede quizá ocurrir en los negocios bancarios (compras de títulos, divisas, etc.), donde la publicidad traería aparejada la especulación y por ende el fracaso de la gestión respectiva.

versión de fondos es tal que, considerada en sí misma, no puede hacerse siguiendo los trámites de la licitación. Esta requiere, en efecto, concurrencia de ofertantes competidores, comparación de propuestas, objeto licitable, etc., elementos que faltan en muchos casos, en los cuales, por eso mismo, no es posible hacer licitación. La naturaleza propia de la obra o de la inversión de fondos excluye por sí la idea de licitación: no son cosas licitables.

Y existe imposibilidad de hecho, *cuando tratándose de cosa licitable considerada en sí misma, surge alguna circunstancia de hecho que impide se realice licitación con resultado favorable*. En estos casos sólo puede salvarse la dificultad — porque es necesario que la Administración no se paralice — admitiéndose que la hipótesis también constituye una excepción. Así ocurre cuando se han realizado infructuosamente varios llamados: la cosa a comprar (suponiendo que ese sea el objeto de la licitación) es perfectamente licitable, pero no hay interesados que se presenten formulando ofertas; entonces es preciso dejar a la Administración que proceda por contratación directa.

62. **Continuación. Caso de varios llamados infructuosos.** — Al final del número anterior he mencionado el caso de varios llamados a licitación realizados infructuosamente, como ejemplo de imposibilidad de hecho, en el que puede irse a la contratación directa. Conviene fundar un poco más esta opinión.

Se configura esta hipótesis cuando después de varios llamados a licitación pública o no se han presentados proponentes, o las ofertas recibidas son inaceptables, sea por no respetar las exigencias del pliego de condiciones, sea por sus precios muy elevados.

En la generalidad de las legislaciones se ha establecido que cuando se han realizado inútilmente dos llamados a licitación, puede hacerse directamente la contratación. Nuestra ley Municipal, de fecha Octubre 28 de 1935, admite la

misma excepción (art. 35, inc. 37 B) (1). En cambio, según se ha dicho ya, la ley de Diciembre 31 de 1935 nada estableció al respecto.

Se trata evidentemente de una lamentable omisión del legislador, que al prever los casos en que debía llamarse a licitación, no tuvo en cuenta la posibilidad de que, realizado el llamado y por varias veces consecutivas, no se presentasen propuestas admisibles. De ahí que, además de los argumentos expuestos en el n° 61, que por sí solos bastan a justificar esta tesis, pueda aducirse que, ante el vacío de la ley, cabe aplicar por analogía el art. 35. inc. 37 B, de la ley de gobiernos municipales (2).

Conviene, además, fijar cuantos llamados habrán de verificarse para que se repunte comprobada la imposibilidad de contratar por licitación, porque no puede exigirse a la Administración postergue indefinidamente la obra o la inversión de fondos. La solución más admitida en el derecho extranjero es que con el segundo llamado queda satisfecha la exigencia legal; es también el criterio fijado para el gobierno municipal por nuestro legislador. Por dichas razones, juzgo acertado exigir solamente dos llamados, verificados los cuales puede contratarse directamente (3).

(1) He aquí el inciso citado: « B) Cuando sacadas hasta por segunda vez a licitación, no se hubiesen recibido ofertas o éstas no fueran admisibles ».

(2) Podría decirse que puesto que el legislador incluyó expresamente en la ley de gobierno municipal esta excepción, y no hizo lo mismo con la ley de Diciembre 31 de 1935, debe entenderse intencional la omisión y que quiso cerrar aún más las facultades de la Administración Central en ésta materia. Pero aun sin considerar que cuando la letra de la ley nos lleva al absurdo, como en el presente caso, forzoso es al intérprete descartarla, corresponde señalar que el legislador no tuvo ninguna intención semejante. Es cierto que la ley municipal acepta expresamente la excepción; pero ésta viene de la ley de Julio 10 de 1903 (véase *supra*, p. 21, nota 1) habiendo pasado textualmente a través de las leyes de 1908 y 1919. Luego no habiendo habido discusión sobre el punto en el Parlamento, mal puede atribuirse a sus integrantes intenciones presuntas de ninguna clase.

(3) Se ha impugnado esta solución diciendo que no es necesario admitir excepciones no previstas expresamente en la ley, para evitar se creen

En la práctica esta solución ha sido ya aceptada, incluso por el Tribunal de Cuentas, el cual ha entendido, con toda razón, que la exigencia legal queda satisfecha con dos llamados a licitación realizados infructuosamente (1).

63. **Obras por administración.** — Otro de los delicados problemas que crea la fórmula utilizada en la ley de 1935, imponiendo la licitación para « toda obra o toda inversión de fondos », en lugar de los términos usados en casi todas las legislaciones extranjeras, de « tales o cuales contratos » se harán por licitación, es el de las obras que la Administración realiza por sí misma.

estas situaciones absurdas, porque el inc. E permite salvar las dificultades. Según esta opinión, tanto en el caso de varios llamados infructuosos, como en los demás casos donde aparece imposibilidad legal, de naturaleza o de hecho, correspondería pedir al Tribunal de Cuentas autorización para prescindir de la licitación, porque quedaría configurado el caso fundado a que hace referencia dicho inciso.

El error en que se incurre es evidente: en primer término, porque el inciso E sólo se aplica a los Entes Autónomos comerciales o industriales, únicos para quienes el problema quedaría resuelto, manteniéndose invariable la situación de los demás Entes y de toda la Administración Central; y en segundo lugar, porque surge de los términos del propio inciso que dicha excepción contempla los casos en que *la licitación es factible, pero no conveniente*, y no las hipótesis estudiadas, en las que hay *imposibilidad de proceder* por licitación.

(1) Se ha dicho también, contra la tesis que defiende, que si la Administración pudiera contratar directamente después de dos llamados infructuosos, caería totalmente el sistema de garantías establecido en la ley de 1935, porque bastaría confeccionar los pliegos de tal modo que los posibles interesados no pudieran presentar propuestas admisibles, para quedar en libertad de contratar con quien se deseara.

No procede esta crítica. Se confunde, en efecto, la procedencia de una interpretación, con el abuso o mal uso que pueda hacerse de ella. Lo mismo podría ocurrir con las excepciones de los inc. A y C, si los funcionarios competentes entendieran que el producto a adquirir sólo lo posee una firma, siendo esto incierto, o que se trata de una obra artística o científica, siendo esto también inexacto. Habría aquí mal uso o abuso de la disposición legal, y no por eso se sostendrá que conviene suprimirla. Todo sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios que así procedan, que para algo ha sido establecida en la Constitución y en las leyes.

Ocurre amenudo que en lugar de contratar una obra (y podría también ser un servicio) con un particular, el Estado considera ventajoso hacerla por administración, es decir, con su propio personal, utilizando sus maquinarias, adquiriendo a terceros los materiales que necesite y no pueda suministrarse a sí mismo, y bajo la dirección de sus técnicos (1). En el primer caso es evidente que la obra ha de licitarse, porque así lo impone categóricamente la ley; pero en el segundo ¿cuál es la solución?

A primera vista parece absurdo plantear el problema, porque no es posible licitar una obra que el Estado va a realizar por sí, sin contratar con terceros (salvo la adquisición de materiales, que cuando sobrepase el límite legal se hará por licitación). Y en efecto, el problema no se plantea en aquellas legislaciones donde se exige la licitación para la celebración de «tales o cuales contratos» (como los de obras, suministros, etc.), porque no celebrándose en la hipótesis contrato alguno, las leyes de licitación nada tienen que hacer.

Pero nuestro legislador utilizó una fórmula distinta, mucho más amplia, que ya se ha visto crea numerosos problemas (*supra*, nos 60 s.), la cual abarca «toda obra o inversión de fondos». Por lo tanto, una obra realizada por administración, está evidentemente comprendida, bien se la consi-

(1) Véase, mediante algunos ejemplos, la importancia inmensa que tiene el problema, dada la infinidad de obras o suministros que permanentemente se hacen por administración.

Los Entes Autónomos industriales, como la Ancap y la Usina Eléctrica, realizan continuamente en sus fábricas y usinas, numerosas reparaciones, reformas, composturas, etc., exigidas por su normal funcionamiento, cuyo costo (comprendido mano de obra, materiales, etc.), excede de quinientos pesos; — lo mismo cabe decir de la Administración Nacional de Puertos y de los Ferrocarriles del Estado; — el Ministerio de Obras Públicas realiza permanentemente, con su propio personal, infinidad de obras, reparaciones, trabajos de conservación etc., en materia de vialidad, hidrografía, etc.; — los Municipios, especialmente el de Montevideo, tienen reparticiones especiales encargadas de realizar por sí, con su propio personal, infinidad de obras (aperturas de calles, construcción de parques, jardines, calzadas, veredas, etc.).

dere «una obra» o una «inversión de fondos». Luego, no podrían hacerse obras de ninguna clase por administración, porque lo prohibiría la ley de 1935.

Estimo que no es esta la solución exacta y que así se encara mal el problema. La ley de licitaciones, por la naturaleza jurídica propia de este instituto (*supra*, nos 23 s.), tiene que ver solamente con las obras, suministros, etc., que el Estado realiza utilizando los servicios o la colaboración de terceros, a los cuales se vincula por acuerdos de voluntad (contratos, etc.), y en ningún caso a los que efectúa por sí, por administración.

Cierto es que esta solución nos pone frente a otro problema, también de mucha importancia, de si el Estado puede hacer tal o cual obra o suministro por administración. Pero aceptando que está capacitado legalmente para hacerlo, el problema queda liquidado y nada tiene que hacer la ley de licitaciones públicas (1).

64 Las licitaciones restringidas. — Según se ha visto (*supra*, nos 50 s.), la norma fijada por la ley de 1935, es que «toda obra o inversión de fondos» que excede de quinientos pesos, debe hacerse por licitación pública, salvo los casos previstos en forma expresa, en que puede contratarse directamente. Pero la misma ley, considerando ventajoso dar un

(1) Aunque no corresponde estrictamente al objeto de este trabajo, diré que, a mi juicio, para que pueda realizarse una obra o un suministro por administración, se requieren dos condiciones: primero, autorización legal; segundo, recursos presupuestales suficientes.

La autorización puede ser expresa o implícita.

Hay autorización expresa cuando una disposición legal dice concretamente que tal o cual obra se hará por administración.

Hay autorización implícita en todos los casos en que se trate de obras, suministros, etc., comprendidos dentro de la finalidad u objeto normal del servicio público que atienden los distintos organismos. En el caso de los Entes Autónomos industriales, han de ser tareas y obras comprendidas dentro de los fines para cumplir con los cuales fueron creados y no excedan del giro natural, normal y regular de su negocio; si se trata del Ministerio de Obras Públicas, tareas u obras comprendidas en los distintos fines asignados a esa repartición por su ley orgánica; etc.

poco más de libertad de acción a los organismos públicos, agregó al final del art. 1º, un inciso redactado así: « Las licitaciones restringidas sólo podrán realizarse cuando el importe no exceda de la suma de mil quinientos pesos y para tener validez se necesitan por lo menos cinco proponentes ».

De acuerdo con este inciso, la Administración está facultada para realizar obras o inversiones de fondos, cuyo monto oscile entre quinientos y mil quinientos pesos (las menores de quinientos puede contratarlas directamente), sin licitación pública, efectuando una restringida.

Resumiendo, pues, las normas generales establecidas por la ley de 1935, para la realización de obras o inversiones de fondos, son las siguientes:

1.º — Siendo menores de quinientos pesos, pueden contratarse directamente.

2.º — Si exceden de esa suma, ha de procederse por licitación pública, pudiéndose llevar a cabo licitaciones restringidas cuando no sobrepasen los mil quinientos pesos.

3.º — Cabe la contratación directa en los casos expresamente previstos por la ley (1), y, agrego, en los analizados *supra*, nºs 60 s.

(1) Según lo he dicho ya (*supra*, nº 46) estimo que cuando a la Administración le es posible prescindir de la licitación pública y contratar directamente, puede, si así lo considera conveniente, realizar una licitación restringida. Facultada para prescindir de la licitación, recobra su entera capacidad para contratar cómo y con quién le convenga, pudiendo, por lo tanto, llevar a cabo pedidos de precios, licitaciones restringidas, etc.

Pero se ha sostenido que la parte final del art. 1º de la ley de 1935, no autoriza las licitaciones restringidas por sumas mayores de mil quinientos pesos, ni aún en las excepciones previstas en los inc. A - E de aquél. Se ha dicho, también, en forma más concreta, refiriéndose solamente al inc. E, que la autorización del Tribunal de Cuentas que prescribe dicho inciso no permite al Ente Autónomo hacer licitaciones restringidas por más de dicha suma, porque la parte final del citado art. 1º limita las facultades del Tribunal.

A mi juicio es evidente el error de esta tesis. La parte final del art. 1º nada tiene que ver con las excepciones al principio de la licitación pública, establecidos en los inc. A - E del mismo artículo. Es una regla general, análoga a la contenida al comienzo del artículo, sobre obligatoriedad de la licitación pública. De ahí que el régimen general sea éste: cuando se

§ 3. — Municipios.

65. **La ley de Intendencias de Octubre 28 de 1935.**— En el art. 35 de la ley de Intendencias de 1935, se incluyeron los incs. 37 y 38, repitiendo disposiciones que venían de tiempo atrás, desde la ley orgánica de Juntas de 1903 (*supra*, nº 14), pasando a través de todos los regímenes municipales (leyes de 1908 y 1919, *supra*, nºs 14 y 21).

El sistema establecido en esta ley rige para todas las Intendencias, sin perjuicio, claro está, de las ordenanzas y decretos que puedan dictar, en cuanto extiendan el requisito de la licitación a casos no previstos en aquélla, pues caerían de valor, por ilegales, si pretendieran descartar esa formalidad en los casos expresamente mencionados.

En el inc. 37 se legisla sobre las « obras », en general, que realicen las Intendencias, mientras que el inc. 38 se refiere en particular a las « obras de vialidad », estableciendo un régimen algo distinto para ellas.

Evidentemente el legislador ha incurrido en error, pues no debió referirse a estas últimas en disposición separada, estando ya comprendidas en el precepto general del inciso 37. La causa de esta anomalía, surgida impensadamente, radi-

trata de menos de quinientos pesos, libertad de acción (compra directa, etc.); más de quinientos pesos, licitación pública, salvo que tratándose de operaciones menores de mil quinientos pesos, se resuelva hacer una licitación restringida.

Tan es así que la parte final del artículo nada tiene que ver con las excepciones a la regla de la licitación pública, que en el proyecto originario presentado a la Cámara de Representantes, no existía el inc. E, incluido posteriormente, figurando aquélla a continuación del inc. D (*Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes*, 1935, t. 398 p. 347). La modificación no consta claramente en la versión parlamentaria, porque fué tomada defectuosamente. Pero en los archivos de la Comisión existe el proyecto originario, y al dorso, escrito de puño y letra del Dr. Polleri, autor de dicho agregado, el que luego fué inc. E.

Por último, la tesis que impugno nos llevaría al absurdo de admitir que en esos casos la Administración puede contratar directamente, pero no hacer una licitación restringida, que es siempre una mayor garantía.

Véase la discusión de este punto en los diarios: *El Plata* 19, 22 y 23 de Noviembre, y 10 y 17 de Diciembre; *El Pueblo*, 9, 14, 15 y 18 de Diciembre de 1936.

ca en haberse agregado al proyecto primitivo, que luego se convirtió en la ley de Juntas de 1903, durante el debate parlamentario, una disposición aditiva — el actual inc. 38 — sobre obras de vialidad, en el que se reglamentaba el requisito de la licitación, sin reparar que este punto ya estaba encajado y resuelto en los artículos anteriores (*supra*, p. 22, nota 1).

Como la ley solo menciona las «obras» que realicen las Intendencias, conclúyese que todos los contratos que no tengan por objeto una obra, pueden celebrarse directamente. Por lo tanto no hay obligación de ir a licitación en los contratos de arrendamientos de cosas, servicios, suministros, etc. Es enteramente aplicable el criterio interpretativo expresado *supra*, nos 44 s.

66. Norma general. Excepciones. — El inc. 37 se refiere a las «obras» en general, exigiendo licitación cuando su monto sobrepase los quinientos pesos, en Montevideo, y los doscientos, en los demás departamentos (1).

A continuación establece los casos en que puede prescindirse de la licitación, pero requiriendo «autorización de la Junta Departamental, acordada por mayoría absoluta de «votos».

Las excepciones previstas en los subincisos A, C y D, están redactadas en casi iguales términos que la de los incs. A, primera parte, C y D de la ley de 1935, a cuyo comentario me remito (*supra*, nos 52 s.) (2). Pero se agregan, en cambio, dos nuevas excepciones: primero, las obras que las Intendencias hagan con personal o elemento a su cargo, es decir, obras por administración (inc. 37, parte inicial); y segundo,

(1) Nada dice sobre las «obras» menores de quinientos pesos, consideradas aisladamente, que se llevan a cabo repetidas veces durante el año, alcanzando su valor en conjunto a más de aquella suma. Tratándose de un caso no previsto en la ley, estimo que la solución debe ser la misma que aconsejo para los Entes Autónomos, al interpretar la ley de 1935 (*supra*, p. 65, nota 2).

(2) Repárese que ni siquiera libera las «obras» que otros organismos del Estado pudieran realizar, como lo autoriza la ley de 1935, inc. B.

las que sean sacadas infructuosamente hasta por dos veces a licitación (inc. cit., subinc. B).

El punto de la realización de obras por administración, de tanta complejidad ante la letra de la ley de 1935 (*supra*, nº 63), ha sido encarado y resuelto acertadamente en esta ley, determinándose que en esos casos nada tiene que ver el requisito de la licitación.

