TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO CENTROAMERICA Y MÉXICO

PRÓLOGO: JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
KARLOS NAVARRO MEDAL

TOMO

III

LA REGULACIÓN SOBRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN MEXICO Y CENTROAMERICA

JORGE FERNANDEZ RUIZ - HENRY MEJIA
EDMUNDO ORELLANA - KARLOS NAVARRO
ERNESTO JINESTA LOVO

EDITORIAL HISPANOAMERICANA

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO CENTROAMERICA Y MÉXICO

PRÓLOGO: JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
KARLOS NAVARRO MEDAL

TOMO

III

LA REGULACIÓN SOBRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN MEXICO Y CENTROAMERICA

JORGE FERNANDEZ RUIZ - HENRY MEJIA
EDMUNDO ORELLANA - KARLOS NAVARRO
ERNESTO JINESTA LOVO

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS SUPERIORES
IIES
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS DE ORIENTE Y MEDIODÍA GRANADA, NICARAGUA
"Universitas Granadensis"
EDITORIAL HISPANOAMERICANA

Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía

Rector
Dr. Roberto Ferrey

Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores

Director
Karlos Navarro

Equipo Editorial

Autores	:	Varios
Cordinación editorial	:	Karlos Navarro
Diseño de interiores	:	Freddy Aviles C.
Diseño de portada	:	Freddy Aviles C.

ISBN: 978-99924-21-27-0

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© IIES, 2019

El Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES), es una institución adscrita a la Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía, dedicada a la promoción de estudios de posgrados en diversas areas del conocimiento.

iiescontrolacademico@gmail.com

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES).

INDICE

PRÓLOGO 11

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO MEXICANO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
Jorge Fernández Ruiz 13

I. LA REGULACIÓN EN LOS PRIMEROS AÑOS DE VIDA INDEPENDIENTE.....13

II. LA REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1857 14

III. LA REGULACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL SIGLO XX.....15

IV. LA REGULACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL SIGLO XXI 29

V. LA FIGURA DEL TESTIGO SOCIAL 41

VI. CONSIDERACIÓN FINAL.....43

LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR
Henry Alexander Mejía.....45

1. Aspectos introductorios de la contratación administrativa en El Salvador.....45
   1.1 Aspectos generales.....45
   1.2 Delimitación conceptual 47
2. Evolución del régimen jurídico de la contratación administrativa en El Salvador.....48

2.1 Primeros antecedentes....48
2.2 La dispersión de leyes en la contratación administrativa....49
2.3 Modernización de la regulación jurídica de los contratos administrativos....52
2.4 Estructura Institucional de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública....54
3. Tipos de contratos administrativos regulados en la LACAP....55
3.1. Contrato de obra pública....55
3.2 Contrato de suministro....56
3.3 Contrato de consultoría....57
3.4 Contrato de concesión de obra pública....58
3.5 Contrato de concesión de servicio público....59
3.6 Contrato de concesión de recursos naturales y subsuelo....59
3.7 Contrato de arrendamiento de bienes muebles....59
4. Elementos de los contratos administrativos....60
4.1 Sujetos....60
4.2 El consentimiento....62
4.3 Objeto....63
4.4 Causa....63
5. Procedimientos para la formación de los contratos administrativos....64
5.1. La Licitación Pública y el Concurso Público....64
5.2. Naturaleza jurídica y fines de la licitación....65
5.3. Principios de la Licitación....66
5.4 Fases de la licitación pública y del concurso público....67
5.4.1. Autorización presupuestaria....68
5.4.2. Preparación de las bases de licitación....68
5.4.3. Publicación de la convocatoria....68
5.4.4. Presentación y apertura de las ofertas....69
5.4.5. Evaluación de las ofertas y adjudicación....70
5.4.6. Perfeccionamiento y formalización del contrato....71
5.5. Otras formas de contratación administrativa....71
5.5.1. Libre gestión....71
5.5.2. La contratación Directa....71

6. Ejecución de los contratos administrativos 73
6.1 Principios generales 73
6.2 Prerrogativas de la Administración en la ejecución de los contratos 74
7. Extinción de los contratos administrativo 75
8. Formas para resolver conflictos derivados de los contratos administrativos 78
BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA 79

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN HONDURAS
Edmundo Orellana 81

I INTRODUCCIÓN 81
1. Regulación 81
1.1. Jerarquía normativa 82
1.2. Ámbito de aplicación de la LCE 83
1.3. Supletoriedad de la LCE 83
1.4. Materias excluidas de la LCE 84
II LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN 85
1. Los principios que rigen en estos procedimientos 85
2. Los procedimientos 86
2.1. Licitación 86
2.2. Concurso 91
2.3. Contratación Directa 95
III LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS 97
1. Los Contratos 97
1.1. Contrato de Obra Pública 97
1.2. Contrato de Suministro 102
1.3. Contrato de Consultoría 109
2. LAS GARANTÍAS 111
3. Formalización 116
4. Perfeccionamiento 118
5. Aprobación 119
6. Cesión 120

7. Subcontratación....121
8. Prerrogativas de la Administración....121
9. Derechos de los contratistas....126
10. LA TERMINACIÓN....127
11. Revisión....131
12. Arbitraje....131

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN NICARAGUA
Karlos Navarro....132

1. La figura del contrato administrativo....133
2. Ámbito de aplicación....135
3. Principios de la contratación....138
4. Requisitos previos para contratar....140
5. Órganos de la contratación....143
6. Procedimiento de la Contratación Administrativa....146
   6.1. Procedimientos de contratación....147
   6.2. Etapas comunes del procedimiento de contratación administrativa....147
   6.3. Requisitos previos al inicio de una contratación....148
   6.4. Etapas y procedimientos de la licitación pública....150
      6.4.1. Fase preparatoria....150
      6.4.2. Fase esencial....152
      6.4.3. Fase integrativa.....159
7. Recursos administrativos en materia de contratos administrativos....163
   7.1. Recursos administrativos según la Ley 737 y su Reglamento....165
8. Tipos contractuales....170
   8.1 El contrato de obra pública (Arts. 80 LCASP y arts. 252 al 270 de su Reglamento. 170

8.2. El contrato de suministro de bienes (arts. 81 LCASP y arts. 271 al 283 de su Reglamento 178

8.3. El contrato de servicios (arts. 87 LCASP. Arts. 80 al 83 LCM y arts. 71 al 74 RLCM) 182

8.4 Los contratos profesionales de consultoría (Artos. 88 al 89 LCASP. Artos. 153 al 162 RLCASP) 183

8.5 Los acuerdos marco (Art. 84 al 86 LCASP, 284 al 295 RLCASP) 189

9. Sanciones en materia de contrataciones administrativas 195

9.1. Sanciones en materia de contrataciones administrativas según la LCASP 196

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA

Prof. Dr. Ernesto Jinesta L. 203

I. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL[53] 203

1. Fundamento constitucional 203
2. Cobertura subjetiva y excepciones al régimen de la contratación administrativa[55] 204
3. prohibiciones[56] 205
4. Principios 206
5. Preparación y formación del contrato: Procedimientos de contratación 206
6. Formación del contrato administrativo 207
7. Perfección y formalización del contrato administrativo 208
8. Ejecución del contrato administrativo 209
9. Extinción del contrato administrativo 210
10. Contratos administrativos típicos y atípicos 210

II. Régimen en el Tratado de Libre Comercio (TLC) República Dominicana-Centroamérica- Estados Unidos de América[57] 211

1. Régimen de cobertura 211
2. Régimen de excepción 217
3. Principios de los procedimientos de contratación 220

4. Determinación del procedimiento de contratación 226
5. Formación y perfección del contrato público 232
6. Régimen de impugnación en los procedimientos de contratación.....238

AUTORES

Jorge Fernández Ruiz

Abogado, licenciado en economía. Maestro en Administración Pública. Doctor en Derecho. Profesor de la UNAM y otras 21 universidades de México y del extranjero. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e integrante del Sistema Nacional de Investigadores**.** Es considerado el más importante iusadministrativista de la segunda mitad del siglo XX de México. Ha publicado una considerable cantidad de libros y artículos en toda Iberoamérica.

Henry Alexander Mejía

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, con premio extraordinario (2006), profesor titular de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. Profesor de diferentes postgrados impulsados en El Salvador. Profesor galardonado por 5 ocasiones por la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad de El Salvador. Profesor ganador como Tutor en el primer concurso de Derechos Humanos en la práctica de Derecho Administrativo, en el nivel centroamericano e internacional auspiciado por la Fundación Konrad Adenauer (2011) Ex director del Departamento de Derecho Público de la Universidad de El Salvador. (2007-2011) Capacitador de la Escuela Judicial. Conferencista en diversos Congresos nacionales e Internacional, consultor en temas de Derecho Administrativo, Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro de Honor de la Academia de Jurisprudencia y Legislación Nicaragüense y de la Asociación de Derecho Administrativo de México.

Edmundo Orellana

Se desempeña como Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNAH desde 1976. Es Abogado, con un doctorado en Bolonia, Italia. Ha laborado como Magistrado en la Corte de Apelaciones de lo Contencioso- administrativo, primer Fiscal General de la República, Embajador ante la ONU, diputado propietario y Secretario de Estado en los Despachos siguientes: Gobernación y Justicia; Relaciones Exteriores; y, Defensa. Actualmente alterna la cátedra con el ejercicio profesional.

Karlos Navarro

Doctor en derecho Administrativo, Universidad de Salamanca, España. Máster en Administración Pública y Contrataciones del Estado, Universidad de Castilla la Mancha, España. Ha sido el coordinador de las redacción de las iniciativas de ley: Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común, Ley de Justicia Contenciosa Administrativa y Ley de Administraciones Electrónicas. Director del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores, adscrito a la Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodia.