También ha sido solucionado acertadamente el problema de los varios llamados infructuosos (*supra*, nº 62). Cuando una obra haya sido sacada «hasta por segunda vez a licitación, y no se hubieran recibido ofertas o éstas no fueran admisibles», procede la contratación directa. Se ha previsto, pues, tanto la falta de ofertante, como el caso de ofertas inadmisibles, por cualquier causa que fuese (precio elevado, mala calidad, etc.), siempre, claro está, que el rechazo sea justificado.

67. Obras de vialidad. — El inc. 38, contempla el caso particular de las obras de vialidad. Exige licitación pública sea cual sea su monto. Aun las menores de quinientos pesos, en Montevideo, y de doscientos, en los demás departamentos, hay que sacarlas a licitación. Como ya se dijo, la ley ha fijado la solución contraria para las demás obras, según lo dispone el inc. 37 ya estudiado (*supra*, nº 65).

Menciona, como excepciones a la regla general, las mismas previstas en el inc. 37, pero siempre con autorización de la Junta. Agrega, no obstante, que las «reparaciones de carácter urgente» pueden celebrarse sin licitación, pero dando «cuenta inmediatamente a la Junta Departamental», es decir, que sustituye en este caso la previa autorización por la comunicación *a posteriori* inmediata.

en pios - a classe. > Vialidad = An' nuevo 1500 =

Supra

→ más de cinco de 1850 =

personal (votos) de los factores

CAPITULO IV

El licitador



68. **Quiénes pueden llamar a licitación.** — La Administración Pública es quien efectúa los llamados a licitación. No obstante corresponde destacar que los particulares también pueden recurrir a este procedimiento; pero entonces ya no se está dentro del derecho público y sí en el derecho privado. La licitación como procedimiento de contratación administrativa, es distinta de las licitaciones que pueden hacer los particulares solicitando a los posibles interesados que presenten ofertas (1), y se rige por normas y principios diferentes. Por eso digo que en las licitaciones administrativas, en las licitaciones de derecho público, el licitador es siempre la Administración.

En ausencia de disposiciones legales o reglamentarias determinando que organismos realizarán licitaciones, es natural admitir, por aplicación lógica de los principios de competencia y jerarquía administrativa, que corresponde al jerarca de cada servicio público, intervenir y resolver. De modo, pues, que los jerarcas administrativos son los que deben autorizar los llamados a licitación, aprobar los pliegos de condiciones, decidir la adjudicación, etc. (2).

(1) Véase en Demogue, *Traité des obligations*, París, 1923, t. II, p. 283 s., el capítulo dedicado a las licitaciones que hacen los particulares, que denomina: *contrats aux enchères*.

(2) Lo dicho es sin perjuicio de la intervención que corresponda, de acuerdo con las normas sobre competencia y trámite establecidas, a los organismos técnicos que informan en calidad de asesores, o a los que disponen simplemente trámites de procedimiento, etc. Las decisiones fundamentales, no obstante, competen siempre al jerarca.

Así, por ejemplo, en nuestro país el Poder Ejecutivo es quien interviene en las licitaciones que realizan los distintos Ministerios; en los Servicios Descentralizados, sus Directores o el Poder Ejecutivo, según el grado de descentralización establecido en las leyes o reglamentos (art. 182 de la Constitución); en los Entes Autónomos, sus respectivos Directores; en los Municipios, el Intendente; etc.

Claro está que por ley o reglamento, es posible asignar a determinados organismos jerarquizados, total o parcialmente, las facultades naturales del jerarca. En este supuesto, el organismo al cual se confieren esas atribuciones, actúa por delegación y representando a sus superiores jerárquicos. En los grandes Estados, donde por elementales razones de tiempo y recargo de trabajo, no puede el jerarca intervenir directamente en todos los asuntos, se ha procedido en esa forma. En Francia, el Ministro sólo interviene para aprobar la adjudicación, ya resuelta, en general, por el Prefecto (1).

Lo mismo ocurre en nuestro país, en algunos casos, cuyo análisis individual no es posible ni necesario hacer, no sólo por la extensión que obligaría a dar a este capítulo, sino porque constituyen simples problemas de competencia, sin importancia técnica, saliendo, además, por esa causa, del marco de este estudio. La regla general dada en párrafos anteriores, permitirá resolver las cuestiones que se susciten en la práctica. Por eso me limitaré a analizar en el número siguiente, las disposiciones que rigen para la Intendencia de Guerra, por la importancia de las adquisiciones que lleva a cabo.

69. La Intendencia General del Ejército y la Armada.—

Dado el volumen de las compras que efectúa la Intendencia General del Ejército y la Armada, se han reglamentado sus funciones minuciosamente, más que en otras reparticiones, implantándose una descentralización limitada.

Ya en su ley de creación, de fecha Abril 10 de 1916, se confiaba a la Intendencia la misión de efectuar por licitación

(1) Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 305; — Masson, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, París, 1938.

pública las adquisiciones de víveres, vestuarios y demás elementos necesarios para atender los servicios que se le asignaban (art. 6). No obstante, en la práctica se siguió con la costumbre de elevar al Poder Ejecutivo, para su aprobación, todos los pliegos de condiciones y las decisiones de adjudicación.

Contra este hábito reaccionó el Poder Ejecutivo, e impuso la verdadera doctrina contenida en la ley de 1916, resolviendo que en el futuro no se elevaran solicitando aprobación del Ejecutivo, ni los pliegos de condiciones, ni las decisiones de adjudicación, las cuales debían ser resueltas exclusivamente por el Consejo de la Intendencia General (decretos de fecha Junio 9 y 23 de 1925).

Posteriormente y dadas las quejas y reclamos de licitantes que se consideraban perjudicados, se les permitió deducir el recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo (decreto de Julio 5 de 1927) (1).

70. La imputación previa. — Antes de autorizar un llamado a licitación, la autoridad administrativa debe cerciorarse de que ya se ha imputado en el respectivo rubro presupuestal la probable suma a invertir. No ha de esperarse a que se presenten las propuestas o se adjudique la licitación, porque los recursos han de existir desde el momento en que se inicia el procedimiento tendiente a la realización del gasto, o sea desde que se autoriza el llamado. Esto no impide lógicamente, que para calcular la disponibilidad del rubro se tenga en cuenta el tiempo que requerirán los trámites de la licitación.

El cumplimiento de este trámite en las dependencias del Poder Ejecutivo, lo establece el decreto de 23 de Mayo de 1917, para todos los contratos, no sólo los que se hagan por licitación. En los demás organismos públicos, aunque no existan disposiciones prescribiendo expresamente la imputación

(1) El Reglamento Interno de la Intendencia General, aprobado por decreto de fecha Diciembre 15 de 1930, no altera el régimen de descentralización y recursos que crearon los decretos citados en el texto.

previa, ha de verificarse así (1), en mérito a elementales normas de buena administración (2).

(1) Claro está que los contratos que no se pagan con cargo a rubros de presupuesto, como los correspondientes a operaciones estrictamente comerciales de los Entes Autónomos (adquisiciones de combustibles, alcohol, caña, etc., por la Ancap; operaciones de cambio, etc., por el Banco de la República), no requieren imputación previa.

(2) La Ordenanza del Tribunal de Cuentas, de fecha Mayo 17 de 1935, exige la previa imputación en los siguientes términos:

« ART. 3º. Los expedientes (de licitaciones) deberán contener:

.....

« d) Informe de la Contaduría, firmado por el funcionario respectivo, en el que hará constar el rubro a que debe imputarse el gasto, con « determinación de la planilla de presupuesto, cantidad asignada al mismo « y el saldo disponible antes de la imputación a hacerse, estableciendo el « monto total de la propuesta aceptada ».

Pero según he demostrado anteriormente, esta Ordenanza no tiene aplicación (*supra*, nº 22)

CAPITULO V

El pliego de condiciones

71. **Definición.** — Podría definirse el pliego de condiciones como *el conjunto de cláusulas, redactado por la Administración, especificando el suministro, obra o servicio que se solicita, estableciendo las condiciones del contrato a celebrarse y determinando el trámite a seguir en el procedimiento de licitación.*

Observando los términos de la definición precedente, dedúcense las características principales del pliego de condiciones.

El pliego es preparado unilateralmente por la Administración (*supra*, nº 40). Los particulares no intervienen para nada en su confección; se limitan a tomar conocimiento de él después de publicado, cuando ya está en marcha la licitación, pudiendo presentar propuestas aceptando todas sus prescripciones (1).

En las cláusulas del pliego se establecen minuciosamente los detalles de la cosa licitada, las condiciones del contrato y el trámite para la adjudicación. Las cláusulas referentes a la cosa licitada, constituyen la parte técnica y de hecho del pliego, describiendo con todo detalle el suministro, obra o servicio que se licita; las relativas a las condiciones del contrato, contienen la parte legal, como ser: efectos del contrato, etc.; y las atinentes al trámite, indican la forma como procederá la Administración.

(1) Cf. Hauriou, *Précis de droit administratif*, París, 1921, 10a ed., p. 747.

Como en el pliego se fijan de antemano todos los detalles de la operación, ha sido denominado por algunos autores, «ley del contrato» (1), aunque en realidad es más que eso, porque además de las cláusulas que se refieren al contrato que se forma en la licitación (*supra*, nos 38 s.), contiene otras relativas al procedimiento a seguir en ella. Y en verdad que el nombre es merecido, porque el pliego es la principal fuente de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, y al cual hay que acudir, en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada, durante la ejecución del contrato (*supra*, nº 39)

72. Carácter de las estipulaciones del pliego.— El pliego constituye, según acaba de decirse en el número anterior, una de las partes más importantes del procedimiento de licitación, por cuanto determina las normas a seguir en todo el desarrollo de la operación y los elementos, efectos, etc. del contrato a celebrarse. De ahí que sus cláusulas sean la principal fuente de los derechos y obligaciones de la Administración y de los particulares.

Y puesto que tanto unos como otros han de acudir a él, conclúyese que sus normas son de interés general, obligatorias, por lo mismo, para todos, y en primer término, para la propia Administración: su cumplimiento interesa al orden público (2).

No es sólo el interés del Estado lo que protege el pliego, sino también el de los licitantes, que convocados por la Administración para la puja de precios, realizan estudios y gastos en la confección de sus propuestas, por lo cual se senti-

(1) Delgado y Martín, *Contratos administrativos*, Madrid 1899, p. 66; — De Giuli, en el *Digesto italiano*, vº *Contabilità generale dello Stato*, p. 757, nº 306.

(2) Cf.: Jéze, *Revue de droit public*, 1930, p. 309; — Masson, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, Paris, 1938, p. 73; — Varela, *Apuntes de derecho administrativo*, Montevideo, 1895, p. 185.

rían defraudados y perjudicados si luego aquélla pudiera no tener en cuenta sus disposiciones (1).

Del criterio establecido dedúcese una serie de consecuencias, que serán analizadas más adelante, en el lugar oportuno. Así, por ejemplo, siendo las cláusulas del pliego de interés general y de cumplimiento obligatorio, la Administración deberá observar estrictamente sus prescripciones, bajo pena de incurrir en nulidad, que originaría recursos en favor de los licitantes perjudicados (*infra*, nº 98); los proponentes tendrán que redactar sus ofertas en un todo de acuerdo al pliego, siendo, en caso contrario, inadmisibles (*infra*, nº 89); — no podrá modificarse el pliego posteriormente a la presentación de las propuestas (*infra*, nº 78); — no será posible resolver la adjudicación en favor de una propuesta que se aparte del pliego (*infra*, nº 98)

73. Igualdad para todos los interesados.— Al estudiar la naturaleza jurídica de este instituto, dije que la igualdad de los licitantes ante la Administración era uno de sus principios fundamentales. Y evidentemente, si no ocurriera así, frustraríase la finalidad esencial de toda licitación, que es hallar la propuesta más conveniente, lo que sólo puede conseguirse si se juzgan todas las ofertas con estricta imparcialidad, colocándose a todos los licitantes en igualdad de condiciones (*supra*, nº 42)

De ahí surge la necesidad de que las cláusulas del pliego de condiciones sean generales, impersonales e iguales para

(1) Actualmente nadie pone en duda que las estipulaciones del pliego son de interés general y por lo tanto de cumplimiento obligatorio para todos, incluso la propia Administración. Cf.: Ingresso, *Principii di contabilità di Stato*, Nápoles, 1928, t. I, p. 117, y también, *I contratti dei comuni*, Milán, 1921, p. 103. — En Francia, durante mucho tiempo se defendió con éxito la opinión contraria, sosteniéndose que las cláusulas del pliego tenían por finalidad proteger al Estado, por lo cual éste podía apartarse de ellas, sin que los particulares pudiesen alegar violación de derechos. Pero a fines del siglo pasado se modificó la jurisprudencia, en el sentido indicado en el texto. V. Jéze *Rev. cit.*, p. 314; — Masson *op. cit.*, p. 148.

Frente a este problema se produjo la misma evolución que en la hipótesis de ausencia de licitación (*supra*, p. 59, nota 3)

todos los licitantes. No puede establecerse preferencias en favor de ningún licitante en particular, porque lo colocaría en evidente ventaja frente a los demás (1).

Pero este principio de la igualdad de los licitantes no es absoluto y ha de entenderse que es posible, por motivos justificados, establecer una cierta preferencia en favor de determinados licitantes, o más bien, de determinadas categorías de licitantes. Cuando existiendo motivos que realmente lo justifican, se establecen preferencias en forma im-
ej. de Coop. de Producción Industrial, etc.
personal para todos los que se encuentren en las condiciones indicadas, y así se hace constar con antelación, sea en el pliego de condiciones, sean en las leyes y reglamentos que regulan el procedimiento, nada puede argüirse en su contra, ni sostenerse su ilegalidad (2).

En nuestro país se ha aplicado este principio repetidas veces, admitiéndose preferencias varias. Así, el Poder Ejecutivo ha resuelto que los productos nacionales tengan en el precio una preferencia del diez por ciento frente a los extranjeros, incluyendo en éstos el importe de los derechos de aduana, salvo que se trate de materias primas, en cuyo caso la preferencia queda limitada al cinco por ciento (3); — que

(1) Jèze, *Rev. cit.*, p. 290; — Masson *op. cit.*, p. 68.

(2) Jèze, *Rev. cit.*, p. 291 y 295; — Masson, *op. cit.*, p. 69 s. Este último cita una resolución del Consejo de Estado francés, de fecha 23 de Marzo de 1934, rechazando el recurso interpuesto por la Cámara Sindical de Fabricantes de equipos militares, la cual solicitaba la anulación del decreto que otorgaba ciertas preferencias a las sociedades cooperativas de producción, y declarando que el gobierno había actuado dentro de sus facultades.

En cambio, sería ilegal una cláusula que sólo permitiera la presentación de ofertas a aquéllos que por lo menos hubieran ganado una licitación en los últimos tres años, porque iría contra el principio de concurrencia y libertad de trabajo, estableciendo una injustificada preferencia y hasta monopolio en favor de unos pocos. Por estas razones, hace poco tiempo, la Intendencia de Buenos Aires vetó una Ordenanza del Consejo Deliberante, que imponía tal exigencia.

(3) Decreto de fecha Julio 15 de 1936, art. 4º: « En las licitaciones se dará preferencia al producto nacional siempre que por su calidad pueda sustituir sin perjuicio al extranjero. El producto nacional tendrá en el precio un margen de tolerancia a su favor de 10 %, calculando para

tratándose de productos importados, se haga una preferencia hasta del cinco por ciento en favor de los proponentes con casa del ramo abierta en el país, sobre las propuestas que se hiciesen por comisionistas o representantes (1); etc. (2).

En Francia se otorga cierta preferencia a las sociedades cooperativas de producción, que integran los propios obreros, según se ha dicho ya (*supra*, nota 2, p. 100)

El principio de igualdad contribuye también a justificar el carácter obligatorio asignado a las cláusulas del pliego (*supra*, nº 72), pues si la Administración se apartara de las mismas al juzgar las ofertas, quedarían los licitantes a merced de la arbitrariedad administrativa, desapareciendo la situación de igualdad que ha de reinar entre ellos. Asimismo constituye el principal fundamento de la forma como ha de procederse en la adjudicación o sea con criterio uniforme y con entera imparcialidad (*infra*, nº 98).

« formar el precio del artículo extranjero, los derechos de Aduana. Trátanse de materias primas importadas, el artículo nacional tendrá una preferencia del 5 %. Cuando fuera rechazado un producto nacional a título de no poder sustituir sin perjuicio al extranjero, el proponente interesado que considere no ser exacta la causal invocada para el rechazo, hará la denuncia al Ministerio respectivo, el que resolverá, previos los estudios del caso, cabiendo responsabilidad al funcionario que hubiere intervenido en el rechazo, si fuere probable que hubo de su parte engaño o mala fe ».

(1) Decreto citado, art. 5º: « Tratándose de propuestas que versen sobre artículos importados, dentro de igualdad de condiciones de calidad, se dará un margen de preferencia hasta un 5 % a favor de los establecimientos proponentes con casa del ramo abierta en el país, sobre las propuestas hechas por comisionistas o representantes. Este margen puede ser expresamente reducido en el llamado a licitación, cuando la importancia del suministro haga exclusiva esta preferencia, pero siempre debe ser del 1 % como mínimo ».

(2) Las preferencias citadas, dispuestas por el Poder Ejecutivo, son obligatorias sólo en sus dependencias. No obstante muchos Entes Autónomos y Municipios han adherido total o parcialmente, haciendo suyas las disposiciones del mencionado decreto de 1936.

74. **Contenido del pliego.** — El pliego de condiciones contiene, según se ha visto ya (*supra*, n° 71), todo lo relativo a la cosa licitada, condiciones del contrato y trámite a seguir en la licitación.

El ideal es, a no dudarlo, que en sus cláusulas esté perfectamente determinada la cosa a licitarse, así como todos los detalles del contrato, sus efectos, etc. En este supuesto, queda el precio como único elemento a determinar, correspondiendo a los proponentes establecerlo. La adjudicación resulta así, cuando todos los licitantes aceptan íntegramente las prescripciones del pliego, completamente sencilla.

Pero los pliegos no siempre pueden redactarse así. La predeterminación de absolutamente todas las características de la cosa a adquirirse y las condiciones del contrato, sólo cabe en ciertos casos, como ser: construcciones de edificios u obras similares, adquisiciones de cosas o productos de tipo uniforme y de compraventa corriente, etc. Por el contrario, en muchas oportunidades es preciso conformarse con establecer las características esenciales de la cosa licitada y las principales condiciones del contrato, dejando que los licitantes expresen los demás detalles. Procediendo de otra manera se corre el riesgo, bastante frecuente en la práctica administrativa, que o no se presente nadie a la licitación, o las propuestas recibidas se aparten del pliego en mayor o menor grado, siendo por lo tanto inaceptables.

Los pliegos del primer tipo los denominamos *analíticos*; los del segundo, *sintéticos*.

Es imposible decir cuales son más convenientes; todo depende de la cosa licitada y de las condiciones del mercado. Debe tratarse siempre de fijar de antemano en el pliego las máximas especificaciones, dejando librado a los proponentes, siendo posible, sólo el precio. Pero no ha de olvidarse que cuanto más exigente y analítico es el pliego, más difícil se vuelve la obtención de ofertas, reduciéndose por lo tanto la competencia y pudiéndose llegar por esa vía a la redacción de pliegos que permitan solamente la presentación de un proponente, con lo cual perdería toda eficacia esta formalidad de garantía de los intereses públicos.

Este diferente modo de confeccionar los pliegos adquiere, a mi juicio, fundamental importancia al juzgar si son aceptables o no las propuestas que en algo se aparten del pliego de condiciones, pues ha de procederse con mayor severidad cuanto más sintético sea aquél, y con mayor benevolencia, cuanto más analítico (*infra*, n° 89).

75. **Pliegos generales y especiales.** — Por lo general se confecciona un pliego expresamente para cada licitación. En ese sentido se dice que el pliego es *especial*.

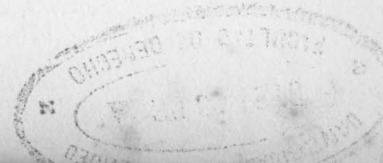
Pero ocurre que la Administración celebra con mucha frecuencia determinados contratos, que por ser de la misma clase requieren pliegos de condiciones coincidentes en la mayoría de las cláusulas. Tal sucede con los contratos de obras públicas, y más particularmente aún de ciertas obras, como ser: construcción de puentes, calzadas, etc. De ahí que, y con el objeto de simplificar el trabajo, se confeccionen pliegos generales para esas categorías de contratos.

Estos pliegos contienen el conjunto de cláusulas aplicables a todos los contratos de su misma naturaleza, aunque requieren, como es lógico, en cada caso, ser complementados con cláusulas especiales, que se refieren principalmente a las características y condiciones técnicas de la cosa licitada. Y estos pliegos se han ido perfeccionando de tal modo que constituyen, con su numeroso articulado, verdaderos códigos administrativos, a los cuales hay que acudir para resolver todas las dificultades que surjan en la ejecución del contrato, y que consagran muy frecuentemente soluciones totalmente distintas a las del derecho común.

En nuestro país (1) existen varios Pliegos Generales, siendo los más importantes el aprobado para la construcción de Obras Públicas Nacionales (2), con su complemento

(1) En Francia existen numerosos Pliegos Generales: *Cahier de Clauses et conditions générales de Ponts et Chaussées, Conditions générales des marchés de la Marine, etc.*

(2) Este pliego, aprobado por decreto de fecha Julio 24 de 1913, fué revisado posteriormente, efectuándose algunas correcciones y agrega-



para las Obras Públicas de Arquitectura (1); — el de Obras Públicas Municipales (2); — el de adquisición de Muebles y Útiles (3), etc.

76. Normas no incluidas en el pliego. Cláusulas de inclusión obligatoria. — Además de las prescripciones contenidas en el pliego de condiciones, hay fuera de él muchas normas relativas al trámite de la licitación, adjudicación, efectos, etc., que también han de cumplirse estrictamente.

Estas normas, establecidas a veces por vía legislativa, y más comúnmente por simples decretos de las autoridades administrativas competentes, constituyen verdaderos reglamentos, que determinan el modo de proceder en toda li-

ciones, según decreto de fecha Marzo 5 de 1929. Posteriormente ha sufrido algunas otras modificaciones de detalle.

Es el pliego más completo dictado en nuestro país sobre esta materia y constituye un verdadero código administrativo para la construcción de obras públicas nacionales.

Para apreciar su importancia basta transcribir los títulos de algunos de sus capítulos, los cuales indican la vastedad de las cuestiones que encara y resuelve: Contratos de obras, Omisiones y contradicciones en las piezas del contrato, Principio de ejecución de los trabajos y forma en que deberán desarrollarse, Demoras involuntarias, Prohibición de traspaso de contrato, Del personal del Contratista, Pago de operarios, Extracción de materiales, Calidad de los materiales, Alteraciones hechas en las obras por parte del contratista, Vicios de construcción aparentes, Vicios de construcción ocultos, Aumento o Disminución en el importe de los trabajos, Obras nuevas y modificación de las contratadas, Suspensión de las obras, Medición y recepción de las obras y liquidación final, Pagos, Casos de fuerza mayor que dan derecho a indemnización, Reclamo por errores, Fallecimiento o incapacidad del contratista, Faltas graves por parte del contratista, Atraso en el plazo estipulado para la conclusión de las obras, Rescisión del contrato, Arbitraje, etc.

(1) Confeccionado en Noviembre de 1912. Consta de un Pliego Complementario y una Memoria Constructiva adjunta, ésta última compuesta de 199 artículos. Véase en Varela, *Legislación de obras públicas*, Montevideo, 1926, p. 249 s.

(2) Aprobado por decreto del Consejo Departamental, el 11 de Julio de 1921. Véase Varela, *op. cit.*, p. 306 s.

(3) Aprobado por decreto de fecha Febrero 18 de 1930.

citación. En nuestro país pueden citarse, como los más importantes, los decretos del Poder Ejecutivo de fecha Febrero 6 de 1911 (*supra*, n° 15), Noviembre 16 de 1921 (*supra*, n° 17) y Julio 15 de 1936 (*supra*, n° 18), los cuales serán analizados en los distintos capítulos, según corresponda.

Aunque los pliegos de condiciones nada digan al respecto, hay que cumplir estrictamente todas las disposiciones de los decretos citados y otros análogos. De no hacerse así, se incurriría en nulidad, la cual podría dar luego origen a reclamaciones.

Claro está que si el pliego dispone expresamente otra cosa, y el que aprobó éste tenía facultades para derogar aquéllos, se estará a lo establecido en el primero.

Conviene distinguir estas normas de carácter reglamentario, de las cláusulas cuya inclusión en los pliegos de condiciones es obligatoria. En esta última hipótesis la autoridad competente dispone, en forma general, que tal cláusula se incluya en todos los pliegos que se formulen, o que tal otra no podrá establecerse (1).

La no inclusión de la cláusula obligatoria o la inclusión de la prohibida, apareja responsabilidad del que ha confeccionado el pliego. También cabe aceptar que siendo ilegal el pliego en esa parte, pueden los licitantes, o bien proyectar sus propuestas como si la cláusula existiese, en el primer supuesto, o bien descartarla, pues ha sido incluida indebidamente, en el segundo, sin que por ese único motivo sea posible rechazar sus propuestas (v. *infra*, n° 77, los fundamentos dados para sostener la nulidad de las cláusulas ilegales).

77. Cláusulas ilegales. — Aunque en principio la Administración tiene amplias facultades para redactar los pliegos de condiciones, determinando así todas las condiciones del contrato a celebrar, no puede incluir cláusulas ilegales.

(1) Una disposición de esta naturaleza lo constituye el decreto del Poder Ejecutivo de fecha Julio 22 de 1937, prohibiendo que en los pliegos se indiquen marcas de los productos licitados. La cláusula en que se exigiera determinada marca sería nula, por ilegal, y los licitantes podrían considerarla inexistente (*infra*, n° 77).

La Administración está sujeta a un ordenamiento jurídico, dentro del cual ha de desenvolverse. Encuéntrase, pues, impedida de incorporar a los pliegos cláusulas que vayan contra disposiciones imperativas de las leyes en vigencia. Si a pesar de todo así lo hiciera, dichas cláusulas serían nulas, y los licitantes podrían descartarlas, sin que por esa causa sus ofertas fuesen observables. Esta es, también, la solución de la doctrina y la jurisprudencia (1).

78. **Publicaciones.** — La confección del pliego de condiciones por la Administración, se verifica sin que los particulares intervengan para nada. El procedimiento recién se exterioriza cuando, ya aprobado aquél, se efectúan las publicaciones anunciando el llamado a licitación e invitando a presentar ofertas. Sólo a partir de este instante los particulares se convierten en interesados, entrando en el procedimiento y constituyendo uno de sus elementos esenciales.

Como consecuencia de lo expuesto, acéptase que desde ese momento los posibles licitantes tienen derecho a exigir que la Administración proceda en un todo de acuerdo al pliego; si así no lo hiciera incurriría en ilegalidad (2). Por iguales motivos ha de concluirse que la Administración no puede modificar el pliego con posterioridad a su publicación. En efecto, cabría siempre la posibilidad de que se presentase alguien que sólo hubiera conocido el pliego primitivo y al cual no podría oponerse la parte modificada, lo que haría imposible la adjudicación (3).

(1) Ingresso, *Principii di contabilità di Stato*, Nápoles, 1930, p. 103; — Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 319; — Masson, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, París, 1938, p. 67. Estos dos últimos citan fallos del Consejo de Estado francés compartiendo la misma solución.

(2) Ingresso, *Principii* ..., t. II, p. 116, y también, *I contratti* ..., p. 102.

(3) Demogue, *Traité des obligations*, París, 1923, t. II, p. 291; — Delgado y Martín, *Contratos administrativos*, Madrid, 1899, 2a ed., p. 87, el cual sin embargo admite la modificación cuando ha sido publicada en las condiciones requeridas para el aviso primitivo.

A mi juicio podría aceptarse la validez de las modificaciones introdu-

No es necesario publicar íntegramente en los avisos el pliego de condiciones, por la extensión desmesurada que alcanzarían (1). Basta con indicar el objeto de la licitación, la fecha y lugar de la apertura de las propuestas, y donde pueden consultarse o retirarse el pliego de condiciones y los planos, muestras o dibujos, si los hubiera (2).

Las publicaciones constituyen una parte esencial del procedimiento, porque son el medio de comunicación de la Administración con los posibles licitantes. Si faltan o no se efectúan debidamente, la concurrencia de postores desaparece o por lo menos se reduce a la mínima expresión. Siendo así, es evidente que la omisión de los avisos o su publicación defectuosa, vicia los procedimientos, originando nulidad (3). Admítese, sin embargo, consecuente con el

cidas posteriormente, cuando sólo consistiesen en detalles y siempre que en el acto de la apertura nadie reclamase, con lo que quedaría demostrado que aquéllas no tuvieron consecuencias, porque todos las conocieron. No obstante conviene evitar, en lo posible, tener que alterar el pliego con posterioridad a su publicación.

(1) Delgado y Martín, *Contratos administrativos*, Madrid, 1899, p. 87, aun reconociendo que en su país no se requiere la publicación completa del pliego de condiciones, estima inconveniente esa solución, porque dada la importancia de esa pieza del procedimiento, que luego formará parte integrante del contrato, sólo su publicación oficial íntegra le da autenticidad suficiente. Juzgo esta opinión un poco excesiva y que puede autenticarse suficientemente el pliego original de muchas maneras, exigiendo, por ejemplo, la firma de dos ejemplares por ambas partes.

(2) El decreto de Febrero 6 de 1911, exige que los avisos vayan titulados: « Licitación », y se exprese claramente « el objeto del llamado, si « la licitación es amplia o restringida, el día, hora y lugar en que se abran las propuestas, y los días, hora y lugar en que pueda consultarse el « pliego de condiciones, los planos y modelos » (art. 2). Aunque este decreto sólo alcanza a las oficinas dependientes del Poder Ejecutivo (*supra*, nº 15), conviene dar solución análoga, aunque no lo establezca ninguna disposición, para las licitaciones que efectúen los demás organismos públicos.

(3) Masson, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, París, 1938, p. 60; — Ingresso, *Principii* ..., p. 117, y también, *I contratti* ..., p. 103; — De Cupis, *Legge sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale*, Turín, 1910, 3a ed. p. 191; — Delgado y Martín, *op. cit.*, p. 83.

criterio que se examinará más adelante, sobre efectos de las irregularidades en el procedimiento de las licitaciones, que cuando el defecto en las publicaciones sea insignificante, sin mayores consecuencias, no bastará para viciar la adjudicación (1).

79. Continuación. — El anuncio de la licitación se hace generalmente en la prensa o en boletines, con avisos colocados en lugar visible de la repartición que realiza el llamado, etc. También se acostumbra a enviar directamente el pliego a los presuntos interesados, procedimiento muy útil, especialmente cuando se trata de productores extranjeros, que difícilmente leen los diarios nacionales. Fuera de los mencionados, todo otro medio de publicidad que se juzgue útil, contribuirá a facilitar la concurrencia de ofertantes y por ende, el éxito de la licitación.

Pero para asegurar los intereses públicos, exíjese un mínimo de publicidad. Las disposiciones legales nacionales en la materia adolecen de bastante deficiencia, pues no existen normas generales, aplicables a toda la Administración.

El decreto de Febrero 6 de 1911, estableció normas generales para todas las dependencias del Poder Ejecutivo, disponiendo que los avisos se publicaran obligatoriamente en «el Diario Oficial y en uno o varios diarios de la localidad «donde deban efectuarse los trabajos o la provisión o venta de los artículos que sean objeto de la licitación» (art. 2, inc. 3). Pero decretos posteriores han derogado en su casi totalidad esta norma, creando regímenes distintos según las reparticiones (2).

(1) Ingresso, *Principii* ..., p. 117, nota 1; — De Cupis, *op. cit.*, p. 192. — *Contra*: Delgado y Martín, p. 84, el cual cita resoluciones administrativas divergentes.

(2) He aquí, muy sucintamente, dichos decretos, los cuales presentan sólo interés práctico:

Por decreto de Setiembre 19 de 1923, el Consejo Nacional dispuso que los avisos de las licitaciones que hiciesen sus Ministerios (de Hacienda, Obras Públicas, Instrucción Pública e Industrias), se publicasen sólo en el Diario Oficial (art. 1), salvo resolución expresa en contrario (art. 2).

En cuanto a los Municipios, los arts. 196 y 223 del Digesto Municipal, determinan que los avisos «se publicarán exclusivamente en el Boletín Municipal». Por su parte, cada Ente Autónomo resuelve según sus conveniencias, no existiendo norma general obligatoria.

La publicación de los avisos ha de hacerse con antelación suficiente para que los interesados puedan preparar sus ofertas. El plazo conviene fijarlo en cada caso, atendiendo a las circunstancias del momento, naturaleza de la cosa licitada, normas comerciales, etc. La autoridad administrativa que hace el llamado tiene amplias facultades para fijar

Pero en 1926, según decreto de Octubre 21, se dió marcha atrás parcialmente, autorizándose también la publicación en un diario de los Departamentos del litoral e interior de la República, cuando se tratase de licitaciones que interesaran a dichas zonas (la redacción del decreto no es muy clara, pero tal es su sentido), debiendo mencionarse en el anuncio el número del Diario Oficial donde salió publicado el aviso original.

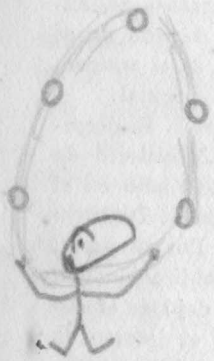
Disposiciones semejantes se dictaron en otros Ministerios. El decreto de Julio 29 de 1922, dispuso que en las licitaciones del Ministerio de Guerra (hoy de Defensa Nacional), los avisos se publicasen sólo en el Diario Oficial, salvo el caso de aprovisionamientos hechos en los Departamentos de campaña para las unidades militares (art. 1). Por su parte, el Ministerio del Interior, después de haber limitado las publicaciones al Diario Oficial, según decreto de fecha Enero 13 de 1932, dejó sin efecto esa medida, por decreto dictado en Setiembre de 1935. Y el decreto de Marzo 5 de 1934, art. 6, para Salud Pública, exige, además del Diario Oficial, publicaciones en otros dos diarios locales.

Las obras públicas se han regido siempre por disposiciones especiales contenidas en el Pliego General para la construcción de Obras Públicas nacionales. El pliego de 1913 disponía avisos en el Diario Oficial, en otro diario de la Capital y en los departamentos en que se efectuarían las obras. El Pliego General de 1929, limitó las publicaciones al Diario Oficial.

Claro está que nada impide que la autoridad que dictó las disposiciones citadas, las modifique en un caso concreto, y disponga otras publicaciones. Más aún, si los avisos se publicaran en más diarios que los autorizados, no habría nulidad, salvo la responsabilidad del funcionario que lo hubiera ordenado careciendo de facultades; en cambio, si faltasen publicaciones, el procedimiento sería nulo.

el plazo, salvo que existan disposiciones generales sobre el punto, que limiten total o parcialmente aquéllas (1).