Ernesto Jinesta L

Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD), Director y profesor programa doctorado UELD, Doctor en Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, Presidente Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, Presidente Academia Costarricense de Derecho, Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, www.ernestojinesta.com

PRÓLOGO

Para los coordinadores de esta obra colectiva su publicación supone un enorme orgullo y un verdadero honor haber podido contar con la valiosísima colaboración de tan prestigiosos autores, verdaderos especialistas en cada uno de sus países en materia de contratación pública y, sobre todo, haber unido en el libro a estos países hermanos y a los que tantos lazos unen entre sí.

Ha sido un lujo poder contar con la destacada participación de los Profesores Jorge Fernández Ruíz, Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro y Ernesto Jinesta.

El libro que ahora se presenta tiene como principal objetivo ofrecer un panorama general de la más reciente evolución legislativa y de la normativa vigente, así como de las reglas claves de funcionamiento, de los sistemas nacionales de los contratos administrativos.

Se abordan de esta forma en la obra los principales problemas que hoy se plantean en una materia de tanta importancia económica, jurídica y social en la actualidad.

En efecto, las compras de bienes y servicios y el encargo de la realización de obras públicas al sector privado por parte de las Administraciones públicas y las entidades y organismos dependientes de ellas significan entre el 10 y el 20 por ciento del Producto Interior Bruto de los países de Iberoamérica. En la Unión Europea suponen más del 19 % del PIB.

Pero más allá de estos datos, la contratación pública desempeña un papel clave en el desarrollo de los países, en la lucha contra la corrupción o en la mejora del entorno empresarial y las condiciones para que las empresas innoven.

La política de contrataciones públicas debe garantizar un uso eficaz y eficiente de los fondos públicos y adaptarse al mismo tiempo a la evolución del contexto político, social y económico.

Una adecuada aplicación de la legislación contractual permite incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio. Unos procedimientos racionales y eficientes benefician a todos los operadores económicos y facilitan la participación de las pequeñas y medianas empresas en las licitaciones.

La contratación pública constituye uno de los ámbitos en los que el desarrollo del Derecho Global ha llegado más lejos. La tendencia hacia la elaboración de un Derecho común que discipline las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, se aprecia hoy claramente en el Derecho de la Unión Europea y en importantes disposiciones internacionales cuyo principal objetivo consiste en asegurar el respeto de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación en la contratación pública.

En este sentido, hay que destacar las normas de este tenor aprobadas en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública) y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La transparencia y la publicidad son armas muy eficaces en la fundamental lucha contra la corrupción y los fraudes de todo tipo respecto de los fondos públicos. Por ello, la existencia de procedimientos claros e iguales para todos, la ausencia de ambigüedad en las cláusulas contractuales, la desaparición de las condiciones de inmunidad e impunidad para muchos infractores, son argumentos en apoyo del establecimiento de rigurosos sistemas procedimentales y de control de la contratación pública.

El libro que el lector tiene entre sus manos pretende también ser una contribución a un Derecho comparado desgraciadamente hasta ahora muy poco desarrollado en Centroamérica y, en general, en América Latina. Todos los autores del libro hemos puesto para ello nuestra mayor ilusión y esfuerzo.

José Antonio Moreno Molina y Karlos Navarro Medal
Profesores Doctores de Derecho Administrativo
Cuenca (España) y Managua (Nicaragua)

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO MEXICANO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Jorge Fernández Ruiz

Al inicio del México independiente, el nuevo Estado careció de un orden jurídico propio, por lo que se vio en la necesidad de mantener la normativa jurídica colonial en cuanto no se opusiera a su independencia.

I. LA REGULACIÓN EN LOS PRIMEROS AÑOS DE VIDA INDEPENDIENTE

Las primeras disposiciones expedidas para normar los contratos del Estado versaron sobre empréstitos públicos, como lo podemos advertir en los decretos del Soberano Congreso Constituyente (1822-1823) de 25 de junio de 1822,[1] 1º de mayo[2] y 27 de agosto de 1823[3], así como en la fracción XI del artículo 13 del Acta Constitutiva de 1824,[4] a las que luego se agregaron las relativas a la obra pública, contenidas en

[1] Dublán, Manuel y Lozano, José María, Legislación mexicana, México, Imprenta del Comercio, México, 1876, t. I, p. 617.
[2] Idem, t. I, p. 647.
[3] Idem, t. I, p. 666.
[4] Tena Ramírez, Felipe, Leyes fundamentales de Mëxico, 24ª ed., México, 2005, Porrúa, pp. 155 156.

las leyes de 9 de octubre de 1826[5] y 29 de marzo de 1834 (Ley sobre apertura y mejra de caminos),[6] así como el Decreto sobre cpnstrucciónde caminos y su Rglamento de 24 de septiembre de 1842.[7] Esa normativa incipiente se caracterizó por su vaguedad, imprecisión y falta de sistematización.

II. LA REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1857

En su artículo 72, lLa Constitución de 1857 facultó al Congreso de la Unión para dar bases bajo las cuales el Ejecutivo Federal pudiera contratar empréstitos sobre el crédito de la nación, así como para dictar leyes sobre vías generales de comunicación en las que se reguló el contrato de obra pública.[8]

Durante la dictadura de Porfirio Díaz, la corrupción se adueñó de la contratación pública mediante el robustecimiento de la figura del *contratista favorito* introducida años atrás por el dictador Antonio López de Santa Anna, designación que recayó en el súbdito inglés Weetman Dickinson Pearson.

La investigadora británica de la Universidad Autónoma Metropolitana Priscilla Conolly, coterránea de Pearson, nos da una idea de la magnitud de la obra pública contratada por la dictadura porfirista con su contratista favorito, al señalar:

Para dar una idea del grado de concentración de estos contratos en manos de la Pearson, basta señalar que por lo menos la tercera parte de la desuda pública destinada ala inversión pública, equivalente a dos terceras partes de la inversión no ferrocarrilera, se gastó en obras contratadas con esta constructora.

[5] Idem, t. I. p. 800.
[6] Idem, t. II, p. 687.
[7] Dublán, Manuel y Lozano, José María, op. cit. p. 268 a 273.
[8] Idem, pp. 617 a 619.

III. LA REGULACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL SIGLO XX

CONSTITUCIÓN DE 1917

Incluyó la Carta de 1917 diversas disposiciones relacionadas con la regulación de las concesiones y los contratos administrativos, contenidas en los artículos 27, 73, 126 (conforme al cual se requirió contar con partida presupuestal para celebrar cualquier contrato que implicara cargo al erario) y 134, este último impuso la obligación de adjudicar en subasta, mediante convocatoria, los contratos de obra pública, en un intento de frenar la corrupción y favoritismo imperantes en el régimen depuesto.

LEY DE SECRETARÍAS DE ESTADO (DOF13 de abril de 1917)

La Ley de Secretarías de Estado de 13 de abril de 1917, publicada al día siguiente en el Diario Oficial de la Federación, en su artículo 11 asignó a cada una de las Secretarías y Departamentos la competencia para la construcción y contratación de obra pública, con sujeción al artículo 134 constitucional, correspondiente a sus respectivos ramos; así, por ejemplo, a la Secretaría de Guerra y Marina le correspondió la competencia para la obra pública concerniente a escuelas militares, escuelas náuticas, hospitales militares, fortalezas, cuarteles, fortificaciones, arsenales, diques, depósitos y almacenes militares, y a la Secretaría de Comunicaciones la relativa a puentes, calzadas y canales construidos a expensas de la Federación; caminos carreteros nacionales, obras de los puertos y faros; monumentos públicos y obras de ornato costeados por la Federación; obras en el Palacio Nacional y en el Castillo de Chapultepec, y construcción del Teatro Nacional y del Palacio Legislativo.

LEY DE SECRETARÍAS DE ESTADO (D.O.F. 25 de diciembre de 19-17)

Por su parte, la subsiguiente Ley de Secretarías de Estado de 25 de diciembre de 1917, en su artículo 16 dispuso que la construcción de

las obras materiales de las secretarías, departamentos y demás dependencias de la Federación, quedaran a cargo de la Secretaría de Comunicaciones, con apego a los planos aprobados por el ramo respectivo, excepción hecha de las fortificaciones, las cuales quedaron a cargo de la Secretaría de Guerra.

En lo relativo a los contratos de adquisiciones y aprovisionamientos de la administración pública, la ley en comento dispuso:

Art. 12.- Corresponde al departamento de Aprovisionamientos Generales, la adquisición por compra o fabricación, de todos los elementos necesarios para el funcionamiento de las dependencias del Gobierno Federal, con las siguientes excepciones:

I. La Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas queda autorizada para adquirir los materiales de construcción, la herramienta y los materiales necesarios para la construcción de obras nacionales.

II. El Departamento de Establecimientos Fabriles, y Aprovisionamientos Militares, queda autorizado para adquirir las materias primas, herramientas y maquinaria necesaria para su funcionamiento.

LEY DE SECRETARÍAS DE ESTADO, DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS Y DEMÁS DEPENDENCIAS DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL (DOF 6 de abril de 1934)

Publicada el 6 de abril de 1934, la Ley de Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y demás Dependencias del Poder Ejecutivo Federal, de 22 de marzo de dicho año, no hizo alusión directa a los contratos administrativos, en razón de la competencia de las dependencias del Ejecutivo.

LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO (DOF 31 de diciembre de 1935)

La primera Ley de Secretarías y Departamentos de Estado se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1935, y fue

sucesivamente sustituida por las de igual nombre publicadas el 30 de diciembre de 1939, el 13 de diciembre de 1946, y el 24 de diciembre de 1958, la última de las cuales fue abrogada por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada el 29 de diciembre de 1976.

La primera de las referidas leyes orgánicas, en su artículo 4°, confería expresamente el control de los contratos de la administración pública federal a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al asignarle la autorización de actos y contratos de los que derivaran derechos u obligaciones para el gobierno federal.

Atribuyó a la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, entre otras cuestiones, lo relacionado con construcción, reconstrucción, conservación, y explotación de caminos y puentes; y construcción, reconstrucción y conservación de edificios públicos, monumentos y todas las obras costeadas por la Federación, excepto las de carácter estratégico en el ramo de guerra, las cuales fueron encomendadas a la Secretaría de Guerra.

LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO (DOF 30 de diciembre de 1939)

La Segunda Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, expedida, como ya se dijo, el 30 de diciembre de 1939, no introdujo mayor modificación en el tema de los contratos administrativos.

LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO (DOF 7 de diciembre de 1946)

Publicada el 7 de diciembre de 1946, la tercera versión de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado creó la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, a la que atribuyó el control de los contratos de la administración pública, al disponer:

Artículo 15.- Corresponderá a la Secretaría de Bienes e Inspección Administrativa el despacho de los asuntos relacionados con la con-

servación y administración de los bienes nacionales, con la celebración de los actos y contratos de obras de construcción que se realicen por cuenta del Gobierno Federal, de los Territorios Federales y del Departamento del Distrito Federal; con la vigilancia de la ejecución de los mismos y la intervención en las adquisiciones de toda clase. Igualmente será de su competencia realizar los estudios y sugerir las medidas tendientes al mejoramiento de la administración pública.

LEY DE SECRETARÍAS Y DEPARTAMENTOS DE ESTADO (DOF 24 de diciembre de1958)

Finalmente, la cuarta versión de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, publicada el 24 de diciembre de 1958 (abrogada por el artículo primero transitorio de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada el 29 de diciembre de 1976), encomendó el control interno de los contratos administrativos de las secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la Secretaría de la Presidencia –de nueva creación-, y a la del Patrimonio Nacional, que sustituyó a la de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa.

LEY PARA EL CONTROL, POR PARTE DEL GOBIERNO FEDERAL, DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL (DOF 31 de diciembre de 1970)

Figuraron también dentro de la normativa de los contratos administrativos de la administración pública federal las tres Leyes para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, la primera de las cuales se publicó en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1947, la cual atribuyó a la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa una amplia intervención en los procedimientos de contratación administrativa de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, al ordenar:

Art 11.- La Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, intervendrá en la selección de contratistas, formulación de

contratos de obras e inspección de las mismas, que se lleven a cabo en los organismos y empresas objeto de esta Ley, de acuerdo con los términos de la Ley de Inspección Administrativa [sic], cuando el importe de las obras objeto del contrato, excedan del límite que señale el Ejecutivo. […]

LEY PARA EL CONTROL, POR PARTE DEL GOBIERNO FEDERAL, DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL, (DOF 4 d abril de 1966)

La segunda versión de la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, publicada el 4 de enero de 1966, no introdujo innovaciones en materia de contratación administrativa.

LEY PARA EL CONTROL, POR PARTE DEL GOBIERNO FEDERAL, DE LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS Y EMPRESAS DE PARTICIPACIÓN ESTATAL (DOF 31 de diciembre de 1970)

En cambio, la tercera versión de la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, publicada en el diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1970, contuvo disposiciones destinadas a normar la adquisición, venta o permuta de bienes inmuebles de dichas instituciones, así como la celebración, registro y revisión periódica de los contratos de arrendamiento de tales bienes, así como la participación de la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales y la Secretaría del Patrimonio Nacional en esas operaciones.

Destacan entre los ordenamientos legales que regularon la actuación de la administración pública respecto de la celebración, control y vigilancia de sus contratos –así como del cumplimiento de los mismos-, entre 1917 y la década de los setenta del siglo XX, las leyes anuales de ingresos de la Federación, la Ley Orgánica del Presupuesto público –publicada el 31 de diciembre de 1935-, la Ley de Servicio de Inspección Fiscal –publicada el 13 de abril de 1936-, y sobre todo, las leyes de inspección de adquisiciones y las leyes de contratos de obra pública.

LEY DE INSPECCIÓN DE ADQUISICIONES (DOF 14 de diciembre de 1965)

La Ley de Inspección de Adquisiciones de diciembre 14 de 1965, publicada el 30 de diciembre de 1965, puso expresamente bajo control y vigilancia del Ejecutivo Federal, a las adquisiciones de mercancías, de bienes muebles y de materias primas que efectuaran las secretarías y departamentos de Estado, el Departamento del Distrito Federal, los gobiernos de los territorios federales, las empresas de participación estatal y los organismos públicos, entendiendo por estos últimos las comisiones, juntas, patronatos, institutos y demás entidades creadas por la Federación que tuvieran o administraran un patrimonio o presupuesto formado con fondos o bienes federales, así como los organismos públicos descentralizados.

La aplicación de la primera Ley de Control de Adquisiciones se encomendó a la Secretaría del Patrimonio Nacional, secundada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Secretaría de Industria y Comercio.

La Ley en comento canalizó las adquisiciones exclusivamente a los proveedores inscritos en el Padrón de Proveedores del Gobierno Federal, a cargo de la Secretaría del Patrimonio Nacional, e impuso a la administración publica federal la obligación de registrar, previamente a su celebración, los pedidos- contratos de adquisiciones, facultando a dicha Secretaría a formular observaciones o negar el registro de los pedidos o contratos de adquisiciones, y hasta suspenderlos o cancelarlos con posterioridad a su registro; a imponer multas a los proveedores, suspender los efectos de su registro en el Padrón de Proveedores y también cancelar tal registro; y a formar la lista oficial de precios, que señalaba los máximos a que se podían adquirir los bienes.

Asimismo, la primera versión de la Ley de Control de Adquisiciones estableció a favor de los aspirantes a proveedores de la administración pública, la facultad de interponer ante el secretario del Patrimonio Nacional, el recurso administrativo de inconformidad, contra las resoluciones que negaran la inscripción en el Padrón de Proveedores o que impusieran sanciones previstas en la propia Ley.

Es de observarse que la Ley en comento no exigió la licitación para la adjudicación de pedidos o contratos de adquisiciones, pero obligó a los convocantes a ajustar los términos y cláusulas de los pedidos o contratos de adquisiciones derivados de concursos, a las disposiciones establecidas en ella y en su Reglamento. Además, en su penúltimo artículo estableció que serían nulos los pedidos o contratos de adquisiciones que se celebraran con violación a sus disposiciones.

LEY DE INSPECCIÓN DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS

La Ley de Inspección de Contratos de Obras Públicas de 21 de diciembre de 1965, publicada el 4 de abril de 1966, mantuvo su vigencia durante quince años, hasta ser abrogada por la Ley de Obras Públicas, de 27 de diciembre de 1980. Esta ley regulaba la contratación y ejecución de la obra pública a cargo de la administración pública federal y del distrito y territorios federales, incluidos sus entidades paraestatales, y establecía mecanismos de control atribuidos a las Secretarías de Hacienda y Crédito Público, de Obras Públicas, de la Presidencia de la República y del Patrimonio Nacional

El control de los contratos de obras públicas, previsto en la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, se encomendaba, en su mayor parte, a la Secretaría del Patrimonio Nacional, ya que, de acuerdo con los artículos 3°, 6° y 8°, llevaba el Padrón de Contratistas del Gobierno Federal y, por ende, resolvía las solicitudes de inscripción y de revalidación, así como la cancelación en el mismo, en el entendido de que la administración pública sólo podía contratar la obra pública con las personas inscritas en dicho Padrón.

Asimismo, correspondía a la Secretaría del Patrimonio Nacional vigilar, en los términos del artículo 14 del citado ordenamiento legal, que la licitación de la adjudicación de los contratos de obra pública, así como su contratación y su ejecución se ajustasen a las bases, normas y criterios para la integración de los precios unitarios referidos en el párrafo anterior.

Antes de iniciar una obra, el ente administrativo contratante estaba obligado, según los artículos 18 y 19 de la Ley en comentario, a comunicarlo a la Secretaría del Patrimonio Nacional, y a poner a su disposi-

ción las bases a las que debía sujetarse, remitiendo dentro de los 60 días siguientes a su firma, todo contrato de obra celebrado o, en el caso de obra por administración directa, el acuerdo que aprobara su ejecución, junto con el presupuesto y las especificaciones correspondientes.

El artículo 33 de esa Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas obligaba a los entes de la administración pública a enviar a la Secretaría del Patrimonio Nacional, un informe mensual respecto del avance de obras, con detalle de las erogaciones hechas; así como a darle todas las facilidades para que pudiera realizar satisfactoriamente la inspección y vigilancia de las obras, tareas en cuya realización estaba facultada (artículo 33) a recurrir a los servicios de peritos, empresas o instituciones especializados en la materia.

En su artículo 1º, la Ley en comentario limitó su aplicación a los contratos relativos a las obras de construcción, instalación, conservación, reparación y demolición de bienes inmuebles, así como a la inspección y vigilancia de tales obras, llevadas a cabo por las secretarías y departamentos de Estado, el Departamento del Distrito Federal, los gobiernos de los territorios federales, los organismos públicos y las empresas de participación estatal, con exclusión (artículo 2°) de las instituciones nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas, así como loas empresas cuyo capital social estuviera suscrito en su mayoría por tales instituciones y organizaciones.

De acuerdo al artículo 6° de la Ley cuyo análisis nos ocupa, los requisitos de inscripción en el Padrón de Contratistas del Gobierno Federal consistían en solicitarlo por escrito, acompañando copia certificada de la escritura constitutiva cuando se trate de persona moral, comprobar sus inscripción en el Registro Federal de Causantes y en la Cámara de Industria que le correspondía, así como su afiliación al Instituto Mexicano del Seguro Social, y pagar la cuota reglamentaria.

LEY DE INSPECCIÓN DE ADQUISICIONES (DOF 07-04-72)

Entre las innovaciones de la segunda Ley de Inspección de Adquisiciones, publicada el 7 de abril de 1972, descuella la de incrementar

su cobertura de aplicación al ampliarse a los fideicomisos constituidos por el gobierno federal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares de crédito, y las instituciones nacionales de seguros y fianzas, que habían quedado excluidas de la aplicación de la Ley de 1965. Además, obligó esta segunda versión de la Ley de Adquisiciones a las entidades a recabar la autorización previa del Instituto Mexicano de Comercio Exterior para poder formalizar pedidos o contratos de adquisiciones de artículos de importación o de procedencia extranjera; y les prohibió cancelar pedidos o contratos sin previa autorización de la Secretaría del Patrimonio Nacional, y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, si fuesen con cargo al Presupuesto de Egresos de la Federación.

LA LEY DE INSPECCIÓN DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y ALMACENES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL

La Ley de Inspección de Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal, expedida el 26 de diciembre de 1979 y publicada el 31 de diciembre del mismo mes y año, abrogó y sustituyo a la segunda versión de la citada Ley de Inspección de Adquisiciones. A diferencia de las Leyes de Inspección de Adquisiciones, la que ahora analizamos se autocalificó como de orden público e interés social, y además de regular la adquisición de mercancías, materias primar y bienes muebles de la administración pública federal, amplió su objeto a la regulación del arrendamiento de bienes muebles, a la contratación de servicios relacionados con bienes muebles, y a los almacenes de dicha administración, que en su universo era igual al comprendido en la segunda Ley de Inspección de Adquisiciones, salvo los gobiernos de los entonces ya desaparecidos territorios federales.

La Ley en análisis encomendó su aplicación, primordialmente, a la Secretaría de Comercio, entre cuyas facultades, además de las atribuidas anteriormente en términos generales a la Secretaría del Patrimonio Nacional, destacaban las de fijar normas conforme a las cuales las dependencias y entidades adquirieran mercancías, materias primas

y bienes muebles; contrataran como arrendatarios bienes muebles y prestación de servicios; y operaran sus almacenes; así como expedir las bases y normas generales para que las referidas instituciones celebraran concursos para la adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles.

Por lo que hace al arrendamiento de bienes muebles, la Ley en comento se limitó a supeditar su celebración a demostrar que no era posible o conveniente su adquisición y a que la renta no excediera los importes máximos autorizados por la Secretaría de Comercio; sujetándolos, en lo aplicable, a las disposiciones relativas a las adquisiciones.

En lo concerniente a la contratación de prestación de servicios, la Ley que nos ocupa comprendió toda la relacionada con bienes muebles respecto a instalación, reparación y mantenimiento; tecnología vinculada con la adquisición o uso de dichos bienes, procesamiento de datos; y maquilas, de las dependencias y entidades; determinando como aplicable, en lo conducente, los dispuesto en la propia Ley, para las adquisiciones.

Suprimió la ley en comento el recurso de inconformidad, previsto en las Leyes de Inspección de Adquisiciones, mismo que fue sustituido por uno innominado que se encomendó resolver al superior jerárquico inmediato de quien hubiera emitido la resolución impugnada, salvo que la hubiera dictado el secretario de Comercio, en cuyo caso él mismo debía resolverlo.

LEY DE OBRAS PÚBLICAS

La Ley de Obras Públicas, del 27 de diciembre de 1980, que sustituyó a la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas de 21 de diciembre de 1965, tuvo una vigencia de trece años –del primero de enero de 1981, en que entró en vigor, al 31 de diciembre de 1993; fue explicitada como de orden público e interés social, y tuvo por objeto regular el gasto y las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, ejecución, conservación, demolición y control de la obra pública realizada por la administración pública federal.

Precisó la ley de referencia lo que para sus efectos se consideraba obra pública; "todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles por su naturaleza o disposición de ley", y encomendó principalmente sus mecanismos de interpretación, control y vigilancia a las Secretarías de Programación y Presupuesto y de la Contraloría General de la Federación; correspondía a la primera de ellas interpretarla para efectos administrativos y expedir las disposiciones administrativas que en su aplicación debieran observarse en la contratación y ejecución de las obras.

Igualmente correspondía a la Secretaría de Programación y Presupuesto llevar el Padrón de Contratistas de Obras Públicas; resolver sobre las solicitudes de inscripción en dicho padrón; suspender y cancelar el registro de los contratistas e imponerles multas que podían ir de diez a mil veces el salario mínimo diario; y fijar los criterios y procedimientos para clasificar a las personas inscritas en él.

Se encomendaban, a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, entre otras facultades, las de verificar en cualquier tiempo que las obras y los servicios relacionados con ellas se realizaran conforme a lo establecido en la Ley en análisis, a otras disposiciones aplicables y a los programas y presupuestos autorizados; realizar visitas e inspecciones a las dependencias y entidades a cuyo cargo estuvieran las obras públicas y solicitar a los servidores públicos de las mismas y a los contratistas respectivos, los datos e informes relacionados con dichas obras.

LEY DE ADQUISICIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS RELACIONADOS CON BIENES MUEBLES

La Ley de Adquisiciones y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles de 18 de diciembre de 1984, publicada en el Diario Oficial de la federación de 8 de febrero de 1985, encomendó su aplicación a las Secretarías de Programación y Presupuesto, de la Contraloría General de la Federación y de Comercio y Fomento Industrial, y amplió su cobertura, en relación con el ordenamiento jurídico al que sustituyó, para incluir a las adquisiciones, arrendamientos y servicios

con cargo total o parcial a fondos federales conforme a los convenios entre el Ejecutivo Federal y las entidades federativas.

Autocalificada de orden público e interés social, la Ley en comentario se integró con sesenta y siete artículos, más seis transitorios, e innecesariamente se dividió en cinco títulos, todos con un capítulo único, excepto el segundo, que incluyó tres capítulos; su objeto se hizo consistir en regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación y control, realizadas por la administración pública federal en materia de adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y de prestación de servicios relacionados con los mismos, así como la celebración de los actos, contratos y pedidos respectivos.

La Ley de referencia encomendó a la Secretaría de Programación y Presupuesto llevar el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal, y dispuso en su artículo 20: "Las dependencias y entidades sólo podrán fincar pedidos o celebrar contratos con las personas inscritas en el Padrón".

Sin embargo, estableció en su artículo 22 la posibilidad de fincar pedidos o celebrar contratos con proveedores no inscritos en dicho padrón, tratándose de artículos perecederos, granos, productos alimenticios básicos o semiprocesados, o bienes usados; campesinos, comuneros o grupos urbanos marginados que contraten con las dependencias y entidades, directamente o a través de agrupaciones constituidas por ellos; o cuando peligrara o se alterara el orden social, la economía, los servidores públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país como consecuencia de desastres; así como tratándose de proveedores que sólo llevaran a cabo operaciones de escasa cuantía con las dependencias y entidades.

Por lo que hace a los pedidos y contratos, la ley en comento dispuso que las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudicaran o llevaran a cabo a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para presentar proposiciones solventes en sobre cerrado que se abriría públicamente, excepto en los casos en que el pedido o contrato sólo pudiera adjudicarse a una determinada persona por ser la titular de la patente o patentes de los bienes o servicios respectivos, o

por no existir al menos tres proveedores idóneos, o tratarse de productos perecederos o alimenticios básicos, o peligrara o se alterara el orden social como consecuencia de desastre.

De igual modo, estableció los lineamientos para las convocatorias, las bases de las licitaciones, las garantías que debían otorgar los aspirantes a proveedores y los adjudicatarios de los pedidos o contratos, al igual que el procedimiento para la adjudicación de los mismos y los impedimentos para ser sus adjudicatarios; también estableció las sanciones aplicables a sus infractores, así como el recurso oponible –y su procedimiento de tramitación-, contra las resoluciones de las Secretarías de Programación y Presupuesto y de la Contraloría General de la Federación, dictadas en los términos de la propia Ley.

LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS

La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, publicada el 30 de diciembre de 1993, abrogó, con una tendencia codificadora, no sólo la Ley de Obras Públicas de 1980, sino también la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, publicada el 8 de febrero de 1985, para fusionar en un ordenamiento único la regulación de los contratos más comunes de la administración pública en ejercicio de función administrativa, cuales son los de obra pública, los de adquisición de bienes muebles, los de rrendamiento de bienes muebles, y los de prestación de servicios.

Esta Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en la práctica, distó mucho de ser lo que ambiciosamente pretendía, en su exposición de motivos:

un marco jurídico idóneo para que la obra pública, así como las adquisiciones arrendamientos y prestación de servicios en general, que lleven a cabo las dependencias y entidades de la administración pública federal, se realice con criterios de eficacia y eficiencia; con transparencia en su invitación y adjudicación; con un equilibrio en cuanto a la integración de los referidos contratos; con estricta disciplina y control presupuestal; promoviendo la simplificación administrativa y la descentralización de funciones; y facilitando la coexistencia de tratados internacionales que abarquen estas disciplinas.

Quedó integrado el universo de instituciones cuyos contratos de las referidas materias se regularon por la ley en análisis, con las unidades administrativas de la Presidencia de la República; las secretarias de Estado y departamentos administrativos; las procuradurías generales de la República, y de Justicia del Distrito Federal; el gobierno del Distrito Federal; los organismos descentralizados; las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos que, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, fueran considerados entidades paraestatales.

La Ley en comentario explicitó, para los efectos de la misma, las principales adquisiciones, arrendamientos y servicios que comprendíó, y lo que, también para sus efectos, consideró obra pública.

Se encargó la aplicación de la aplicación de la Ley en estudio principalmente a las Secretarías de Hacienda y Crédito Público, de la Contraloría —ahora de la Función Pública—, y, en menor medida, a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, por lo que en su artículo 8° las facultó para interpretar dicha ley y dictar las disposiciones administrativas estrictamente necesarias para su adecuado cumplimiento.

Figuraron entre los aciertos de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, el de fusionar en un solo ordenamiento legal la regulación de los contratos administrativos de más frecuente celebración en la administración pública federal; así como el de reproducir textualmente en el último párrafo de su artículo 15, el texto del artículo 72 de la Ley de Obras Públicas: "Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta ley, serán nulos de pleno derecho."