1911: Sig. des. —



(1) Así, por ejemplo, el decreto de Febrero 6 de 1911, establece que: « todo llamado a licitación se publicará con anticipación de diez días, por lo menos, si se trata de trabajos o de compra venta para los cuales baste la concurrencia de proponentes locales o de la Argentina, y de dos meses cuando se necesite la concurrencia de proponentes radicados en otros países » (art. 2, inc. 1).

Igual disposición rige para los Municipios, según los arts. 194 y 222 del Digesto Municipal. El Pliego General de Obras Públicas de 1929, en su art. 4, prolonga el plazo de dos meses, a tres; el decreto de Marzo 6 de 1934, art. 5, para Salud Pública, reduce, en cambio, el plazo de diez días, a seis, manteniendo el de dos meses.

CAPITULO VI

Los licitantes

80. **La concurrencia de ofertantes.** — Hasta que la Administración publica el anuncio de la licitación, ningún rol desempeñan los particulares; pero a partir de este momento, se convierten en partes interesadas (*supra*, n° 78).

En principio, dado que el objeto de la licitación es hallar el contratante que ofrezca condiciones más ventajosas, el procedimiento debe tender a facilitar la concurrencia de postores a la puja, con lo cual se lograrán las cotizaciones más bajas (1). Por lo tanto, ha de permitirse a todos los que estén en condiciones de ofertar, puedan presentar propuestas. Cuando existe esta libertad amplia para la presentación de ofertas, la licitación se denomina pública (2).

Pero aun en las licitaciones públicas, esta libertad en la admisión de proponentes no es absoluta, porque siempre se exige que reúnan un mínimo de condiciones, juzgadas indispensables para que la Administración pueda contratar sin riesgos.

En efecto, el principio de libre concurrencia no llega a exigir que se contrate con quien no tiene capacidad para

(1) Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 281.

(2) En realidad reservamos el nombre de licitación pública para aquélla que permite la concurrencia de todos los interesados que reúnan las condiciones generales exigidas y cuyos resultados (conocimiento de las propuestas presentadas, adjudicación, etc.) son conocidos por todos. Podría existir, en efecto, una licitación, pública en cuanto a quiénes pueden concurrir, pero confidencial en cuanto al procedimiento, especialmente en lo relativo a la presentación y conocimiento de las propuestas (*supra*, n° 4).

Restringida: Solo "antiguada" (no se llenen de condiciones, pero todos deben llenarlas)

obligarse, o no ofrece garantía de honesto cumplimiento a lo pactado, etc. Pero la licitación es absolutamente pública para todos los que reúnan las condiciones exigidas, las cuales se estudiarán en los números siguientes.

No obstante, por razones de distinta índole, como ser: dificultades en la ejecución de la obra o servicios licitados, que requieren personas especializadas; reserva o aun secreto en la ejecución de las obras; etc., efectúanse licitaciones a las que sólo pueden concurrir determinadas personas o firmas. Entonces la licitación no es pública, para todos los que reúnan las condiciones generales exigidas, sino restringida, entre aquéllos expresamente autorizados (1). Son confidenciales, pero.

Este tipo de licitación, distinto de la pública sólo en cuanto a la determinación de quiénes pueden presentar propuestas, será estudiado en los nos 86-87 de este capítulo.

81. Condiciones generales. Capacidad para contratar. —

Desde luego que los licitantes han de tener capacidad para contratar: la Administración no puede admitir propuestas de personas que no estén capacitadas para obligarse, porque el contrato así celebrado estaría viciado de nulidad (2).

No es del caso determinar quiénes son capaces de contratar, y, por ende, están en condiciones de presentarse a las licitaciones que hace la Administración; se trata de un tema que interesa al derecho civil y comercial exclusivamente, salvo que el licitante sea un organismo público, en cuyo caso entra en el derecho administrativo, pero convirtiéndose entonces en un problema de competencia y no de capacidad.

especialidad

(1) Por lo general, las licitaciones restringidas son, a la vez, confidenciales. Pero se concibe perfectamente una licitación, restringida en cuanto a los que pueden presentarse, y pública, en cuanto a que se da a los proponentes conocimiento de todo el procedimiento, incluso de las ofertas presentadas por los demás concurrentes.

(2) Jèze, Rev. cit., p. 282; — Masson, Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics, París, 1938, p. 62; — Ingresso, Principii di contabilità di Stato, Nápoles, 1930, t. I, p. 117, y también, I contratti dei comuni, Milán, 1921, p. 104.

La misma solución está consagrada expresamente en el Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales, en su art. 9, inc. A.

→ Condición → Ser Com. del ramo → lo de...
→ Evaluaciones → ya abierta o futura
→ Decretos (solo p. 1)

82. Continuación. Ser comerciante del ramo. — El decreto de Febrero 6 de 1911, exige que el proponente, salvo las excepciones que por motivos fundados determine el pliego de condiciones, «deberá tener casa abierta en el país, almacén, fábrica, taller, depósito, etc., o ser empresario, fabricante, obrero o comisionista, reconocido en el ramo objeto de la licitación, a cuyo efecto podrá exigirse la justificación oportuna» (art. 10).

No se admite, pues, como norma general, sino a los licitantes que actúan dentro del ramo de negocio que corresponde a la cosa licitada. Así, por ejemplo, un comerciante en ropa no podrá concurrir a una licitación para la compra de materiales de construcción, etc. (1).

El decreto exige certificado de la Dirección de Impuestos u otro medio supletorio bastante. Comúnmente la justificación del extremo indicado se hace mediante la presentación de la correspondiente patente de giro, que es necesario acompañar a la propuesta (infra, nº 92). Pero también pueden servir otros medios probatorios, según lo destaca el decreto.

Como el decreto no rige sino para las Oficinas dependientes del Poder Ejecutivo, surge el problema de cual es la situación en los demás organismos públicos. Algunos han establecido voluntariamente en sus pliegos cláusulas similares, con lo que el punto queda automáticamente resuelto. Pero aún no existiendo decisión expresa, la solución ha de ser similar, por aplicación de la disposición legal que obliga a todo proponente a presentar su patente de giro. Y debe aceptarse, lógicamente, que se trata de la patente para negociar en el ramo de la cosa licitada.

83. Inhabilidades públicas. — Además de las condiciones estudiadas en los números anteriores, hay otras que derivan de la existencia de disposiciones legales prohibiendo a las

(1) En cierta oportunidad y pese a la clara disposición del decreto citado, se discutió el caso, resolviendo el Poder Ejecutivo, por decreto de diciembre 11 de 1916, previo informe de los Fiscales de Gobierno, que no pueden ser admitidos como proponentes en las licitaciones, «los comerciantes que ofrezcan artículos fuera de su ramo».

personas que desempeñan determinadas funciones públicas, entrar en cualquier clase de contrataciones con el Estado, o más limitadamente, con sólo algún o algunos organismos públicos. Son inhabilidades públicas para contratar que impiden a los afectados presentarse a las licitaciones que haga la Administración, pues éstas llevan a la formación de vínculos contractuales (1).

Sin pretender dar una nómina completa de estas inhabilidades públicas, cuyo estudio, por lo demás, no pertenece al tema tratado en esta obra, me limitaré a citar las más conocidas: los diputados y senadores no pueden presentar propuestas en ninguna licitación del Estado (art. 11 de la Constitución); — tampoco pueden hacerlo los Directores de Entes Autónomos, en las que hagan los organismos que dirigen (art. 192 de la Constitución), ni el Intendente y los miembros de las Juntas Departamentales, en las de los Municipios (arts. 248-250 de la Constitución); etc.

84. Exclusión de las licitaciones.— En casi todos los países se acostumbra excluir de las licitaciones a las personas que se han hecho culpables ante la Administración, de faltas en el cumplimiento de anteriores contrataciones, o que han realizado actos de otra índole, pero igualmente inconvenientes. Por lo común estas exclusiones se establecen en las leyes (2) y reglamentos (3) con carácter general, para todos

(1) Cf. Varela, *Apuntes de derecho administrativo*, Montevideo, 1895, p. 177.

(2) En Italia el procedimiento de la exclusión fué incorporado a la ley de Contabilidad de Noviembre 18 de 1923, art. 3, en los siguientes términos: « Quedan excluidas de hacer ofertas para todos los contratos, las personas que en el cumplimiento de otros negocios hubiesen sido responsables de negligencia o mala fé ».

Y el Reglamento aprobado el 23 de Mayo de 1924, fué más allá todavía, estableciendo en el art. 68 el siguiente inciso: « La Administración tiene plena y absoluta facultad para excluir de la licitación a cualquier licitante, sin que el excluido pueda reclamar indemnización alguna, ni pretender que sea notificado de las razones de la exclusión ».

(3) En Italia, antes de la ley citada en la nota anterior, el procedimiento de exclusión se hallaba establecido por simple decreto.

En Francia los reglamentos y pliegos aprobados por la Administra-

los que queden comprendidos en las hipótesis previstas. Pero otras veces se toman decisiones en casos particulares, disponiéndose la exclusión de una persona en todas las licitaciones futuras (1).

Esta práctica, que tantos perjuicios puede originar a las personas afectadas por la exclusión, plantea serios problemas, incluso el de su propia legalidad, requiriendo por lo mismo un análisis detenido. Pero conviene separar bien las diversas cuestiones a estudiar, evitando así confusiones, y destacar que las soluciones exactas dependen mucho de las disposiciones legales y reglamentarias de cada país, así como de su redacción, por lo cual hay que tomar con beneficio de inventario las opiniones de los tratadistas extranjeros.

Ante todo conviene examinar la legalidad del procedimiento de exclusión. Desde luego que el problema desaparece cuando hay una ley que expresamente lo consagra, como en Italia (*supra*, nota 1, p. 108). Pero aún faltando ésta, repútanse perfectamente válidas las disposiciones reglamentarias dictadas con el mismo objeto. Si bien ha de primar en toda licitación, entera libertad en la concurrencia de ofertantes, ésta no es absoluta, y tiene la Administración facultades bastantes para descartar a los licitantes indeseables (2).

Pero cuando la ley, los reglamentos y aun el propio pliego de condiciones, guardan silencio sobre la posibilidad de exclusión, nace la duda de si la Administración está capacitada para tomar decisión en ese sentido.

Si no se dijere así, de hecho, ción contienen casi todas cláusulas reglamentando el modo de resolver las exclusiones, sus efectos, etc. — Ver Jèze, *Rev. cit.*, p. 333 s.; — Masson, *op. cit.*, p. 99 s.

Es también el criterio seguido al confeccionar el Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales, cuyo art. 9, inc. B, dice así: « ... no serán admitidos como proponentes: ... B) Los que no hubieren dado cumplimiento satisfactoriamente a contratos anteriores ».

(1) Es la solución aceptada cuando no se ha tenido el cuidado de prever la posibilidad de exclusión bajo forma de regla general. Tal ocurre en nuestro país, salvo cuando los pliegos se refieren expresamente al problema, como lo hace el Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales (v. nota 3, p. 114).

(2) Cf. Jèze, *Rev. cit.*, p. 336.

La solución exacta, a mi juicio, consiste en distinguir las exclusiones que se dicten en un caso concreto, para las licitaciones futuras, de las exclusiones en una licitación ya abierta, cuando en su pliego de condiciones nada se dice sobre el punto. En la primer hipótesis, la Administración se limita a dar por comprobado el hecho que justifica la exclusión y declara que tal persona no podrá intervenir en las licitaciones futuras; y dado que puede tomar esa resolución con carácter general, para todos los que se encuentren en la situación prevista, es lógico reconocerle facultades para hacerlo individualmente, frente a un licitante determinado (1). En cambio, en la segunda hipótesis, si en el pliego de condiciones no se han establecido causales de exclusión, la Administración, que está obligada a sujetarse a él (*supra*, nº 72), no puede excluir a ningún ofertante (2).

85. **Continuación.** — Admitida la legitimidad del procedimiento de exclusión, hay que estudiarlo en sus detalles.

Cuando en disposiciones legales o reglamentarias o en el pliego de condiciones, se establecen las causales de exclusión (3), la Administración está obligada a no excluir ningún licitante sino fundándose en alguna de aquéllas (4).

(1) El art. 1º del pliego de condiciones que rige en el Ministerio de Salud Pública, exige para poder presentar propuestas: «A) No haber sido objeto anteriormente de resolución concreta que se lo impida». Se ha consagrado así, en forma expresa, la opinión sustentada. Esa cláusula reconoce el derecho de la Administración para excluir a un licitante de las licitaciones futuras, por cualquier causa que fuese (siendo justificada, es claro), aunque en las leyes, reglamentos o el pliego de condiciones nada se diga sobre las causales que darían lugar a la exclusión.

(2) La solución aconsejada para la segunda hipótesis se inspira en el mismo criterio sustentado para las causales de exclusión que no figuran mencionadas en el pliego o los reglamentos (*infra*, nº 85).

(3) En Italia se considera como causal de exclusión, el ser culpable de «negligencia o mala fé» en el cumplimiento de otra empresa. En Francia las causales varían según los casos (v. Jèze, *Rev. cit.*, p. 333)

En cuanto a nuestro país, ya se ha transcrito (*supra*, p. 114, nota 3) la cláusula respectiva del Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales.

(4) Cf. Ingrosso, *I contratti dei comuni*, Milán, 1921, p. 112. Con-

Claro está que si la redacción del precepto legal respectivo evidenciara que se trata de una enumeración a título simplemente enunciativo, la solución sería distinta (1).

Aunque no se haya previsto el procedimiento de exclusión, la Administración puede resolver, según se ha dicho (*supra*, nº 84, *in fine*), frente a una irregularidad cometida por un licitante, excluirlo de las licitaciones que se hagan en el futuro. Pero si bien la Administración tiene, en ausencia de normas limitativas, facultades discrecionales para decidir cuando una falta merece ser castigada con la exclusión (2), no ha de admitirse que pueda llegar a la arbitrariedad, excluyendo licitantes por motivos fútiles o ajenos al servicio público, lo cual constituiría una ilegalidad evidente (3).

viene aclarar que la hipótesis se refiere a la exclusión de licitantes después de publicado el pliego, por causas que no figuran entre las previstas. Si la exclusión quisiera resolverse no para la licitación en curso, sino para las licitaciones futuras, puede hacerse, porque siendo la Administración la que estableció aquéllas, tiene facultades para apartarse de las mismas, que se entenderán derogadas parcialmente; pero el efecto de la decisión no se proyecta sobre la licitación ya realizada, sino para las futuras.

En cambio, si las causales de exclusión fueron establecidas por ley, la solución negativa parece preferible.

(1) En Italia, pese a la redacción que parece evidentemente taxativa de la ley de 1923 (*supra*, p. 114, nota 2), se ha incluido en el reglamento de 1934 (*supra*, nota citada), un inciso permitiendo a la Administración excluir a cualquier licitante sin expresión de causa y sin responder por los daños y perjuicios que pudieran derivarse. Esta disposición, unos la consideran ilegal (Ingrosso, *Principii* ..., p. 120, y también, *I contratti* ..., p. 112, nota 1), mientras que otros estiman que esa facultad ilimitada de rechazo es legítima (De Cupis, *Legge sull'amministrazione del patrimonio dello Stato e sulla contabilità generale*, Turín, 1910, 3a ed., p. 211 s.)

(2) Se ha discutido en Italia, y la controversia ha sido interesantísima, si determinados hechos pueden constituir causales de exclusión o no.

Se ha sostenido en efecto que la Administración puede excluir un licitante por tener contratadas demasiadas obras (Ingrosso, *I contratti* ..., p. 107, duda de la legalidad de esta causal, aunque opina que puede exigirse al contratista justifique su capacidad para cumplir, requisito de indiscutible legalidad y que permite alcanzar el mismo objeto) o por estar en litigio judicial o administrativo con la Administración, aun siendo por motivos ajenos a la obra o cosa licitada (Ingrosso, *op. cit.*, p. 109).

(3) Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 336 y 339; — Masson, *Le con-*

Claro está que mientras no se dicte la ley organizando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, será imposible conseguir la anulación de una decisión ilegal, salvo que la propia Administración por sí misma la deje sin efecto. Todo sin perjuicio de la acción civil de reparación de daños y perjuicios que pueda corresponder.

Los hechos en que se funde la Administración para decretar la exclusión, han de ser verdaderos y estar suficientemente probados. No es posible tomar una decisión de tanta importancia y que puede originar tan graves perjuicios, sin rodearla de suficientes garantías (1)

La exclusión no es ni una pena, ni una condenación judicial, ni importa una incapacidad a cargo del excluido. Se trata simplemente de una medida de carácter administrativo, que se dicta para no tener que contratar con personas inconvenientes. Tal es la opinión mas aceptada (2).

El excluido está impedido de presentarse a las licitaciones que efectúen las reparticiones del jerarca que resolvió la exclusión. No hay incapacidad para contratar con el Estado y sí solamente prohibición de presentarse a aquellas licitaciones (3). Esto dicho sin perjuicio de la solución con-

tentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics, París, 1938, p. 100. Durante mucho tiempo se sostuvo en Francia la tesis contraria o sea que siendo facultad exclusiva del Estado la apreciación de las causales de exclusión, el Consejo de Estado no podía intervenir (Jèze, *Rev. cit.*, p. 337; — Masson, *op. cit.*, p. 99). Mas tarde, en 1905, el Consejo de Estado modificó su opinión, estimando que cabía anular la decisión administrativa cuando se comprobase exceso de poder (Jèze, *Rev. cit.*, p. 338; — Masson, *op. cit.*, p. 100) Orientado ya en esta vía, el Consejo de Estado avanza cada vez más en un sentido muy restrictivo del poder discrecional de la Administración (Jèze, *Rev. cit.*, p. 339; — Masson, *op. cit.*, p. 100)

Como en nuestro país no procede aún el recurso de anulación, por no haber entrado en funciones el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, las ideas precedentes sirven solo de guía para justificar pedidos de reconsideración o reclamaciones judiciales de daños y perjuicios.

(1) Jèze, *Rev. cit.*, p. 340

(2) Jèze, *Rev. cit.*, p. 335. — *Contra*: Masson, *op. cit.*, p. 99, quien la considera una penalidad administrativa.

(3) Jèze, *Rev. cit.*, p. 343; — Masson, *op. cit.*, p. 101.

traria, perfectamente factible de ser consagrada en las disposiciones legales (1).

Por lo mismo que es sólo una prohibición y no una incapacidad, si el excluido se presenta a una licitación y la Administración no lo descubre a tiempo, el contrato que celebre es válido, salvo la cláusula en contrario establecida en el pliego de condiciones o en las disposiciones legales (2).

Si la Administración violase las reglas expuestas, aunque todavía no es posible interponer el recurso de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, porque falta la respectiva ley orgánica, cabría una acción judicial de reclamación de daños y perjuicios. En efecto, en la hipótesis existiría lesión de derecho, ya que esa ilegal resolución vulneraría el derecho a la libertad de trabajo (art. 52 de la Constitución), al prohibirle al excluido presentarse a las licitaciones, teniendo pleno derecho a hacerlo.

86. Licitaciones restringidas (3). — Las licitaciones restringidas son aquéllas a las cuales sólo pueden presentarse las personas o firmas expresamente autorizadas por la Administración (v. *supra*, nº 80). La diferencia con las licitaciones públicas radica esencialmente (4) en la forma de admisión de los licitantes: mientras que en éstas la concurrencia es absolutamente libre para todos los que reúnan las con-

(1) En Italia, según lo establece el decreto de 1885 (*supra*, p. 15, nota 2), en su art. 79, inc. 2, la decisión de exclusión dictada por un ministerio se comunica a los demás y tiene efecto sobre todos los contratos que celebre el Estado.

(2) Jèze, *Rev. cit.*, p. 343.

(3) En Italia y Argentina este tipo de licitación se denomina licitación privada. El mismo nombre utiliza en nuestro país el Digesto Municipal de Montevideo (arts. 215, 216, y 244)

(4) Claro está que como consecuencia de la distinta forma de admisión de ofertantes, varían en algo los procedimientos; pero estas modificaciones son secundarias y no alteran el sentido de la afirmación de que ambas licitaciones son de idéntica naturaleza, diferenciándose sólo en la libertad de concurrencia de proponentes.

No obstante conviene establecer que las disposiciones legales de cada país pueden establecer otras diferencias, en cuyo caso el principio general enunciado requeriría salvedades.

diciones generales exigidas, en aquéllas solo pueden ofertar los autorizados expresamente por la Administración (1).

Como consecuencia del principio general expuesto, conclúyese que en ausencia de disposiciones legales o reglamentarias disponiendo total o parcialmente lo contrario, se aplican a las licitaciones restringidas todas las normas de las licitaciones públicas, salvo las relativas a la admisión de proponentes. Esto es lógico, porque siendo iguales ambas licitaciones, con la salvedad apuntada, cabe la aplicación analógica de dichas normas (2).

No es posible dar normas generales sobre cuando hay que realizar licitaciones restringidas y cuando licitaciones públicas. Ello depende de las disposiciones vigentes en cada país (3).

En el nuestro las licitaciones restringidas solo proceden, para la Administración Central, Servicios Descentralizados y Entes Autónomos, cuando la inversión no excede de mil quinientos pesos (ley Diciembre 31 de 1935, art. 1, parte final) (4). Cuando se está por debajo de esa suma (recuérdese que siendo sumas menores de quinientos pesos existe libertad

(1) Masson, *op. cit.*, p. 47; — Legros, *Formation et résolution du marché de travaux publics*, Paris, 1912, p. 52; — Inghosso, *Principii ...*, p. 141, y también, *I contratti ...*, p. 125; — Rostagno, *Contabilità di Stato*, Milan, p. 142, el cual agrega como elemento también diferencial, el carácter provisorio de la primer adjudicación en las licitaciones restringidas, lo que es exacto en la legislación italiana porque expresamente se establece así, aunque no se trata de un elemento fundamental.

(2) Masson, *op. cit.*, p. 49; — Rostagno, *op. cit.*, p. 143; — Inghosso, *Principii*, p. 142, sostiene la opinión contraria, pero fundándose en que el reglamento de 1923, en su art. 89, inc. ult., expresamente declara aplicables a las restringidas varias disposiciones sobre las licitaciones públicas, lo que según él importa descartar las demás.

(3) Véase en Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 285 - 286, una nómina de casos en que según las leyes y reglamentos franceses, cabe licitación restringida.

(4) La ley de 1935 no ha derogado el decreto de Agosto 27 de 1919, prescribiendo licitación restringida para toda clase de adquisiciones de « materiales, herramientas, etc., por los técnicos que tengan a su cargo la « construcción de obras por administración », cuando las compras deben efectuarse en Montevideo.

absoluta para contratar) la Administración puede elegir entre licitación pública o restringida (v. *supra*, n° 64).

Claro está que aun en las inversiones de sumas mayores, si la Administración está facultada para contratar directamente (la norma de la ley de 1935 tiene excepciones), puede, como es lógico, realizar una licitación restringida que siempre constituye mayor garantía (v. *supra*, n° 64).

Los Municipios, a los cuales no alcanza la ley de 1935 (*supra*, n° 52), se rigen por la ley de Intendencias de 1935 (*supra*, n° 65), que nada dice sobre licitaciones restringidas. En consecuencia, descartando los casos en que la citada ley exige imperativamente licitación pública (*supra* n° 65), los Municipios tienen libertad de acción, debiéndose estar a lo dispuesto en los decretos municipales de carácter general, y en defecto de éstos, a las resoluciones administrativas dictadas en cada caso concreto (1).

87. Procedimiento para la admisión de licitantes. — Establecido que la diferencia entre la licitación restringida y la pública, radica en que la concurrencia de proponentes en aquélla está subordinada a una previa autorización de la Administración, es del caso estudiar como se otorga ésta.

En Francia, cuando se quiere realizar una licitación restringida (*adjudication restreinte*), se invita públicamente a todos los que deseen participar, para que dentro de cierto plazo, presenten a la Administración todos los documentos, certificados e informaciones exigidos por el pliego, para comprobar su capacidad técnica, de producción, etc. Una vez recibida esta información, la Administración selecciona aquéllos que juzga capacitados para intervenir en la puja, notificándoles su decisión e invitándolos a presentar ofertas.

(1) En el Digesto Municipal de Montevideo figuran disposiciones bastantes completas sobre las compras que efectúa la Proveduría. Después de sentar como principio general la adquisición por licitación pública, establece los casos en que puede procederse por licitación restringida (que denomina privada) (art. 216) o por compra directa (art. 217). Fija, además, en sus detalles, el procedimiento para las licitaciones restringidas (arts. 244 s.).

Sólo pueden presentarse, pues, los que han sido aceptados en ese examen previo (1).

No habiendo normas generales sobre forma de seleccionar los proponentes, la autoridad administrativa tiene facultades para determinar el procedimiento de elección, o en su defecto, para invitar a las personas o firmas que estime convenientes, sin que los excluidos tengan derecho a reclamar. Esto no quiere decir que la Administración deba proceder arbitrariamente, sino que tiene amplias facultades de apreciación, siendo su decisión irrecurrible.

Lo mismo: En nuestro país no existen disposiciones generales sobre el punto, por lo que en la mayoría de los casos la autoridad administrativa competente tiene amplio margen discrecional. Como limitación para la Administración Central, Servicios Descentralizados y Entes Autónomos, cabe mencionar la exigencia de la ley de Diciembre 31 de 1935, de que concurran a la licitación por lo menos cinco proponentes, lo cual obliga a invitar como mínimo otras tantas firmas. *5 ofertantes*

Ministerios: El decreto de Noviembre 21 de 1921, sobre procedimiento en las licitaciones restringidas que hagan los Ministerios dependientes en aquella época del Consejo Nacional, determina la forma de seleccionar los ofertantes, obligando a llevar un registro en que puedan inscribirse las casas competentes en cada clase de obras o trabajos (2), de las cuales se sortean cinco en cada caso, haciéndose entre ellas el pedido de precios (art. 1). *registros*

Me parece que ante la exigencia de la ley de 1935, relativa a concurrencia de cinco ofertantes como mínimo, para que el llamado sea válido, ha de entenderse derogada la limitación del sorteo a cinco casas, pues sólo en la hipótesis

(1) Véanse los detalles del procedimiento en: Legros, *op. cit.*, p. 53 s.; — Jéze, *Rev. cit.*, p. 285 s.; — Masson, *op. cit.*, p. 49 s.

(2) Aunque el decreto no lo dice expresamente, me parece que la Administración retiene facultades bastantes para juzgar, frente a cada pedido de inscripción, si la casa solicitante es o no competente, rechazándola si estima que no lo es.

de que todas ellas ofertaran (cosa poco frecuente) el acto sería válido (1).

(1) En las licitaciones restringidas (privadas) de la Proveduría del Municipio de Montevideo, sólo se pide precio a tres concurrentes o personas del ramo (art. 244), pero permitiéndose presentar propuestas a los que, a pesar de no hacerse publicaciones, se enteren de la licitación.

CAPITULO VII

La presentación de propuestas

88. **Confección de la propuesta.** — Los interesados en concurrir a la licitación, estudian la obra o servicio licitado y calculan su costo, redactando luego su oferta, que es presentada en el lugar y día indicados en los anuncios.

La confección de la propuesta constituye para los licitantes un acto de la mayor importancia, porque de ella depende el resultado de la licitación. Como resultará adjudicatario el que oferte más ventajosamente, lo que en la generalidad de los casos quiere decir ofrecer precio más bajo, hay que calcular minuciosamente el costo de la obra o suministro, agregando sólo un margen de utilidades razonables, pues de lo contrario los competidores estarán en la puja en mejores condiciones (1).

Con frecuencia el licitante sólo tiene que fijar el precio de la cosa licitada, pues todos los demás detalles del negocio

(1) Aunque generalmente se deja librado a los efectos generales de la competencia, la determinación del costo de la obra o suministro, en algunos países se colabora, fijando antes de la apertura de propuestas el precio límite, es decir, el precio máximo que pagará la Administración, el cual tiene que ser bajado o por lo menos igualado por alguno de los licitantes para que su oferta pueda aceptarse.

No encuentro realmente ventajas en el procedimiento, no sólo por lo difícil que resulta fijar con antelación el precio límite, que ha de corresponder al costo probable de la obra o suministro, pues toda estimación de esta naturaleza es sumamente arriesgada, sino porque la mejor defensa contra los precios excesivos está en la facultad de rechazo de todas las ofertas que siempre se reserva la Administración, sin necesidad de recurrir a la fijación de precios límites.

Sobre el precio límite véase Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 291 y 298.

han sido previstos en el pliego de condiciones. Pero también ocurre que además del precio, debe indicar otros pormenores de la negociación (plazos de entrega, forma de pago, etc.). Ello depende de la naturaleza de la cosa licitada, así como del carácter del pliego, si es analítico o sintético (*supra*, nº 74). Como principio general el licitante ha de establecer en su propuesta todos los detalles que exija expresamente el pliego, y aún los que no mencione, cuando sean necesarios para aclarar las condiciones de la operación (1).

El precio tiene que ser firme y estar claramente expresado. No es indispensable que sea fijo, pues caben los precios móviles siempre que sea posible determinarlos en cualquier momento por procedimientos aceptados en la práctica comercial (2). En cambio, es inadmisibles la fijación indeterminada que se haga en base a los precios que coticen los otros licitantes, o más concretamente, el licitante mejor colocado, bonificándolo en una cantidad o un tanto por ciento (3).

89. **Respeto de las cláusulas del pliego.** — Las cláusulas del pliego de condiciones constituyen normas de interés general y por lo tanto obligatorias para todos, incluso la pro-

(1) El decreto de Febrero 6 de 1911, exige que las propuestas expresen « el nombre y domicilio del proponente, la constancia de que se conoce el pliego de condiciones, la oferta del precio en cantidad de moneda nacional por todos o cada uno de los trabajos o artículos, según lo determine el pliego, la obligación de sujetarse a las condiciones de éste y la garantía que ofrece, si debiera ser personal, y el reconocimiento expreso de someterse a las leyes y Tribunales del país, con exclusión de todo otro recurso » (art. 5.).

Igual disposición contiene el decreto de Noviembre 16 de 1921, sobre licitaciones restringidas, y el Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales, art. 7.

(2) Así, por ejemplo, es válida la propuesta de suministro de cereales al precio que rija en el Mercado en la fecha de la entrega, con una rebaja de tanto; — o de petróleo y sus derivados, a los precios de tal o cual mercado; — o de hierro u otros productos, a la cotización del día; etc.

3) Decreto del Poder Ejecutivo de fecha Abril 25 de 1910. — Cf.: Caetano, *Manual de derecho administrativo*, Lisboa, 1937, p. 543; — Ingrassio, *Principii di contabilità di Stato*, Nápoles, 1930, p. 124.

pia Administración (*supra*, nº 72). Es éste un principio fundamental de este instituto (*supra*, nº 43) (1).

Por esa causa, los licitantes, al redactar sus propuestas, pondrán de su parte el mayor cuidado en excluir todo aquello que se separe de lo establecido en el pliego. Si así no lo hicieran, si no respetasen íntegramente las cláusulas del pliego, sus ofertas no podrían ser consideradas, resolviéndose la adjudicación en función exclusiva de las que estuviesen en condiciones (2).

Claro está que si se aplicara este criterio en forma absolutamente estricta, en infinidad de casos habría que rechazar la mayoría y quizás la totalidad de las propuestas, porque en algún detalle no han aceptado las exigencias del pliego, que cumplen debidamente en todo lo demás. Y esto ocurre con tanta más frecuencia cuanto más analítico es el pliego de condiciones (*supra*, nº 74) (3).

Por eso admítase que cuando el apartamiento de las cláusulas del pliego es sólo en cuestiones de detalle, sin trascendencia, respetándose el pliego en todo lo demás, especialmente en las prescripciones fundamentales, no existe inconvenien-

(1) A veces los mismos pliegos de condiciones o las disposiciones legales o reglamentarias, disponen que las propuestas respeten sus cláusulas estrictamente. Pero aunque no lo digan, los principios que inspiran este instituto (*supra*, nos 42 y 72) llevan a la misma conclusión.

(2) Cf.: Jèze, *Rev. cit.*, p. 293, 309 y 318, refiriéndose en general a todas las normas reglamentarias, sea que estén establecidas en el pliego de condiciones o fuera de él; — Delgado y Martín, *Contratos administrativos*, Madrid, 1899, 2a. ed., t. I, p. 66; — Masson, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, París, 1938, p. 95.

(3) Repárese que el único medio para salvar la dificultad, en caso de aplicarse estrictamente el criterio teórico enunciado, es confeccionar pliegos sintéticos, conteniendo el menor número de detalles posible, cuya determinación se dejaría librada a los licitantes, con lo que éstos podrían fácilmente presentar propuestas en un todo de acuerdo al pliego. Pero entonces se crea un inconveniente mucho mayor, porque ese amplio margen de libertad de los proponentes dificulta y a veces imposibilita la comparación de las propuestas y, por consiguiente, la adjudicación. Por eso el Consejo de Estado francés, con criterio muy equitativo, ha establecido firmemente que las irregularidades de poca monta no vician el procedimiento (véase lo dicho en el texto, e *infra*, nº 105).

te par que, si está en primer término, se le declare adjudicatario. Habría, sí, alguna pequeña irregularidad en la adjudicación; pero como es insignificante, de poca importancia, no dará lugar, consecuente con el criterio general sobre el punto (*infra*, nº 105), a nulidad alguna.

El mismo fundamento de esta solución aconseja ser más exigente en el cumplimiento del pliego cuanto más sintético es éste, pues a los licitantes les es más fácil acatarlo, y proceder con más benevolencia cuando el pliego es más analítico.

Conviene aclarar, también, que lo dicho en este número, sobre cumplimiento del pliego de condiciones, se extiende a las normas legales o reglamentarias que, aun no estando incluidas en aquél, rigen los procedimientos (*supra*, nº 76).

90. Presentación de las propuestas. — La presentación de propuestas puede hacerse en forma verbal o escrita. En el primer caso, como la palabra lo indica, los interesados, que comparecen personalmente al acto, expresan de viva voz el precio por el cual ofrecen hacer la obra o el suministro, aceptándose la propuesta más baja (1). En el segundo, en cambio, los interesados traen sus ofertas escritas, generalmente en pliegos cerrados, que entregan a la Administración (2).

(1) En Italia está consagrado este procedimiento. El verbal tiene lugar del siguiente modo: abierto el acto se encienden tres velas; si se extinguen las tres, sin recibirse propuestas, la licitación se declara desierta; en caso contrario, después de la tercera vela, se enciende una cuarta; si ésta se apaga sin oírse nuevas propuestas, el acto termina; si no, se enciende otra, otra y otra hasta que durante una de ellas nadie oferte, en cuyo caso el acto termina, declarándose adjudicatario al que cotizó en último término, o sea el más bajo. Véase sobre el punto, Ingresso, *Principii* ..., t. I, p. 126.

En Francia se utilizó durante mucho tiempo el sistema de las velas, pero en esta forma: se encendían tres velas seguidas, cerrándose el acto al extinguirse la última vela. En esas condiciones los comerciantes se apuraban a ofertar al ver que la vela estaba próxima a extinguirse, por el temor de perder el negocio, lo cual, en el calor de la puja, les hacía ofrecer precios descabellados. Véase Masson, *op. cit.*, p. 11 - 12

(2) También es posible un procedimiento mixto, verbal y escrito, como el que se utiliza en Portugal (*supra*, nº 27).