También encomiable resultó la disposición contenida en el artículo 20 de la ley en comento, que impuso a las dependencias y entidades la obligación de prever los efectos que en el medio ambiente pudiera causar la ejecución de obra pública, actualizando la disposición equivalente contenida en la fracción VI del artículo 13 de la abrogada Ley de Obras Públicas. Igualmente plausible fue su disposición de inhabilitar como potenciales licitantes o co-contratantes, entre otras personas, a las empresas en que participen como accionistas o funciona-

rios, los servidores públicos que en cualquier forma intervengan en la adjudicación del contrato, lo mismo que sus cónyuges o parientes por consanguinidad, afinidad o civiles, hasta el cuarto grado.

Destaca entre las fallas de la Ley en análisis, la eliminación d el Padrón de Contratistas de Obras Públicas, contemplado en la Ley de Obras Públicas, sin que la implícita exposición de motivos de la iniciativa de ley correspondiente ni el dictamen respectivo emitido por la Comisión de Programación, Presupuesto y Cuenta Pública hayan justificado la supresión de dicho padrón, ya que una y otro soslayan por completo comentar siquiera la medida en cuestión. La eliminación del referido padrón, lejos de simplificar el procedimiento de licitación y adjudicación del contrato de obra pública, lo complica, habida cuenta que en cada caso, quienquiera que pretenda participar en una licitación de esa índole, habrá de acreditar su solvencia financiera, económica y moral, así como su experiencia y capacidad técnica. Además, en los casos de adjudicación directa y de invitación a cuando menos tres proveedores, se pierde toda oportunidad de asegurar que el contratista tenga las mínimas cualidades morales, financieras y técnicas exigibles, lo que abre un espacio enorme para la corrupción.

Otra pifia importante de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas consistió en no haber incluido entre sus artículos transitorios, un plazo determinado para la expedición de las disposiciones reglamentarias de la misma, por lo que durante la vigencia de la ley jamás se expidieron; consecuentemente, en todo ese lapso continuó parcialmente en vigor el Reglamento de la Ley de Obras Públicas, lo que causó gran confusión durante los seis años, dos meses y tres días --del primero de enero de 1994 hasta el 4 de marzo del año dos mil-- en que estuvo vigente dicho ordenamiento legal.

IV. LA REGULACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL SIGLO XXI

Abundante es la normativa expedida en lo que va del siglo XXI para regular, aun cuando deficiente e insuficientemente, los contratos administrativos, en ella destacan los siguientes ordenamientos: Ley de

Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (Diario Oficial de la Federación de 4 de enero de 2000) y sus seis modificaciones publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 2003, el 7 de julio de 2005, el 1º de octubre de 2007, el 28 de noviembre de 2008, el 28 de mayo de 2009 y el 16 de enero de 2012; Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (Diario Oficial de la Federación de 4 de enero de 2000) y sus seis modificaciones publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 2003, el 7 de julio de 2005, el 1º de octubre de 2007, el 28 de noviembre de 2008, el 28 de mayo de 2009 y el 16 de enero de 2012; Ley de Petróleos Mexicanos (Diario Oficial de la Federación de 28 de noviembre de 2008) y Ley de Asociaciones Público Privadas (Diario Oficial de la Federación de 16 de enero de 2012);

Participan también en la integración de la normativa que regula la contratación pública, el Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2001; el Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de julio de 2010; el Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2001; el Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de julio de 2010; el Reglamento de la Ley de Petróleos Mexicanos publicado en el Diario Oficial de la Federación el 4 de septiembre de 2009; las Disposiciones Administrativas de Contratación en materia de adquisiciones, arrendamientos, obras y servicios de las actividades sustantivas de carácter productivo de petróleos mexicanos y organismos subsidiarios, aprobadas por el Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos el 25 de febrero de 2010.

LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO

Publicada en el Diario Oficial de la Federación del año 2000, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público que

abroga y sustituye a la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, determina y regula tres tipos básicos de contratos administrativos, a saber: el de adquisición de bienes muebles, el de arrendamiento de bienes muebles, y el de servicios relacionados con bienes muebles.

En los términos de la Ley en comento, el contrato de adquisición de bienes muebles es un contrato administrativo, y, por ende, invariablemente una de sus partes será el Estado —o alguna de sus personas de derecho público—, actuando en ejercicio de función administrativa con una finalidad de interés publico, y siempre estará sujeto a un régimen exorbitante del derecho privado, cual es el contenido en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y en el Reglamento respectivo.

En la penumbra de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público se puede entender el contrato de adquisición de bienes muebles, como aquel de carácter administrativo, en cuya virtud una persona llamada proveedor se obliga a *transferir* la propiedad de uno o varios bienes muebles al Estado, o a alguna de sus personas de derecho público para el logro de sus fines, quien a su vez se obliga a pagar una remuneración en dinero. Este contrato puede ser abierto o cerrado.

De acuerdo al artículo 47 de la *Ley* de Adquisiciones $_5$ Arrendamiento *y* Servicios del Sector Público, es dable afirmar que estaremos frente a un contrato abierto de adquisición de bienes muebles cuando la administración pública contrate en ejercicio de función administrativa sin precisar la cantidad exacta. sino sólo se establezca una cantidad mínima y otra máxima de los bienes por adquirir, o bien el presupuesto mínimo *y* el máximo que podrá ejercerse en la adquisición. En ambos casos deberá hacerse una descripción completa de los bienes por adquirir relacionada con sus correspondientes precios unitarios.

El contrato abierto de adquisición de bienes muebles que prevé la *Ley* de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público puede llegar a identificarse con el contrato administrativo de suministro, por el cual --según un sector de la doctrina-- el suministrador se obliga mediante una remuneración, a proveer al suministrado, bie-

nes muebles, con entregas sucesivas, periódicas o continuadas, cuya cuantía puede no precisarse de antemano.

Aun cuando nuestra Ley de Adquisiciones y Obras Públicas no hace referencia expresa al contrato cerrado de adquisición de bienes muebles, esta modalidad se deduce de manera residual, por explicar dicho ordenamiento legal únicamente al contrato abierto, por lo que siendo éste una especie del género de contrato de adquisición de bienes muebles, podemos inferir como cerrado al contrato de este género que no sea abierto.

El contrato de adquisición de bienes muebles, en los términos de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, es administrativo, sinalagmático, oneroso, formal, principal, e *intuito personae.,* este ultimo carácter se acredita porque su celebración obedece a las cualidades morales, financieras y, en su caso, técnicas, del proveedor. De conformidad con este último carácter, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en el último párrafo de su artículo 46, prohíbe ceder total o parcialmente, en favor de otra persona física o moral, los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos de adquisiciones de bienes muebles, excepción hecha de los derechos de cobro, "en cuyo caso se deberá contar con la conformidad previa de la dependencia o entidad de que se trate".

Puede ser el contrato de adquisición de bienes muebles de tracto sucesivo o instantáneo, según sea abierto o cerrado; el abierto resulta ser de tracto sucesivo, en razón de que, durante el plazo de vigencia del contrato, las partes van a hacerse prestaciones escalonadas o periódicas; mientras que el contrato cerrado de adquisición de bienes muebles es instantáneo, porque, aun cuando se pacten entregas y pagos parciales, la respectiva prestación a cargo de cada contratante es única, aunque fraccionada, como acertadamente hace notar Óscar Vázquez del Mercado[9].

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público establece que los contratos de adquisiciones, arrendamientos y

[9] Vázquez del Mercado, Óscar, Contratos Mercantiles, 5ª ed., México, Porrúa, 1994, p. 217.

servicios a que se refiere dicho ordenamiento se adjudicarán, por regla general, a través de licitaciones desarrolladas mediante convocatoria pública (artículo 26); pero prevé como excepción, el procedimiento de invitación a cuando menos tres proveedores, y como excepción de la excepción, la adjudicación directa del contrato (artículo 40).

En cuanto al contrato de arrendamiento de bienes muebles, en México, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público no deja lugar a dudas para considerar como contrato administrativo a todo aquel en cuya virtud la Administración Pública tome en arrendamiento bienes muebles, habida cuenta que, como se establece en el primero de sus artículos, tiene por objeto regular, mediante normas irrenunciables, las acciones relativas a los arrendamientos de bienes muebles y solo supletoriamente, como dispone en su artículo 11, será aplicable el Código Civil.

El contrato administrativo de arrendamiento ordinario de bienes muebles se puede explicar como el celebrado entre uno o varios particulares y la administración pública, en ejercicio de función administrativa, mediante el cual ambas partes se obligan recíprocamente, una, al conceder el uso o goce temporal de un bien mueble, y la otra, al pago, por ese uso o goce, de un precio cierto, para satisfacción del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado.

Se puede clasificar el contrato de arrendamiento de bienes muebles previsto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público se puede clasificar como administrativo, bilateral, sinalagmático, a titulo oneroso, formal, principal, *intuitu personae*, de tracto sucesivo y traslativo de abuso.

En lo que atañe a la terminación del contrato en análisis, ésta puede ser de manera normal por concluir el plazo convenido en el contrato, o de manera anormal por otras causas, como pueden ser el interés público, los vicios de contratación el incumplimiento de las obligaciones durante la ejecución del contrato, la desaparición del objeto o imposibilidad de cumplirlo, y el mutuo consentimiento, que dan lugar a la revocación, y la rescisión.

El último de los contratos nominados en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público es el de prestación de servicios (regulado en términos similares a los contratos de adquisición y de arrendamiento de bienes muebles), en el cual se incluyen:

> Los servicios relacionados con bienes muebles que se encuentren incorporados o adheridos a inmuebles, cuya conservación, mantenimiento o reparación, no impliquen modificación alguna al propio inmueble.
>
> La reconstrucción, reparación y mantenimiento de bienes muebles; maquila; Seguros; transportación de bienes muebles; contratación de servicios de limpieza y vigilancia, así como los estudios técnicos que se vinculen con la adquisición o uso de bienes muebles.
>
> En general, los Servicios de cualquier naturaleza —salvo los relacionados con la obra pública— cuya prestación genere una obligación de pago para las dependencias y entidades, que no se encuentren regulados en forma específica por otras disposiciones legales, incluidos los servicios de largo plazo que involucren recursos de varios ejercicios fiscales, a cargo de un inversionista proveedor, el cual se obliga a proporcionarlos con los activos que provea por sí o a través de un tercero, de conformidad con un proyecto para la prestación de dichos servicios.