En general puede decirse que cabe cualquier sistema, según sea el

El procedimiento verbal, aplicable sólo en determinadas ocasiones (*supra*, p. 36, nota), no lo juzgo en general recomendable (1), porque en el calor de la puja los interesados ofrecen precios demasiado bajos, lo que luego crea serias dificultades, pues el adjudicatario trata de resarcirse en lo posible no cumpliendo el contrato en debida forma. La administración no debe pagar ni de más ni de menos: debe pagar lo justo.

Además, el procedimiento verbal permite que un licitante en condiciones de ofertar bajo, encontrando después de un rato de puja que no tiene más competidores, no reduzca aún más su precio. En cambio, si hubiera tenido que ofertar por escrito, ignorando hasta donde llegarían los otros, habría fijado el menor precio posible.

Tanto en el procedimiento verbal como en el escrito, cabe fijar una base o precio límite, es decir, que los interesados han de sobrepasar dicho precio para que se adjudique la licitación.

En nuestro país y lo mismo ocurre actualmente en la mayoría de las legislaciones extranjeras, se utiliza casi sin excepción el procedimiento escrito.

91. Continuación. — El procedimiento escrito está generalizado en nuestro país, casi sin excepción, según acaba de decirse. El día indicado los interesados entregan sus propuestas bajo sobre cerrado, ante la autoridad administrativa competente, la cual procede a abrirlos en presencia de todos, labrándose acta (2). Los detalles y formalidades del acto

régimen administrativo de cada país, sus prácticas comerciales, la cosa licitada, etc.

(1) En algunos casos da resultados, como en las ventas o arrendamientos de cosas al mejor postor, en las que el calor de la puja beneficia, sin perjudicar, a la Administración, al provocar un alza en las ofertas.

(2) Aunque las licitaciones son por naturaleza públicas, en el sentido que se da amplia publicidad a los procedimientos (*supra*, nº 4), conviene a veces realizar licitaciones confidenciales, es decir, licitaciones en que, siendo pública o restringida la admisión de licitantes (*supra*, nº 4), la presentación de ofertas se hace privadamente sin que

varían de un organismo a otro, aunque en la práctica se sigue en sus lineamientos generales el trámite indicado precedentemente. Como sobre este punto no existen normas obligatorias y generales, cada organismo tiene facultades para determinar la forma de proceder en el acto de presentación y apertura de las propuestas.

A sólo título de mayor información, pues el decreto de Febrero 6 de 1911 rige únicamente para las oficinas dependientes del Poder Ejecutivo, y porque, además, el análisis de estos puntos no tiene sino un interés práctico limitado, reseñaré muy brevemente las disposiciones de aquél en cuanto a presentación y apertura de propuestas (1).

En el día y hora fijados (2), las propuestas son recibidas y abiertas en presencia de los proponentes o de quienes lo representen. El acto se verifica, cuando se trata de licitaciones importantes, ante el Jefe de la repartición o su representante, y el Escribano de Gobierno, si es en la Capital, o el Actuario del Juzgado Letrado respectivo, si en los departamentos (3); si la licitación es de menos significación, re-

los interesados conozcan las ofertas de sus competidores, y haciéndoles saber únicamente quién resultó adjudicatario.

Las licitaciones confidenciales, cuya utilización requiere estar facultado para prescindir de la licitación pública, se recomiendan cuando se desea mantener en reserva los precios de los suministros, lo cual es muy necesario tratándose de organismos públicos comerciales e industriales, especialmente si actúan en competencia con empresas particulares.

(1) Tanto el Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales, como el Digesto Municipal de Montevideo, contienen disposiciones similares a las del decreto de 1911.

Por su parte, el decreto de Noviembre 16 de 1921, sobre licitaciones restringidas en las oficinas dependientes del Consejo Nacional, repite las prescripciones del decreto de 1911.

(2) Después de transcurrida la hora fijada no es posible aceptar nuevas propuestas. El punto es claro y no deja lugar a dudas. Véase, sin embargo, un interesante caso citado por Delgado y Martín, *Contratos administrativos*, Madrid, 1899, 2a. ed., t. I, p. 90, en el que se planteó la duda de si después de comenzar el reloj a dar las campanadas de la hora, y mientras no había terminado aún, era válida la presentación de propuestas, resolviéndose negativamente.

(3) Los Ministerios del Interior y de Guerra (hoy de Defensa Nacio-

quiérese sólo la presencia de los Secretarios de la repartición o funcionarios que hagan sus veces (dec. cit., art. 13).

De lo actuado se levanta acta, en la que se hace constar el nombre de los proponentes, el número del papel sellado de las fojas, el de los planos o muestras, los precios o cantidades de las ofertas en letras, el importe de las garantías depositadas por cada proponente, con expresión de la moneda o títulos, y las demás circunstancias que fueran necesarias o pidieran los interesados. Además el acta es firmada por todos los licitadores (dec. cit. art. 16) (1).

92. Requisitos para la presentación de propuestas.— La presentación de propuestas requiere en nuestro país el cumplimiento de varios requisitos formales. Es claro que aquí se mencionan sólo los establecidos con carácter general, para todas las licitaciones, o, por lo menos, para su gran mayoría. Por lo demás las autoridades administrativas competentes tienen facultades bastantes para imponer todo requisito que estimen necesario o conveniente.

En primer término, las ofertas deben ser presentadas personalmente por el proponente o quien lo represente, a la hora fijada en el pliego o los anuncios. Así lo establecen expresamente el decreto de Febrero 6 de 1911, art. 6; - el de Noviembre 16 de 1921, art. 2; - el Digesto Municipal de Montevideo; art. 199; - etc. Los organismos no alcanzados por las disposiciones citadas, incluyen en sus pliegos, por lo común, disposiciones análogas. Puede decirse, por lo tanto, que es un requisito exigido con carácter general en nuestro medio (2).

nal) han suprimido el requisito de la presencia del Escribano de Gobierno, según decreto de Junio 9 de 1925. Ignoro si existen resoluciones similares dictadas para los demás Ministerios.

(1) Estímase que tratándose de licitaciones públicas, puede concurrir al acto de recepción y aperturas de propuestas, todo aquél que lo desee, aun cuando no presente propuesta. Cf. Delgado y Martín, *op. cit.*, p. 94.

(2) Claro está que habiéndose establecido tales exigencias por simples resoluciones administrativas, es posible dejarlas sin efecto por la misma vía y permitir la presentación de propuestas de distinto modo. Cabría,

En segundo lugar, los licitantes tienen que exhibir al presentar sus propuestas, la patente de giro correspondiente al año en curso. No es éste, en realidad, un requisito especial de las licitaciones, sino general para todas las gestiones que hagan ante cualquier oficina pública, las personas sujetas al pago de patente de giro (1).

Como tercer requisito requiere la presentación de un certificado de la Caja de Jubilaciones de Servicios Públicos, acreditando que la firma está al día en el pago de los aportes patronales y obreros, o que ha regularizado debidamente el pago de los atrasos (2).

por ejemplo, autorizar la entrega de propuestas cerradas a la autoridad competente, antes de la hora de apertura, para ser abiertas durante el acto de recepción de ofertas, aún cuando el interesado no estuviese presente.

De cualquier modo, como exigencia mínima, requerida por la naturaleza propia de este instituto y en virtud de los efectos (derechos y obligaciones) que derivan de la concurrencia a la puja, es preciso que la propuesta esté debidamente firmada por el interesado o quién lo represente con facultades bastantes.

(1) La Ley de Patentes de Giro, de fecha Diciembre 26 de 1933, art. 32, dice: « Ningún magistrado, funcionario o empleado público podrá dar entrada, curso o trámite a gestión iniciada por persona sujeta al pago de patente de giro, sin la previa exhibición de la correspondiente al año en curso ».

Es interesante mencionar también, el decreto-ley de Mayo 30 de 1933, que en su art. 4 aclaró el punto relativo a la situación de las firmas extranjeras y la patente que han de pagar sus representantes o agentes establecidos en nuestro país. He aquí dicho artículo: « Tanto la Proveduría General de Muebles y Útiles, como las oficinas públicas que negocien con casas extranjeras, exigirán como condición esencial para recibir posiciones u ofertas de sus representantes, la exhibición de la correspondiente patente ».

(2) Ley Agosto 4 de 1933, art. 11: « A partir del 1º de Enero de 1934, las Empresas que deseen presentarse a cotizar en cualquier llamado a licitación correspondiente a algún organismo del Estado, deberán exhibir un certificado de la Caja de Jubilaciones de Servicios Públicos, que acredite que la firma está al día en el pago de los aportes patronales y obreros, o que sus atrasos hallanse regularizados mediante arreglos convenidos con dicho Instituto ».

Aunque la disposición parece clara, da lugar a dudas.

Es evidente que las empresas afiliadas a la Caja, obligadas a pagar los aportes patronales y obreros, tienen que presentar el certificado. Pero

93. **Continuación. Garantía de mantenimiento de propuesta.** — El cuarto requisito lo constituye la presentación de la garantía de mantenimiento de propuesta.

Nada más lógico que esta exigencia, por cuanto es lo único que da a la Administración, aparte de la confianza que inspire el licitante, seguridad de que se dará cumplimiento a las obligaciones que nacen de la licitación. Por ese motivo, se ha obligado siempre a los particulares que contratan con el Estado, a presentar garantía suficiente (1).

En todos los países se exige que los proponentes constituyan una garantía de mantenimiento de propuesta, en calidad de requisito de admisión. Esta garantía es distinta de la que otorga el adjudicatario de la licitación para asegurar el cumplimiento del contrato.

Por regla general se deja librado a las autoridades administrativas competentes, el determinar la forma de constituir la garantía, sus efectos, etc., lo cual verifican sea en disposiciones reglamentarias, sea en los pliegos de condiciones (2).

¿ cuál es la situación de las que no están afiliadas, y por lo mismo no tienen aportes que pagar ? Si bien la primera parte del art. 11 parece comprender a todas las empresas sin excepción alguna, la parte final da base a creer, al decir que en el certificado se hará constar que está al día en el pago de los aportes, que las no afiliadas, que ningún aporte tienen que hacer a la Caja, no necesitan presentarlo.

Pero esta solución da origen a un nuevo problema: determinar quiénes tienen obligaciones con la Caja y quiénes no. Habría que hacer fe en las manifestaciones que hicieran los licitantes. con lo que el régimen de garantías que quiso establecer la ley de 1933 prácticamente desaparecería. Para evitarlo se ha sostenido la necesidad de exigir un certificado negativo de la Caja, estableciendo que la firma solicitante no tiene obligaciones ubilatorias hacia ella.

Pero conviene destacar que es de dudosa legalidad sostener que ese artículo obliga a la presentación del certificado negativo. Hay indudablemente una deficiencia en su redacción, que conviene sea salvada por las autoridades administrativas competentes, incluyendo en los pliegos alguna cláusula al respecto, sea exigiendo la presentación del certificado negativo, sea estableciendo otra solución cualquiera.

(1) Sobre los orígenes de este requisito véase Ferreri, *L'asta pubblica nei contratti dei comuni*, Turín, 1901, p. 56.

(2) Cf. Varela, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1895, p. 179.

Así ocurre en nuestro país, en donde hasta la propia exigencia de este requisito ha quedado librada al criterio de la Administración.

Tiene por objeto, como su nombre lo indica, asegurar el mantenimiento de la propuesta durante el plazo estipulado y en caso de ser aceptada, garantizar la constitución de la garantía de cumplimiento de contrato y la firma de éste, si es que corresponde (1).

La garantía consiste comúnmente en un depósito de dinero, que se entrega a la Administración o se coloca a su orden (2). También se acepta con frecuencia el depósito de títulos de deuda pública u otros valores fácilmente realizables. Las otras clases de fianzas, como la hipotecaria o la personal, no son recomendables, porque su realización no es igualmente rápida.

Puesto que se trata de un requisito de admisión, la falta del depósito de garantía impide que se admita la propuesta u obliga su rechazo, si por inadvertencia se le hubiera dado curso (3). Tampoco puede dispensarse de su cumplimiento a ningún licitante, porque importaría favorecerlo injustamente, con desmedro de la igualdad que ha de reinar entre todos (4), a menos, claro está, que esa excepción hubiese sido acordada y hecha saber de antemano y por motivos justificados (5).

El depósito asegura el mantenimiento de la propuesta.

(1) Ferreri, *op. cit.*, p. 60.

(2) Los decretos de Febrero 6 de 1911 y Noviembre 16 de 1921, exigen un depósito del diez por ciento del importe calculado hasta mil pesos, y del cinco por ciento sobre el exceso.

El Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales, deroga los decretos citados en cuanto a este punto, exigiendo un depósito que oscile entre el medio y el tres por ciento del monto probable de la obra.

(3) Delgado y Martín, *Contratos administrativos*, Madrid, 1899, 2a. ed., t. I, p. 119.

(4) Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 291.

(5) Así, por ejemplo, se ha dispensado de la obligación de constituir depósito a los talleres de Obras Públicas, declarándose que siendo una repartición del Estado éste responde por aquél.

En caso de incumplimiento, sea por retirarse la oferta antes del plazo fijado, sea por no aceptar la adjudicación y negarse a cumplir el contrato, responde el proponente y la Administración tiene acción contra él. En cuanto a la forma de entablar la acción, efectos del incumplimiento, y en general, todo los detalles, hay que estar a lo que dispongan las disposiciones reglamentarias y el pliego de condiciones (1), los cuales conviene sean bien claros y explícitos, pues estos puntos son muy delicados.

Por lo común se establece la pérdida del depósito por el sólo hecho del incumplimiento, verificado lo cual queda íntegramente satisfecha toda reclamación. Otras veces la Administración se reserva el derecho de accionar por los daños y perjuicios, a más de retener el depósito. Si nada se dijera sobre el punto, estimo que la solución más aceptable es responsabilizar al proponente de los daños y perjuicios que originara con su incumplimiento, los cuales nunca podrían ser menores que el depósito de garantía, cuya pérdida se considera justa sanción para aquél (2).

94. Número mínimo de proponentes. — La norma general es que el llamado a licitación es válido sea cual sea el número de proponentes que concurren al mismo. Públicamente se convoca a todos los interesados a que concurren a la licitación; llegado el momento de la recepción y apertura de la propuestas, el acto se lleva a cabo con los que hayan presentado ofertas, y la Administración la adjudica a la más ventajosa de todas.

No obstante, como el propósito que se persigue con toda licitación, de conseguir la mejor oferta posible, se obtiene sólo parcialmente cuando han habido pocos licitantes, muy amenudo se limita aquel principio, estableciendo un mínimo

(1) Delgado y Martín, *op. cit.*, p. 119.

(2) Cf. Caetano, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, 1937, p. 546, aunque sin entrar a considerar el punto de si los daños pueden ser menores que el depósito de garantía, en cuyo caso habría que devolver éste, por lo menos parcialmente; — Masson, *op. cit.*, p. 81, con la misma salvedad que el anterior.

de concurrentes para que la licitación sea válida. Pero no existiendo disposición expresa en ese sentido, el acto tiene lugar cualquiera sea el número de postores.

En nuestro país se ha generalizado la costumbre de exigir en las licitaciones públicas la presencia de tres proponentes como mínimo (1), tratándose de un primer llamado, no estableciéndose limitación alguna para los llamados ulteriores. Numerosos decretos se han dictado en este sentido (2). Pero, vuelvo a repetirlo, no existiendo una resolución expresa, que exija un mínimo de proponentes, la licitación se lleva a cabo con cualquier número (3).

En las licitaciones restringidas, en cambio, la ley de Diciembre 31 de 1935, art. 1, parte final, exige como mínimo cinco proponentes. Pero la ley sólo rige para la Administración Central, Servicios Descentralizados y Entes Autónomos (supra, nº 52). Los demás organismos públicos tienen libertad al respecto, pudiendo determinar lo que estimen conveniente.

95. Inalterabilidad de las propuestas. — Después de presentadas las propuestas, queda perfectamente determinada

(1) Esta costumbre arranca del Reglamento de Noviembre 12 de 1831, cuyo art. 4 establecía que «no habrá remate mientras no concurran a él al menos tres propuestas distintas o separadas».

(2) Decretos de Febrero 6 de 1911, art. 9; — Noviembre 16 de 1921, art. 1; — Pliego General de obras públicas nacionales, art. 8; — Digesto Municipal de Montevideo, arts. 202 y 233. — El mismo criterio ha sido aceptado también en otros organismos.

En las tres primeras resoluciones se exceptúan los casos en que el pliego de condiciones disponga otra cosa; en el Digesto Municipal, en cambio, se permite en los pliegos aumentar el número de licitantes imprescindibles, pero no reducirlo.

(3) En los decretos de 1911 y 1921, así como en el Digesto Municipal de Montevideo, se exigen tres «proponentes», mientras que el Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales, se refiere a tres «propuestas». La diferencia puede tener importancia cuando una misma persona se presente con dos o más propuestas (un representante que actúe en nombre de distintas fábricas), porque entonces podría no haber tres proponentes, pero sí tres o más propuestas, siendo el llamado válido en un caso y nulo en el otro.

la posición de cada licitante y también de la Administración. Aquéllos no pueden modificar sus propuestas, ni mejorarlas, ni retirarlas; ésta, que después de publicados los avisos de la licitación ya se hallaba obligada a cumplir en ciertos aspectos el pliego de condiciones y demás normas que rigen este instituto, lo está ahora más que nunca, pues debe llevar adelante los procedimientos en todo de acuerdo a ellos (1).

No es posible modificar las propuestas posteriormente a su presentación, porque de lo contrario desaparecería totalmente la igualdad que debe existir entre todos los licitantes (2). En realidad desaparecería la licitación como garantía para los particulares y para la Administración, transformándose el procedimiento en una serie de tratativas privadas, pues los proponentes perdidosos no titubearían en modificar y mejorar sus ofertas con tal de conseguir el suministro o la obra (3).

(1) Delgado y Martín, *op. cit.*, p. 100; — Masson, *op. cit.*, p. 94. — La misma solución figura expresamente en el Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales.

(2) Cf.: Suprema Corte, 4 ab. 1914, *Jurisprudencia*, 1914, t. V, p. 79 s.: «Todo concurrente a una licitación — decía el Tribunal en la segunda instancia — tiene perfecto derecho a la inalterabilidad de las propuestas de los demás, una vez que se ha procedido a su presentación y apertura» (p. 84).

(3) El decreto de Febrero 6 de 1911, art. 15, dice textualmente así: «También se dejará constancia (en el acta) de las mejoras y proposiciones que no estén comprendidas en el pliego de condiciones, para ser apreciadas discrecionalmente por la autoridad que debe resolver en definitiva sobre la licitación».

Juzgo de muy dudosa legalidad la citada disposición, que interpretada con largueza, pero sin excederse del sentido natural de sus términos, echaría abajo todo el mecanismo de la licitación.

En efecto, podría la Administración, en base a ese artículo, aceptar ofertas de cosas no licitadas (proposiciones que no estén comprendidas en el pliego de condiciones), u ofertas de tal modo mejoradas, en comparación a lo exigido por el pliego, que en realidad constituyan ofertas distintas.

A mi juicio, para evitar tal consecuencia, es preciso declarar nulo dicho artículo, por ilegal, o, al menos, interpretarlo en el sentido de que las únicas mejoras y proposiciones no comprendidas en el pliego, que pueden considerarse, son las de detalle y accesorias a la cosa principal licitada.

la detalle
+ apto:

Pero consecuente con el criterio sobre apreciación de las irregularidades que se cometieran durante los procedimientos (*infra*, n° 105), así como el aceptado para las propuestas que en algún detalle se apartan del pliego (*supra*, n° 89), estimo que la Administración está facultada para gestionar del licitante mejor colocado, modificaciones de detalle para colocarse en condiciones de poder aceptar su propuesta.

af. de la situación
af. de la oferta

Pero es necesario que estas modificaciones no alteren la situación de los licitantes entre sí, es decir, que el adjudicatario con o sin las modificaciones, habría ganado igualmente la puja, por lo cual dicha mejora reporta sólo beneficios a la Administración y ningún perjuicio a los demás licitantes (1).

Tampoco es posible retirar las propuestas después de presentadas; el proponente tiene la obligación de mantener su oferta durante todo el tiempo que exige el pliego de condiciones o los reglamentos (2). Si no cumple, se vuelve responsable de daños y perjuicios, respondiendo en primer término con el depósito de garantía, y luego, si aún hace falta, con sus demás bienes.

Creo innecesario destacar la imposibilidad de dar entrada a nuevas ofertas con posterioridad a la apertura de propuestas. Ya se ha visto, por lo demás, que son inadmisibles aun mismo las ofertas presentadas apenas transcurrida la hora indicada en el pliego (*supra*, p. 130, nota 2).

(1) Hay que distinguir las aclaraciones a las propuestas, de las modificaciones. Estas, según se establece en el texto, no proceden por regla general; aquéllas, sí.

Pero la aclaración no debe dejar de ser tal, es decir, simple aclaración del contenido de la propuesta, para derivar en modificación o mejora. En efecto, con toda facilidad, es posible, por vía aclaratoria, intentar modificar o mejorar las ofertas primitivas.

Destaco, no obstante, que el Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales, prohíbe aun las aclaraciones.

(2) Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 295 y 304; — Masson, *op. cit.*, p. 94.



CAPITULO VIII

La adjudicación

96. **La decisión de adjudicación.** — La decisión de adjudicación es el acto de voluntad de la Administración, determinando cuál de las propuestas presentadas es la más ventajosa, y aceptándola a la vez, con lo cual el vínculo jurídico queda perfeccionado (*supra*, n° 41).

La decisión de adjudicación tiene, pues, un doble aspecto: en primer término y como consecuencia del estudio detenido que se ha hecho de las distintas propuestas recibidas, se elige la que más ventajas reporta a la Administración; en segundo lugar, pero simultáneamente, se declara aceptada dicha propuesta, cerrándose así el negocio.

Por su orden estudiaré ambos aspectos. En el n° 98 expondré el criterio a seguir en la elección de la mejor propuesta, y en los nos 99 s. los efectos de la adjudicación en cuanto a la formación del vínculo jurídico, etc.

97. **Quién adjudica. Trámite.** — Como norma general y en aplicación de los principios sobre competencia y jerarquía administrativa, corresponde al jerarca de cada servicio público, decidir la adjudicación. Este es el acto de mayor importancia en el procedimiento y del cual derivan fundamentalmente las obligaciones de la Administración, por lo que dicha solución se justifica sobradamente (*supra*, n° 68).

No obstante, dado el cúmulo de tareas que inciden sobre los jerarcas, especialmente en los grandes países, por ley o reglamento se delega esa facultad en determinados órganos

subordinados, bien dándoseles entera libertad de acción (1), bien reservándose el jerarca una función de contralor, que ejerce mediante el requisito de la aprobación, declarado necesario para que la adjudicación se vuelva definitiva (2).

A veces se requiere venia de otros órganos, especialmente del Poder Legislativo. Así ocurre en algunos países con ciertos contratos de mucha importancia (3).

Pero, conviene repetirlo, no existiendo disposición expresa que disponga lo contrario, el jerarca es el órgano naturalmente competente para decidir la adjudicación y con efecto definitivo, salvo los recursos que las leyes establezcan.

Como puede verse, en algunos casos la adjudicación está constituida por un sólo acto, una sola declaración de voluntad de la Administración (decisión del jerarca, o del subordinado cuando produce efectos definitivos), y en otros es un acto compuesto, integrado por varias declaraciones de voluntad (decisión del órgano subordinado y aprobación del superior; decisión del jerarca y venia de otro órgano; etc.), no perfeccionándose la adjudicación sino gracias al concurso de todas ellas (*supra*, nº 26).

En nuestro país, salvo algunas disposiciones especiales, cuya enumeración completa sería fatigosa e innecesaria porque constituyen cuestiones internas de la Administración, la costumbre ha sido no legislar en la materia. El jerarca de cada servicio es, pues, competente para pronunciar la decisión de adjudicación.

(1) Tal ha sido el procedimiento adoptado por el Poder Ejecutivo para las adquisiciones de la Intendencia General del Ejército y la Armada, en las que el Ministro sólo interviene cuando los interesados deducen el recurso jerárquico (*supra*, nº 69).

(2) Es el régimen seguido en las mayorías de las licitaciones en Francia, Italia, etc., donde el Ministro respectivo interviene sólo para aprobar o no aprobar la adjudicación, ya resuelta por órganos de menor jerarquía.

Hay que tener muy en cuenta esta circunstancia, por las consecuencias que se derivan en cuanto a los efectos de la decisión de adjudicación (*infra*, nº 99), etc., distintos de un país a otro según sea su legislación.

(3) Véase en Inghrosso, *Principii di contabilità di Stato*, Nápoles, 1930, t. I, p. 188, nómina de los contratos que en Italia requieren aprobación legislativa.

98. **Criterio para la adjudicación.** — La Administración tiene un camino perfectamente definido para la elección del proponente: ha de aceptar la oferta que ofrece condiciones más ventajosas (*supra*, nº 41). Mientras que los particulares disponen de entera libertad para contratar, pudiendo celebrar contratos con quienes prefieran, mismo aunque sus propuestas sean caras o inconvenientes, la Administración Pública, cuando procede por licitación, tiene limitada esta facultad de libre elección, estando obligada a aceptar la propuesta más ventajosa (*supra*, nº 38) (1). Si la Administración violara esta regla, que constituye el principio cardinal de este instituto, incurriría en evidente ilegalidad, dando lugar a las acciones que correspondiesen (2).

Generalmente la propuesta más ventajosa será la de más bajo precio. Esto ocurrirá, sobre todo, en las licitaciones en que el proponente sólo tiene que fijar el precio, estando todos los demás detalles establecidos en el pliego de condiciones. De ahí que muchos entiendan que el criterio para la adjudicación es elegir la propuesta más barata, lo cual sólo en parte es exacto, según acaba de decirse (3).

Amenudo los pliegos de condiciones contienen cláusulas estableciendo que la Administración se reserva el dere-

(1) Cf. Jèze, *Revue de droit public*, 1930, p. 293; — Delgado y Martín *Contratos administrativos*, Madrid, 1899, 2a. ed., t. I, p. 47, quien hace una salvedad en virtud de una disposición especial de la legislación española. — Véase el fallo de la Suprema Corte, 4 ab. 1914, *Jurisprudencia*, 1914, t. V, p. 101.

El mismo criterio inspiró la ley de Noviembre 3 de 1829, cuyo art. 3 prescribía la aceptación de la propuesta « que presentara más ventajas a los Fondos Públicos ».

(2) Jèze, *Rev. cit.*, p. 294.

(3) Véase este párrafo de la sentencia citada más arriba, nota 1, bien concluyente por cierto: « ... el costo no es el factor único a que debe atenderse para la apreciación de una propuesta; entran otros que hacen que muchas veces deba preferirse la que, a pesar de ser de mayor precio, ofrece más ventajas que las otras y más seguridades de buena calidad de la obra a ejecutarse. »

cho de elegir la propuesta que considere más conveniente, a su sólo juicio, sin que los licitantes puedan deducir reclamación alguna. Y créese que con una de estas cláusulas la Administración adquiere plena libertad de acción para elegir la propuesta que prefiera, considerándola la más conveniente, sea o no en la realidad de las cosas la más ventajosa.

Por mi parte opino que no es ese el alcance de dichas cláusulas, que interpretadas de ese modo anularían todos los principios que inspiran este instituto. La Administración adquiere en mérito de esas cláusulas — estimo que aun sin ellas tendría iguales, o por lo menos, casi iguales facultades — una gran libertad de apreciación sobre la mayor o menor conveniencia de las propuestas, facultad de apreciación no sujeta a revisión alguna; pero en ningún caso quedaría autorizada para prescindir de una oferta evidentemente más ventajosa, para adjudicarla a una inferior (1).

La Administración debe juzgar todas las propuestas con el mismo criterio. Si procediera de otro modo imposibilitaría toda justa comparación de las propuestas, violando la igualdad que ha de reinar entre los licitantes, lo cual constituye un principio fundamental de este instituto (*supra*, nº 42).

La elección del adjudicatario se hace entre las ofertas que están en debidas condiciones, o sea que han cumplido los requisitos de admisión (si es que el defecto pasó desapercibido en el acto de apertura de propuestas, *supra*, nºs 92-93), y respetado íntegramente las estipulaciones del pliego (*supra*, nº 89). Las restantes son declaradas inadmisibles y no se toman en cuenta (2).

(1) Es difícil dar reglas precisas, porque se trata de cuestiones de hecho, que es indispensable apreciar en cada caso concreto. Por ejemplo: sería poco menos que imposible justificar la elección de una oferta más cara, cuando el precio sea el único elemento a determinar por los licitantes, y ninguno hiciera salvedades en cuanto a las cláusulas del pliego.

(2) Cabe la posibilidad de que se presenten dos o más propuestas iguales. La hipótesis es factible y ocurre sobre todo cuando los proponentes sólo tienen que determinar el precio de la cosa licitada.

En algunos países se ha previsto el caso, disponiéndose, por lo general,

99. **Efectos de la adjudicación.** — Los efectos que produce la decisión de adjudicación varían substancialmente de un país a otro, y aun en un mismo país, según las leyes, decretos y pliegos de condiciones. Es decir, que no se pueden establecer normas aplicables a todas las licitaciones. Por esa misma razón, las opiniones de los autores sólo tienen valor respecto de la legislación que comentan, siendo difícil generalizarlas (1).

Si nada dicen las leyes, decretos o pliegos de condiciones, y la adjudicación es simple, es decir, está constituida por un sólo acto, su propia naturaleza lleva a la conclusión de que el vínculo contractual se perfecciona cuando se comunica al adjudicatario la decisión de adjudicación. Constituyendo ésta la aceptación de una propuesta, los principios generales en la materia, indican que el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega a conocimiento del proponente (2) (3).

que se haga una nueva puja entre los proponentes que están en igualdad de condiciones, para ver quién consiente la mayor rebaja. Tal es la solución aceptada en Francia e Italia (v. Jèze, *Rev. cit.*, p. 294; — Ingresso, *Principii* ..., p. 129). También puede recurrirse al sorteo entre los que empataron, o si no, determinarse que gana el que presentó primero su oferta (Delgado y Martín, *op. cit.*, p. 101, se inclina por esta solución).

En nuestro país no hay nada reglamentado sobre el punto. Estimo, por lo tanto, que conviene aplicar por analogía la solución más en boga en las legislaciones extranjeras, que es la de efectuar una nueva puja entre los que empataron, y adjudicar la licitación al que haga mayor rebaja.

(1) Así, por ejemplo, el vínculo contractual puede perfeccionarse, según lo establezcan las disposiciones pertinentes, al dictarse la decisión de adjudicación, al comunicarse ésta al interesado, al aprobar la adjudicación el superior jerárquico, o al firmarse el contrato. Cualquiera de estas soluciones procede; todo depende de lo que digan en forma expresa o implícita, las leyes, los reglamentos o el pliego de condiciones.

(2) Claro está que es perfectamente posible consagrar en las disposiciones legales pertinentes, otra solución cualquiera, según se ha dicho en la nota anterior.

(3) Si la adjudicación es un acto compuesto, como cuando se requiere aprobación de otro órgano, entonces el vínculo no se perfecciona hasta que ésta se produce. Tal es la solución aceptada en algunos países, como Francia e Italia, en los cuales la adjudicación es provisoria hasta que la aprueba el Ministro.

Sobre este punto consúltese cualquier tratadista, especialmente Jèze, *Rev., cit.*, p. 305; — Ingresso, *Principii* ..., p. 153 s.

Al perfeccionarse el vínculo nace para el adjudicatario la obligación de constituir la garantía de cumplimiento de contrato, en el modo y forma indicados en las leyes, decretos o pliegos de condiciones. Esta garantía sustituye a la de mantenimiento de propuesta, que caduca después de aceptada aquélla (1).

Algunas veces se exige la firma de contrato escrito, sin cuyo requisito el vínculo contractual no se perfecciona. Conviértese aquél, pues, en una formalidad que condiciona la validez de éste (2). Pero no exigiéndose expresamente este requisito, el vínculo jurídico queda perfecto una vez comunicada la adjudicación al interesado.

Por lo mismo que el vínculo queda perfecto al ser comunicada la adjudicación (siempre, es claro, que expresamente no se diga lo contrario) (3), tanto la Administración como el particular tienen acción por cumplimiento de contrato, pudiendo optar por ésta o por la de rescisión con daños y perjuicios.

100. Demora de la adjudicación. — La Administración necesita cierto tiempo para estudiar las propuestas y determinar la más conveniente. A tal efecto establécense generalmente en los pliegos, cláusulas indicando el plazo durante el cual los licitantes mantendrán sus ofertas (4).

(1) A menudo los pliegos de condiciones establecen que el incumplimiento de esta obligación da lugar a que se anule la adjudicación, perdiendo el interesado el depósito de mantenimiento de propuesta (v. Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales, art. 19; — Pliego General para la construcción de obras públicas municipales de Montevideo, art. 10). Depende de la redacción de la cláusula respectiva el que la Administración esté obligada a decretar la pérdida del depósito, como única sanción, o que pueda optar por exigir el cumplimiento del contrato.

(2) Cf. Delgado y Martín, *op. cit.*, p. 109, el cual entiende que ésa es la solución para las licitaciones en España.

(3) En Italia se ha discutido vivamente si se requiere firmar contrato después de la adjudicación o si ésta vale como contrato. El problema nace por algunas disposiciones particulares de la legislación italiana, y tiene gran importancia en ese país, pero carece de trascendencia respecto de las demás legislaciones. Véase entre otros Inghis, *Principii ...*, p. 154.

(4) Cuando nada se dice al respecto, conviene a los licitantes indicar

Mientras el plazo no ha vencido, los proponentes no pueden retirar sus ofertas, y si lo hicieran, responderían ante la Administración por daños y perjuicios, con el depósito de garantía en primer término (*supra*, n° 93).

En cambio, si la Administración demora su pronunciamiento, dejando vencer los plazos sin adjudicar la licitación, los proponentes no pueden obligarla a que se expida. La Administración se reserva siempre el derecho de rechazar todas las propuestas (*infra*, n° 101); luego no es posible exigirle que se pronuncie, aún cuando esté por vencer o haya vencido el plazo de mantenimiento de propuestas.

El único camino que les queda a los licitantes, es retirar sus propuestas, lo que han de hacer en el modo y forma establecidos en el pliego (1). Tal es la opinión consagrada unánimemente (2).

101. Rechazo de las propuestas. — Si la Administración considera inconvenientes las propuestas presentadas, las rechaza todas y vuelve a realizar otro llamado a licitación.

Admítase unánimemente que la Administración tiene facultades bastantes para resolver el rechazo de todas las propuestas, sin que los licitantes puedan alegar violación de derechos. Los proponentes quedan obligados frente a la Administración desde el momento de la presentación de propuestas (*supra*, n° 95), y tienen derecho a exigir que la adjudicación se haga conforme a las normas del pliego de condiciones y demás que rigen este instituto (*supra*, n° cit.). La Administración, por su parte, si bien tiene que cumplir fiel-

en sus propuestas durante qué tiempo las mantienen, porque así, no sólo se evitan equívocos, sino también el que la oferta quede en pie indefinidamente, pudiendo ser aceptada mucho tiempo después, cuando quizás el proponente ya no está en condiciones de cumplirla.