En los términos de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, podemos entender al contrato de prestación de servicios corno aquel celebrado por una dependencia o entidad de la administración pública en ejercicio de función administrativa, con un proveedor particular, a efecto de que éste realice determinada actividad técnica, no relacionada con la obra pública, destinada a satisfacer un requerimiento específico de la dependencia o entidad, en aras del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario.

Se clasifica el contrato de prestación de servicios a que se refiere la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, como administrativo, bilateral, sinalagmático, *intuitu personae,* oneroso, nominado, formal, principal y, con frecuencia, de tracto sucesi-

vo, como en tratándose de servicios de mantenimiento de equipo de oficina, limpieza y vigilancia.

LEY DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS

Coparticipa la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas --publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000-- con la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en la sustitución de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, tras apenas un sexenio de vigencia.

Consiste el objeto de la ley de referencia en reglamentar el artículo 134 constitucional en materia de obras públicas y de los servicios relacionados con las miasmas que realicen la administración pública federal y la Procuraduría General de la República (Las obras públicas y servicios relacionados con las mismas, relativos a las actividades sustantivas de carácter productivo a que se refieren los artículos 3o. y 4o. de la Ley Reglamentaría del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo que realicen Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios quedan excluidos de la aplicación de este ordenamiento, por lo que se regirán por lo dispuesto en su Ley, salvo en lo que expresamente ésta remita al presente ordenamiento); de igual forma, en lo que no se contraponga a los ordenamientos legales que las rigen, y con sujeción a sus propios órganos de control, las personas de derecho público de carácter federal con autonomía derivada de la Constitución deberán aplicar los criterios y procedimientos previstos en esta ley.

LEY DE PETRÓLEOS MEXICANOS

Publicada el 28 de noviembre de 2008, la Ley de Petróleos Mexicanos (con su Reglamento y sus Disposiciones Administrativas de Contratación en Materia de Adquisiciones, Arrendamientos, Obras y Servicios) vino a acentuar el aspecto impreciso y variopinto del abigarrado marco jurídico de la contratación pública en México, por tratarse de un ordenamiento legal muy complejo y de difícil interpretación y aplicación, que de acuerdo con su artículo 51, rige las adquisiciones, arrendamien-

tos y prestación de servicios, así como las obras y servicios relacionados con las mismas que requieran contratar Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, tratándose exclusivamente de las actividades sustantivas de carácter productivo a que se refieren los artículos 3o. y 4o. de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, así como de la petroquímica distinta de la básica. Dejando a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la regulación de las adquisiciones, arrendamientos, obras y servicios que no formen parte de las actividades sustantivas de carácter productivo y de la petroquímica distinta de la básica.

LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

Las empresas de participación estatal, conocidas en la doctrina como empresas pública o de economía mixta, permiten la asociación del Estado mexicano con los particulares, ya sea en los moldes del derecho privado para la consecución de fines específicos, mediante la constitución de asociaciones o sociedades civiles o mercantiles, en las que la participación estatal puede ser mayoritaria o minoritaria; o bien, en los moldes del derecho administrativo, por medio de la sociedad nacional de crédito, en la constitución de instituciones nacionales de crédito en las que la participación estatal es siempre mayoritaria.

De acuerdo con la tendencia privatizadora imperante en las últimas tres décadas, la mayor parte de las empresas de participación estatal creadas en México, en el ámbito federal, fueron privatizadas o liquidadas.

En México, una gran parte de las llamadas empresas de participación estatal fueron formadas con el cien por ciento de capital propiedad del Estado, y creadas en los moldes del derecho privado, en la mayoría de los casos constituidas como sociedades anónimas, cuyas acciones o partes sociales en manos del Estado o de sus organismos descentralizados o, excepcionalmente, de servidores públicos cuya participación deriva de los cargos públicos que ocupan; son, en la práctica, sociedades unimembres, por ser en realidad el Estado el único dueño de todas sus acciones.

La empresa de participación estatal mayoritaria, estructurada en la práctica como sociedad estatal unimembre, es resultado de que la obtención de utilidades no figura entre sus prioridades, por lo que no resulta atractivo para los particulares asociarse con el Estado en una empresa dedicada a la realización de actividades de interés público, en áreas prioritarias de desarrollo, cuyo manejo va a estar en manos de la administración pública, para quien lo importante debe ser atender al interés público, antes que la obtención de utilidades repartibles entre sus accionistas; en esa circunstancia, la sociedad estatal unimembre adolece de graves contradicciones de origen, porque, al margen de simulaciones o ficciones jurídicas:

- La administración pública pretende realizar, sin ánimo de lucro --lo que no impide que eventualmente genere remanentes--, actividades de interés público en áreas prioritarias de desarrollo, mediante una forma de gestión acuñada en los troqueles del derecho privado, que responde al interés particular, como es la obtención del máximo lucro posible.

- La administración pública no comparte con ningún particular la propiedad de las acciones de la sociedad y, en consecuencia, se hace cargo de su manejo y control.

Ubicadas dentro de la administración pública paraestatal, las empresas de participación estatal mayoritaria no deben tener a su cargo el desempeño de funciones públicas ni realizar actividades de policía; en cambio sí pueden encargarse de la prestación de servicios públicos previa concesión que para tal efecto les sea otorgada, así como realizar actividades económicas y de fomento.

El marco jurídico de la empresa de participación estatal mayoritaria se integra en la actualidad, principalmente, por los artículos 90, 108 y 110 constitucionales, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales y su Reglamento, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento, la Ley Federal de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su Reglamento, a Ley Federal de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento, y la Ley General de Bie-

nes Nacionales y su Reglamento, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y su Reglamento, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

El artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal considera empresas de participación estatal mayoritaria a las sociedades nacionales de crédito, y a las sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan algunos o varios de los siguientes requisitos:

- Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.

- Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

- Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.

Se equiparan a las empresas de participación estatal mayoritaria, las sociedades o asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la administración pública federal o servidores públicos federales cuya participación se realice en razón de sus cargos o alguna o varias de ellas se obliguen a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes.

En este contexto se expidió la Ley de Asociaciones Público Privadas, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 16 de enero de 2012, complementada con reformas, adiciones y derogaciones de diversas disposiciones contenidas en varios ordenamientos legales, entre ellos, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

La Ley de Asociaciones Público Privadas se inserta en el proceso de desmantelamiento del Estado impulsado por el neoliberalismo rampante de nuestros días y adolece de graves defectos que propician el incremento de la corrupción.

Representa la Ley en comento un giro de ciento ochenta grados en el concepto asociativo contenido en el marco jurídico de la empresa de participación estatal, pues margina al Estado de la administración y manejo de las actividades de la asociación que se deja totalmente en manos del particular asociado que en tales condiciones puede incursionar en la ejecución de todo tipo de obras públicas, así como en la prestación de servicios y otras actividades.

Lamentablemente, la Ley en cuestión viene a relajar aún más la ya muy laxa normativa de otorgamiento de concesiones y de contratos administrativos de obra pública, de adquisiciones, arrendamientos y servicios, porque, por ejemplo, para evitar la fiscalización de la obra pública permite utilizar la figura de la asociación público privada; e incluso, puede dar lugar a que el Estado garantice rendimientos a sus cocontratantes desarrolladores.

La Ley de Asociaciones Público Privadas es la respuesta del gobierno mexicano a los dictados de los organismos internacionales (Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial, entre otros) encaminados a impulsar el modelo neoliberal de Estado, pese a sus evidentes fracasos recientes, y concretamente responde, en este caso, a la promoción del Banco Interamericano de Desarrollo a través del Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos (PIAPPEM).

Bajo la batuta del Banco Interamericano de Desarrollo, los gobiernos de diversos países de la región, así como de varios estados de la República, han promovido la expedición de sendas leyes de asociaciones público-privadas que en México ponen en riesgo el interés público en obsequio al interés de los magnates propietarios de las empresas trasnacionales, e incluso propician el incremento de la corrupción y, por consiguiente, contrarían los postulados de la IV Conferencia Mundial de la Organización Mundial de Parlamentarios Contra la Corrupción,

celebrada bajo los auspicios del Senado de la República, la que en sus conclusiones instó a los gobiernos de los cuarenta y seis países representados en la institución (entre ellos el de México) a promulgar leyes e impulsar políticas acordes con la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Las asociaciones público privadas son presentadas por los organismos internacionales como mecanismos de financiamiento de infraestructura, en cuya virtud el sector privado proporciona activos y servicios de infraestructura que tradicionalmente habían sido suministrados por el Estado.[10]

Las asociaciones público privadas conllevan un alto riesgo de corrupción porque se pueden emplear, por ejemplo, para la construcción de obras pública como hospitales, guarderías, escuelas, complejos administrativos y judiciales, instalaciones deportivas, rastros, vialidades y carreteras, pero sin sujeción al cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, dado que esta Ley de Asociaciones Público Privadas, en su artículo 7 dispone: "La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, sus reglamentos y disposiciones que de ellas emanen, no serán aplicables a los proyectos de asociaciones público-privadas, salvo en lo que expresamente la presente Ley señale."

Consiguientemente, las asociaciones público privadas destinadas a la construcción de obras públicas, como las mencionadas en el párrafo inmediato anterior, evaden el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Obras Públicas, en contravención de lo previsto en esta Ley que, en su artículo 1º *in fine*, ordena: "Las dependencias y entidades se abstendrán de crear fideicomisos, otorgar mandatos o celebrar actos o cualquier tipo de contratos, que evadan lo previsto en este ordenamiento."

Para realizar un proyecto de asociación público privada, según previene el artículo 13 de la Ley de Asociaciones público privadas, se

[10] Akitovy, Bernardin, Hemming, Richard y Scwartz, Richaerd, Inversión pública y asociaciones público-privadas (Prefacio), Fondo Monetario Internacional, Temas de Economía No. 40, http://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/issues/issue40/ei40s.pdf.

requiere de la celebración de un contrato de largo plazo en el que se establezcan los derechos y obligaciones del ente público contratante, así como los de su cocontratante o cocontratantes.