(1) A veces se establece que llegado el día fijado caducan las ofertas automáticamente; otras, que a pesar de transcurrir éste, las propuestas continúan firmes hasta que por escrito el interesado hace saber que la retira; etc.

(2) Jèze, *Rev. cit.*, p. 302 y 307; — Masson, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics.*, París, 1938, p. 115 s.

mente esas normas, no se obliga al cumplimiento del contrato sino después de la adjudicación.

Hasta ese momento está libre de todo compromiso y puede rechazar todas las propuestas, si considera que esa solución es la más ventajosa. Por eso los proponentes no pueden exigir a la Administración que les adjudique la licitación, ya que no tienen derecho a ello y si sólo un interés, una expectativa más o menos fundada (1).

Por lo común esta facultad de rechazo se consagra expresamente en las leyes, decretos o pliegos de condiciones. Pero aun cuando no exista cláusula semejante, la solución es la misma por aplicación de los principios que inspiran este instituto, pues siendo la adjudicación la aceptación de una oferta, la Administración es libre de aceptarla o no (2).

102. Segundo y ulteriores llamados. — Si la Administración, después de haber rechazado las propuestas presentadas o en caso de no recibir ofertas, sigue necesitando la cosa u obra licitada, no tiene otro camino que efectuar un segundo llamado.

Esta solución no surge de ningún texto expreso de nuestra legislación, tal como lo hay en otros países, pero es de fácil justificación. Ante todo, están los textos legales que prescriben el llamado a licitación, y que no autorizan a prescindir de este requisito por la única razón de haberse efectuado ya un primer llamado con resultado infructuoso. Además, en varias disposiciones se alude al distinto número de proponentes que se requieren según se trate de primer o segundo llamado (v. *supra*, n° 94), lo cual evidencia que en caso de resultar infructuoso aquél ha de llevarse a cabo éste, (3).

(1) Cf. *Jèze. Rev. cit.*, p. 306.; — *Ingresso, Principii ...*, p. 202; — *Delgado y Martin, op. cit.*, p. 105-106.

(2) Claro está que después del rechazo, y a menos que se configure la hipótesis de dos llamados infructuosos (*supra*, n° 62), la Administración se encuentra en la posición de partida, o sea que tiene que comenzar otro llamado a licitación.

(3) La ley de gobierno municipal de 1935, exige expresamente el segundo llamado, al declarar que después de éste cabe la contratación directa (*supra*, n° 66).

Y por último, los fundamentos dados para justificar la solución de que después de dos llamados a licitación infructuosos, puede prescindirse de esta formalidad (*supra*, n° 62), implican, a contrario sensu, que el segundo llamado es indispensable (1).

Desde luego que como no es obligación prescindir de la licitación después de dos llamados infructuosos, la Administración puede optar por autorizar un tercer, un cuarto y aún otros llamados, antes de entrar a contratar directamente.

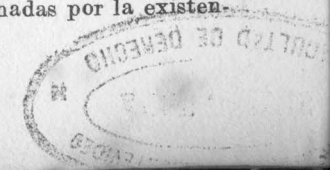
El segundo y los ulteriores llamados no se diferencian del primero, por lo menos en nuestra legislación, sino en el número mínimo de proponentes que se requiere para su validez. En efecto, mientras en el primer llamado, por lo general, se necesitan tres licitantes, el segundo y los ulteriores llamados son válidos sea cual sea el número de ofertantes (*supra*, n° 62). Por lo tanto, salvo en este aspecto, unos y otros se rigen por las mismas disposiciones, principios y reglas.

103. Firma del contrato. — Según se ha dicho *supra*, n° 99, a menos que exista disposición expresa en contrario, el vínculo contractual se perfecciona una vez que la adjudicación ha sido notificada al interesado. Es decir que a partir de este instante es posible exigir su cumplimiento. No se necesita extender contrato escrito, siendo suficientes las constancias del expediente administrativo, verdadero instrumento público, para probar su existencia (2).

(1) Claro que es perfectamente posible consagrar otras soluciones, incluso la de exigir sólo un llamado a licitación, o la de ampliar las garantías — a mi juicio innecesariamente — obligando a hacer tres o más llamados antes de permitir la contratación directa.

(2) No siempre ocurre así. En nuestro país el Pliego General para la construcción de obras públicas nacionales, art. 21, y el de obras municipales de Montevideo, art. 12, se inclinan en distinto sentido, pues exigen la firma del contrato como solemnidad, sin la cual el vínculo no queda perfecto, determinando que el adjudicatario omiso pierde la garantía de mantenimiento de propuesta, devolviéndosele la de cumplimiento de contrato si ya la hubiera depositado.

En Italia después de vivísimas discusiones, originadas por la existen-



No obstante conviene extender el contrato escrito a fin de concretar en un documento explícito y claramente redactado, cuales son las obligaciones y derechos nacidos de la licitación. Pero este contrato nada agrega ni quita al vínculo jurídico, limitándose a documentarlo debidamente.

104. **Recursos contra la decisión de adjudicación.**— Como en nuestro país todavía no ha entrado a funcionar el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no hay recursos tendientes a obtener, en caso de ilegalidad, la anulación de la decisión de adjudicación. Sólo es posible deducir el recurso de revisión o reconsideración, y, en caso de tratarse de un órgano subordinado, salvo disposición en contrario, el recurso jerárquico ante el superior (1).

Pero si la autoridad administrativa mantiene la decisión, no hay modo alguno de obtener su nulidad. Sólo queda el camino de reclamar ante la justicia ordinaria, por lesión de derechos, los daños y perjuicios que hubiera ocasionado la decisión ilegal (2).

Existe evidentemente lesión de derechos. Las personas que presentan propuestas adquieren, no el derecho de ser adjudicatario, pero si el de que la Administración adjudique la licitación respetando y cumpliendo el pliego de condiciones

de disposiciones contradictorias, la doctrina, fundándose especialmente en el nuevo Reglamento de 1934, se inclina por aceptar que el acta de adjudicación equivale en todo sentido al contrato escrito, Véase Ingrosso, *Principii* ..., p. 154 s.

(1) Así pasa con las adjudicaciones de la Intendencia General del Ejército y la Armada (*supra*, n° 69).

(2) Hago constar que no trato los recursos que caben contra las adjudicaciones de los municipios, regidos por las disposiciones pertinentes de la ley orgánica de Intendencia de 1935. Procedo en esa forma porque las soluciones admitidas en general para los demás organismos, variarían sensiblemente tratándose de los Municipios. Entonces, por causa de la falta de obras tratando los recursos contenciosos municipales, tendría que entrar a estudiar éstos detenidamente, para luego sacar conclusiones respecto de los recursos en las adjudicaciones, lo cual me demandaría una extensión desproporcionada al conjunto del trabajo y que saldría del propio tema de éste.

y las demás normas que rigen este instituto (*supra*, n° 72). Todo apartamiento de esta línea de conducta lesiona ese derecho y origina responsabilidad patrimonial de la Administración.

Quedan, también, los recursos generales de contralor y vigilancia de la gestión administrativa, como ser: tutela del Poder Ejecutivo y Senado sobre los Entes Autónomos, interpelaciones parlamentarias, etc., que ejercitados oportunamente podrían obligar a los órganos que procedan ilegalmente a rectificar su conducta.

Pero de cualquier modo, falta el recurso más útil para los administrados, o sea el de anulación, que tan gran resultado ha dado en otros países, como Francia, etc. Por esa circunstancia este tema sobre los recursos, que de existir el de anulación requeriría un gran desarrollo, tendrá una extensión mucho más limitada (1).

105. **Quando proceden los recursos.**— Como principio general, hay motivo suficiente para deducir los recursos, cuando se comete en los procedimientos una irregularidad. Tanto las disposiciones del pliego de condiciones, como las normas generales que rigen este instituto, son de interés general y por lo mismo de cumplimiento obligatorio (*supra*, n° 72). Por ese motivo toda irregularidad vicia los procedimientos y autoriza la interposición de los recursos que correspondan (2).

Así, incurriríase en nulidad si la Administración se apartara de lo establecido en las cláusulas del pliego de condiciones (*supra*, n° 72); o si aceptara una propuesta que no respeta íntegramente el pliego (*supra*, n° 89) o que no es la más ventajosa (*supra*, n° 98).

(1) Ingrosso, *Principii* ..., p. 135, y también los autores citados en la p. 62, nota 2.

(2) Véase la sentencia de la Suprema Corte, 4 ab. 1914, *Jurisprudencia*, 1914, t. V, p. 98, que con referencia a la presentación de certificados de capacidad en las propuestas, rechaza la tesis de que hay formalidades que interesan exclusivamente a la Administración, y que ésta podría no cumplir sin incurrir en ilegalidad.



Pero una aplicación demasiado rígida de este principio, llevaría a anular adjudicaciones por defectos u omisiones de ínfima importancia y sin consecuencias sobre el resultado final de la licitación. De ahí que el Consejo de Estado francés haya impuesto firmemente el criterio de que las irregularidades de poca monta, que no influyan sobre la situación de igualdad de los licitantes y que no tengan consecuencias sobre el resultado final, no bastan por sí solas para viciar los procedimientos, reservándose desde luego el mencionado Tribunal, amplias facultades para apreciar en cada caso concreto la importancia de la falta cometida (1).

Juzgo perfectamente aplicable a nuestro medio y para las acciones judiciales por daños y perjuicios, las conclusiones transcritas del Consejo de Estado francés. Por lo tanto, cuando se cometa una irregularidad de poca monta, sin consecuencias sobre el resultado final de la adjudicación, no existirá lesión de derechos que justifique el pedido de daños y perjuicios.

106. Quiénes pueden deducir el recurso. Objeto. — Los únicos que pueden reclamar daños y perjuicios en caso de adjudicación ilegal, son los licitantes perdidosos. En efecto, solamente éstos se han visto lesionados en sus derechos (de exigir que la adjudicación se haga conforme al pliego de condiciones y las demás normas que rigen este instituto, supra, nº 105), sin lo cual no cabe ninguna acción de daños y perjuicios.

(1) Cf. Jèze, *Rev. cit.*, p. 318 s.; — Masson, *op. cit.*, p. 138. — « El Consejo de Estado ha considerado que no debía, tampoco, declarar como principio general, que toda licitación en la cual las formalidades esenciales hayan sido violadas arbitrariamente, debe ser declarada nula, sin que pueda ir a averiguarse si la violación de esas formas pudo ejercer influencia sobre las relaciones entre los propios licitantes. Ha buscado siempre cuál ha podido ser la influencia de la violación de esas formalidades, sobre el resultado de la adjudicación ». « Se reserva, queda entendido, el derecho de examinar la importancia de la irregularidad cometida y su influencia sobre la adjudicación ». ROMIEU, conclusiones en el asunto Ballande, citado en Jèze, *Rev. cit.*, p. 318-319.

El día que comience a funcionar el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, será factible defender otras soluciones más amplias, extendiendo el número de los que pueden deducir recursos. Por ahora debemos limitarnos a sentar la premisa expresada en el párrafo anterior.

Como consecuencia del principio expuesto dedúcese que no hay recurso alguno contra la decisión que formaliza un contrato prescindiendo de este requisito, porque en la hipótesis, faltando licitación, no puede haber licitantes (*supra*, nº 49); — que ninguna importancia tiene el que el recurrente tampoco hubiera ganado la licitación de hacerse las cosas legalmente, pues había otros proponentes mejor colocados, porque lo que se protege no es sólo el interés del que está segundo en la puja, sino el general de todos los licitantes, que habiendo hecho gastos y perdido tiempo para presentarse a la licitación, tienen legítimo derecho a que todo se haga conforme a las normas legales (1); etc.

El objeto de la acción, por su propia naturaleza, no puede ser otro que reclamar los daños y perjuicios sufridos, o sea el reembolso de los gastos realizados para la confección de la propuesta y su presentación. En ningún caso — salvo alguna hipótesis excepcional — es posible reclamar daños originados por el perjuicio moral de perder la licitación, y menos aún, por la pérdida de posibles ganancias en caso de haber resultado adjudicatario (2).

(1) Cf. Legros, *Formation et résolution du marché de travaux publics*, París, 1912, p. 116.

(2) Cf. Jèze, *Rev. cit.*, p. 332; — Masson, *op. cit.*, p. 153.

INDICE

GENERALIDADES

7

1. Definición. — 2. Ventajas. — 3. Inconvenientes. — 4. Terminología. —

CAPITULO I**ANTECEDENTES HISTORICOS**

13

SECCIÓN I. — Derecho extranjero.

13

5. Derecho romano. — 6. Francia. — 7. Italia. España. — 8. Portugal. Argentina.

SECCIÓN II. — Legislación nacional.

16

9. Característica general de nuestra legislación. — 10. La ley de Noviembre 3 de 1829. — 11. La ley de Junio 25 de 1860. — 12. Decretos varios. — 13. Incumplimiento de las disposiciones legales. Nuevas resoluciones del Poder Ejecutivo. — 14. Las Juntas Económicas Administrativas. — 15. El decreto de Febrero 6 de 1911. — 16. El Pliego de Condiciones generales para la construcción de obras públicas. — 17. El decreto de Noviembre 16 de 1921. — 18. Decretos varios. — 19. Leyes especiales. — 20. La ley de Diciembre 31 de 1935. — 21. Régimen municipal. — 22. Ordenanza del Tribunal de Cuentas sobre licitaciones.

CAPITULO II**NATURALEZA JURIDICA DE LA LICITACION**

33

§ 1. — Desarrollo de una licitación.

33

23. Generalidades. — 24. Cómo se desarrolla una licitación pública. El pliego de condiciones. — 25. La presentación de propuestas. — 26. La adjudicación. — 27. Otras formas de presentación de propuestas. — 28. La mejora de propuesta.

§ 2. — **Distintas opiniones.** 37

29. Opinión de Hauriou. — 30. Opinión de Rostagno. — 31. Crítica. — 32. Opinión de Jèze. — 33. Crítica. — 34. Opinión de Fernández de Velasco. 35. Opinión de Delgado y Martín. — 36. Opinión de Caetano.

§ 3. — **Nuestra opinión.** 46

37. La licitación es un procedimiento. — 38. Tiene que ver con la formación del vínculo jurídico. — 39. Consecuencias sobre el contenido y efectos del vínculo jurídico. — 40. Partes principales del procedimiento. — 41. La decisión de adjudicación. — 42. Principios fundamentales de la licitación. — 43. Definición.

CAPITULO III

CUANDO HAY QUE PROCEDER POR LICITACION 55

§ 1. — **Normas generales.** 55

44. Regla general. — 45. Continuación. — 46. Consecuencias. — 47. Incumplimiento del requisito de la licitación. — 48. Continuación. Consecuencias. — 49. Continuación. Caso de las Intendencias Municipales.

§ 2. — **Poder Ejecutivo. Servicios Descentralizados y Entes Autónomos.** 63

50. La ley de Diciembre 31 de 1935. Norma general. — 51. Continuación. Casos no comprendidos por la ley. — 52. Continuación. Organismos alcanzados. — 53. Excepciones a la regla. — 54. Continuación. Suministros de productos amparados en privilegios. — 55. Continuación. Suministros de productos poseídos sólo por una persona o entidad comercial. — 56. Continuación. Adquisiciones o servicios que procedan directamente del Estado. — 57. Continuación. Compras de obras científicas o de arte. — 58. Continuación. Casos de urgencia. — 59. Continuación. Casos justificados para ciertos Entes Autónomos. — 60. Excepciones no previstas en la ley. — 61. Continuación. — 62. Continuación. Caso de varios llamados infructuosos. — 63. Obras por administración. — 64. Las licitaciones restringidas.

§ 3. — **Municipios.** 89

65. La ley de Intendencias de Octubre 28 de 1935. — 66. Norma general. Excepciones. — 67. Obras de vialidad.

CAPITULO IV

EL LICITADOR 93

68. Quiénes pueden llamar a licitación. — 69. La Intendencia General del Ejército y la Armada. — 70. La imputación previa.

CAPITULO V

EL PLIEGO DE CONDICIONES 97

71. Definición. — 72. Carácter de las estipulaciones del pliego. — 73. Igualdad para todos los interesados. — 74. Contenido del pliego. — 75. Pliegos generales y especiales. — 76. Normas no incluidas en el pliego. Cláusulas de inclusión obligatoria. — 77. Cláusulas ilegales. — 78. Publicaciones. — 79. Continuación.

CAPITULO VI

LOS LICITANTES 111

80. La concurrencia de ofertantes. — 81. Condiciones generales. Capacidad para contratar. — 82. Continuación. Ser comerciante del ramo. — 83. Inhabilidades públicas. — 84. Exclusión de las licitaciones. — 85. Continuación. — 86. Licitaciones restringidas. — 87. Procedimiento para la admisión de licitantes.

CAPITULO VII

LA PRESENTACION DE PROPUESTAS 125

88. Confeción de la propuesta. — 89. Respeto de las cláusulas del pliego. — 90. Presentación de las propuestas. — 91. Continuación. — 92. Requisitos para la presentación de propuestas. — 93. Continua-

ción. Garantía de mantenimiento de propuestas. — **94.** Número mínimo de proponentes. — **95.** Inalterabilidad de las propuestas.

CAPITULO VIII

LA ADJUDICACION

139

96. La decisión de adjudicación. — **97.** Quién adjudica. Trámite. — **98.** Criterio para la adjudicación. — **99.** Efectos de la adjudicación. — **100.** Demora en la adjudicación. — **101.** Rechazo de las propuestas. — **102.** Segundo y ulteriores llamados. — **103.** Firma del contrato. — **104.** Recursos contra la decisión de adjudicación. — **105.** Cuando proceden los recursos. — **106.** Quiénes pueden deducir el recurso. Objeto.