La Ley en cita evidencia el propósito de sus diseñadores de efectuar el desmantelamiento del Estado, para lo cual recurren a la transferencia de sus atribuciones a particulares, por ejemplo, en su capítulo duodécimo transfiere el ejercicio de la función jurisdiccional que la fracción III del artículo 104 constitucional atribuye a los tribunales de la Federación para conocer de las controversias en que la Federación fuese parte, al asignar a un *Comité de Expertos* la resolución de divergencias técnicas o económicas surgidas en los contratos de asociación público privadas, o bien, resolver las controversias que deriven sobre el cumplimiento del respectivo contrato.

Las graves consecuencias en perjuicio del interés público que pueden derivar de la Ley de Asociaciones Público Privadas predican la urgencia de su abrogación, y para obtener los fines plausibles de la misma, como son el financiamiento privado de la obra pública y el desarrollo de proyectos de investigación aplicada y/o de innovación tecnológica, sin detrimento del interés público, sería conveniente reformar la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, a efecto de incluir a las asociaciones púbico privadas dentro de la administración pública paraestatal en calidad de entidades paraestatales; y reformar y adicionar, también, la Ley de Ciencia y Tecnología para establecer mecanismos de financiamiento privado de proyectos de investigación científica y/o de innovación tecnológica.

V. LA FIGURA DEL TESTIGO SOCIAL

En una de tantas reformas innecesarias a las leyes vigentes que regulan la obra pública y la adquisición de bienes muebles por parte de la administración pública se introdujo la figura del *testigo social,* mediante decretó publicado en el Diario Oficial de la Federación de 28 de mayo de 2005, que adicionó el artículo 26 Bis a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y el artículo 27 Bis a la Ley de Obras Públicas y servicios relacionados con las Mismas.

Se estableció en los artículos adicionados mediante el mencionado decreto, que el testigo social participe en los procedimientos de licitación para la adjudicación de los contratos que regulan los citados ordenamientos legales, cuando sus montos rebasen el importe de cinco millones de días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, en el caso de la primera de las leyes referidas, y de diez millones, en el caso de la ley relativa a las obras públicas.

Los testigos mencionados son seleccionados por la Secretaría de la Función Pública, a condición de satisfacer ciertos requisitos, y además de rendir testimonio a la Secretaría de la Función Pública al final de su participación en cada licitación (que debe publicarse en la página web la dependencia o entidad que convocó a la licitación), están facultados para dar seguimiento al establecimiento de las acciones que se recomendaron derivadas de su participación en las contrataciones, y para proponer a las dependencias, entidades y a la Secretaría de la Función Pública, mejoras para fortalecer la transparencia, imparcialidad y las disposiciones legales en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, lo cual, por cierto, no hay impedimento para que también lo haga cualquier particular.

En los términos del Reglamento de cada una de las dos leyes en cita, la Secretaría de la Función Pública designa al testigo social que deba dar testimonio en cada licitación, quien deberá ser contratado por la dependencia o entidad respectiva.

Si bien la figura del testigo social contribuye modestamente a combatir el grave problema del desempleo que afronta el país, mediante la celebración de los respectivos contratos –equiparables a los de prestación de servicios personales--, no coadyuva a corregir las violaciones a la normativa que rige el desarrollo de las licitaciones, pues al igual que el personal ordinario de las dependencias y entidades en el desempeño de sus labores, está expuesto a recibir consignas para la elaboración de su testimonio,

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

Las múltiples reformas realizadas durante las dos últimas décadas a la legislación que regula la contratación de obra pública y de adquisición de bienes y servicios por parte del sector público, parecen ejercicios de *gatopardismo*, cuya fórmula, expuesta por Giuseppe Tomassi de Lampedusa, en su célebre novela *"El gato pardo",* consiste en cambiar todo para que todo quede igual, toda vez que, a pesar de las escasas y modestas mejorías logradas mediante tales reformas, la actual regulación jurídica mexicana de los contratos administrativos, dados los evidentes añosos defectos de que adolece, dista mucho de ser la herramienta jurídica adecuada para el combate a la corrupción en áreas tan proclives a ella, como son las encargadas de la adjudicación y control de los contratos administrativos relativos a la deuda pública, la obra pública, la adquisición y enajenación de bienes muebles, así como la obtención de servicios..

En efecto, se puede observar que persisten intocadas grandes deficiencias en la materia de contratación pública, como la escasez de regulación y de control, así como la ausencia de licitación o de mecanismos sucedáneos y excesiva discrecionalidad, en los empréstitos públicos; la carencia de padrones de proveedores y contratistas; el no exigir garantías seriedad en sus ofertas a quienes participan en las licitaciones de adjudicación de contratos administrativos; y la frecuente adjudicación de numerosos contratos administrativos sin cumplir con la modesta normativa aplicable son, entre otras, añejas lacras pendientes de eliminar en el marco jurídico de los contratos administrativos y en la praxis de su aplicación.

LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR

Henry Alexander Mejía

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR

1.1 Aspectos generales

La Administración en virtud del poder que le otorga la Constitución de la República dicta actos unilaterales productores de efectos jurídicos concretizados en actos administrativos. Pero, como recuerda el jurista colombiano RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, "*no solo actúa de forma unilateral, sino puede actuar bilateralmente*" en efecto, al igual que los particulares la Administración Pública puede celebrar libremente contratos, bajo las condiciones del art. 23 de la Constitución, pero sujeto a un régimen jurídico especial, según lo prescribe el art. 234 de la misma. En consecuencia, tal como lo sostienen DROMI,

ROTONDO y FERNÁNDEZ RUIZ, el contrato Administrativo, "*es una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, entre muchas que realiza la Administración*".

En el ordenamiento jurídico salvadoreño es el Código Civil, en el art. 1309, el que define el contrato como *"una convención en virtud del cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa"*. Esta definición nos es útil tanto para los contratos regulados por el Derecho Civil y por el Derecho Público. Aclaración útil porque el Derecho Administrativo salvadoreño, como en muchos ordenamientos las instituciones jurídicas relativas al dominio público, la responsabilidad patrimonial del Estado y los contratos administrativos tienen su raigambre en el Derecho Civil, aunque en este último tema tiene sus matices especiales, tal como nos referiremos en *"infra"*.

Tanto la doctrina y la legislación salvadoreña como en muchos países ha reconocido históricamente que los contratos del Estado son de dos tipos: a) los contratos de derecho común de la Administración, es decir aquellos que la misma actúa bajo las reglas del derecho privado, como cualquier sujeto particular, como sucede en el arrendamiento de inmuebles para el funcionamiento de órganos administrativos. Sin embargo la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (en adelante LACAP) establece en el art. 24 que pese a ello deben de regirse por sus disposiciones, por los intereses que están en juego; b) Los contratos administrativos, propiamente dichos reconocidos por la LACAP, regulados por un régimen de Derecho Público y con características especiales.

Como podemos observar que la doctrina salvadoreña discrepa de muchos autores, en lo que se destacan DROMI, FARRANDO y ALTAMIRA, donde sostienen que la Administración está dotada de una sola personalidad jurídica única, y se rige únicamente por el Derecho Público, y los acuerdos de voluntades que realiza la misma, serán regidas por el Derecho Administrativo, cerrando la posibilidad de que la Administración actúe como sujeto de Derecho Privado.

1.2 Delimitación conceptual

En virtud en de los fundamentos jurídicos de los contratos administrativos en El salvador, podemos conceptualizar el contrato administrativo como: "aquellos contratos celebrados por un sujeto de la Administración en el ejercicio de la función administrativa con un particular cuya finalidad es de interés público, y donde el ordenamiento jurídico le concede a la Administración prerrogativas que colocan al particular en un situación adhesión; en cuanto a su formación, formalización y ejecución dentro del contrato".

Analicemos cada uno de sus partes de la anterior definición, para fines didácticos:

a. Acto jurídico bilateral: Es un acto jurídico donde concurren por una parte un sujeto de la Administración, sea ésta centralizada, descentralizada, y municipal, y por otra una persona natural o jurídica, donde se constituyen derechos y obligaciones recíprocos exigibles conforme al ordenamiento jurídico. Se excluyen como tales, aquellos acuerdos convenidos entre sujetos de la Administración, ya que estos son denominados "convenios interadministrativos", que en nuestro ordenamiento se encuentra excluidos por el art. 4 b) de la LACAP. Pero, es de aclarar que existen un sector de la doctrina que aquellos son verdaderos contratos administrativos, con la diferencia que el acuerdo de voluntades deviene de dos entes de la Administración.

b. La finalidad de interés público: La Administración con el fin de cumplir su cometido adquiere bienes y servicios para su funcionamiento y pacta la realización de obras para edificar bienes de uso público o para la prestación eficaz de servicios públicos, todo con el propósito de satisfacer necesidades de interés colectivo, como lo sostiene el jurista argentina HÉCTOR ESCOLA.

c. Prerrogativas de la Administración: Esta característica es esencial para diferenciarlos con los contratos regulado por el Derecho Privado. Dado que en el contrato administrativo el principio de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de los otorgantes

> queda subordinado al objeto del contrato. En principio la libertad de los otorgantes queda supeditadas a la norma que fija el procedimiento para elegir al contratista, que no tiene la facultad de disentir respecto a las condiciones del contrato, solo puede aceptarlas o simplemente no concurrir a su celebración.

Esto en virtud de la prevalencia del interés público dentro de la finalidad del contrato ponen en una situación de desigualdad al particular, incluso al momento de la ejecución del mismo, ya que el ordenamiento le faculta a la Administración a dar por extinto el contrato e imponer sanciones administrativas, por incumplimiento de algunas de las cláusulas contractuales, tal como haremos alusión en "*infra*".

2. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SALVADOR

2.1 Primeros antecedentes

En El Salvador, una vez se consolidara como Estado Unitario al decretarse la Constitución de 1841, al disolverse la Federación conformada en 1824, los poderes públicos siguieron aplicando las instituciones administrativas de la colonia española. Fue hasta la promulgación del Código Civil, en 1860, donde comienza a regularse las nuevas instituciones jurídicas y dentro de ellas la teoría de las obligaciones y de los contratos en general, en los arts. 1309 y siguientes; regulación jurídica vigente hasta la fecha.

Con la introducción del cultivo del café, en 1860, El Salvador necesitaba un infraestructura para impulsar el comercio de dicho producto. Por eso los Gobiernos de la época comenzaron a convenir contratos de concesión de servicio público para construir vías ferroviarias. El primer contrato de este tipo fue con la compañía "*The Salvador Railways Company*", cuya concesión duró hasta a finales del siglo XIX, y luego otro contrato de concesión de servicio de obra pública se celebró con la compañía norteamericana la "*International Railways of Central*

América" (IRCA por sus siglas en ingles), con el fin de terminar todas la vías del ferrocarril, desde el puerto de Acajutla (departamento de Sonsonate), al puerto de Cutuco (departamento de La Unión), concesión que llegó hasta 1975, para que pasara bajo la Administración de la Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma, entidad estatal que administraría los ferrocarriles, ya que la Constitución de 1950, estipuló plazo a ese tipo de concesiones, según prescribió el art.149.

2.2 La dispersión de leyes en la contratación administrativa

Pese a que desde las Constitución de 1886 (art. 131), se estableció que todo contrato que realizara el Poder Ejecutivo con fondos públicos debía someterse a licitación pública, los órganos de la Administración Pública salvadoreña siguieron aplicando, el régimen jurídico por el Derecho Privado, es decir el del Código Civil, ya que no había regulación secundaria al respecto. Este mandato es recogido nuevamente por la Constitución de 1939 (art. 162), y para tales efectos la Asamblea Legislativa dictó la primera *Ley de Suministro*.

Con esa ley la Administración Pública inicia a someterse la contratación a un régimen de Derecho Público. Sin embargo, está ley quedó derogada luego de la caída del régimen dictatorial del General Hernández Martínez, y se decreta la segunda *Ley de Suministros* de la República en 1945 y su Reglamento de ejecución, ambos entraron en vigor el 1 de enero de 1946. Esta se diferenciaba de la ley de 1939, porque creó una Proveeduría General de la República, con el carácter de empresa oficial del Estado, dependiente del Ministerio de Economía, constituida por cinco departamentos (secretaría, compras, almacenes, contabilidad y auditoría de compras); teniendo como facultad primordial realizar las compras de bienes y servicios de las entidades administrativas de la Administración Pública.

La Proveeduría se constituyó como un ente oficial de suministrar mercaderías a las dependencias oficiales de la Administración. La ley le confería las potestades para suscribir los contratos de suministros que celebrara el Estado con personas particulares.

El procedimiento de compra y suministro era muy simplificado; bastaba con hacer anuncios en lugares visibles al público para que los particulares concurrieran a presentar sus ofertas, o bien mandando circulares a empresas determinadas que se encontraran en el registro que llevara la Proveeduría al respecto. Lo destacable de esta ley, es que pese a la época, estipuló que la adjudicación del contrato administrativo no era en virtud de la oferta que contenía menor precio, sino la que conviniera los intereses del Estado.

Posteriormente al instaurarse el Estado benefactor con la Constitución de 1950 surge la necesidad que aquél hiciera mayor inversión pública en la construcción de carreteras nacionales, y con tal fin se dicta, en 1953 la *Ley específica de Suministros para el Ramo de Obras Públicas*, otorgándole facultades para que el Ministerio de Obras Públicas contara con su propio Proveedor Específico y dándole a dicho Ministerio atribuciones para contratar. Otras leyes de entes autónomos como la Comisión Hidroeléctrica del Rio Lempa vigente desde septiembre de 1948 y la del instituto Salvadoreño del Seguro Social de marzo de 1953, establecieron disposiciones específicas para realizar sus compras y servicios para su funcionamiento.

Posteriormente la tercera Junta Revolucionaria que se instauró a raíz del Golpe de Estado del 15 de octubre de 1979, dictó en 1982 dicta la *Ley de Suministros del Ramo de Salud Publica y Asistencia Social*, para que también el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, contara con su propia Proveeduría especifica, con el fin de agilizar las compras en el ramo de salud.

En 1984 con la entrada en vigencia las *Disposiciones Generales y Especiales de Presupuestos* y se establece en los *Capítulos IV y V*, aspectos especiales relacionados con las compra de vehículos y bienes muebles y suministros respecto a las Instituciones Oficiales Autónomas, suministro en el ramo de Defensa y Seguridad Pública, aspecto que era necesario para el Gobierno, ya que nos encontrábamos en plena guerra civil, que agobió al país hasta principio de 1992. Se necesitaba agilidad para adquirir pertrechos de guerra y estableciéndose que en estos casos no intervendría la Proveeduría General de la República en lo relacionado con las compras y suministros en el ramo de Defensa.

Finalmente el 20 de diciembre de diciembre de 1983 entra en vigor la Constitución, y prescribió en el art 234. (1) y (3), lo siguiente:

> *"Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley" (…)*
>
> *"Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicará a las Municipalidades"*

En consecuencia, existe un mandato constitucional para la Administración Pública cuando utiliza fondos o bienes públicos, deberán de someterse a un régimen de Derecho Público (entiéndase la licitación Pública). Esto se hace extensivo a las Municipalidades, cuando éstas según la Constitución de 1962, estaban sujetas al Gobierno Central, y por lo tanto no tenían autonomía para realizar sus propias gestiones en la contratación administrativa.

En virtud de ello la Constitución en el art. 203, inciso primero que estipuló lo siguiente:

> *"Los Municipios serán autónomos en lo económico, en lo técnico y en lo administrativo, y se regirán por un Código Municipal, que sentará los principios generales para su organización, funcionamiento y ejercicio de sus facultades autónomas".*

Para hacer efectiva la autonomía municipal, en 1986 se promulgó el Código Municipal, estipulando en su contenido en los arts. 92, 93 y 94 un régimen especial de licitación y suministros aplicables a todas las municipalidades con procedimientos y reglas diferentes a las establecidas por la Ley de Suministros de 1945 y su reglamento; y a las Disposiciones Generales de Presupuesto de 1983.

2.3 Modernización de la regulación jurídica de los contratos administrativos

Los programas de ajuste estructural impulsado por el Gobierno del Presidente Cristiani, en 1989, conllevan a la Asamblea Legislativa a realizar una reforma sustancial en el sistema de contratación administrativa al reformarse en 1990 la Ley de Suministros. Con dicha reforma se otorgar a cada institución del Gobierno Central, incluyendo a las Instituciones Oficiales Autónomas potestad, para que realicen compras y abastecerse de artículos indispensables para su funcionamiento, de manera directa; sin necesidad que se haga a través de la Proveeduría General de la República. Esto se da en el marco de modernizar y agilizar los procesos de contratación estatal, ya que eran criticados por engorrosos y por ser proclives a la arbitrariedad y la corrupción.

Por medio de otra reforma legislativa la Proveeduría General de la República, pasa a formar parte del Ministerio de Hacienda, a partir de 1996. Posteriormente por casi tres años de elaboración y discusión de un nuevo marco jurídico de contratación administrativa moderna y atendible a las políticas neoliberales impulsadas por los gobiernos de turno. En el año 2000, se dicta la *Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública* (LACAP). Consolidándose en el país un sistema integral en la regulación jurídica de las contrataciones de la Administración en el ordenamiento salvadoreño, ya que deroga todas las leyes sectoriales que se había dictado al efecto.

El objeto de la LACAP es regular todas las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios, que deben celebrar todas las instituciones de la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines. Quedando sujetas a la LACAP (art. 1 y 2) todas las instituciones de la Administración, incluyendo las municipalidades. No obstante éstas propiciaron la primera reforma de la LACAP, para que se les aplicara a partir del 1 de enero de 2001, en virtud que no estaban instruido para la nueva normativa de contrataciones administrativas.

Pese al fin unificador de la LACAP, el art. 4 excluye su aplicación a las adquisiciones y contrataciones que son financiadas por fondos prove-

nientes de convenios tratados que El Salvador celebre con otros Estados o con Organismos Internacionales, en los cuales se establezcan procedimientos específicos de contratación. Así por ejemplo tenemos el Capitulo IX, del CAFTA-DR, y los Fondos del Milenio en sus diferentes etapas, entre otros tratados.

Para complementar el desarrollo de la LACAP, el Presidente Elías Antonio Saca, en el año 2005, haciendo uso de la potestad reglamentaria, decreta el Reglamento de la LACAP (en adelante RLACAP), con el objetivo de complementar la ley en lo relativo a los requisitos formales del contenido de los contratos administrativos, acreditación de los contratistas y esencialmente la operatividad del procedimiento de selección del contratistas, en cada una de sus modalidades de contratación y las garantías exigidas por la ley a los contratistas.

La LACAP ha sido una ley que ha modernizado el marco de las contrataciones de la Administración Pública, ha tenido reformas muy sustanciales, siendo la más esencial las que se realizaron en mayo de 2011. Estas reformas modificaron 80 disposiciones legales del contenido de la LACAP, con la finalidad de ampliar su ámbito de aplicación, dentro de los cuales están: las contrataciones del mercado bursátil que realicen las instituciones de bolsas legalmente establecidas y se extiende la aplicación los asocios publico-privados, esto como consecuencia de la futura Ley de Asocio entre las Inversiones Pública y Privadas que se pretende decretar.

Asimismo, amplia las exclusiones con el fin de agilizar los procesos de contratación administrativa, a los servicios bancarios financieros, que no sean seguros celebrados por la Administración, la concesión de derechos de imagen y patentes que son propiedad del Estado, las operaciones de colocación de títulos en el mercado internacional, las adquisiciones del servicio exterior, el servicio de distribución de energía eléctrica y agua potable y las obras de construcción bajo el sistema de administración que realicen las municipalidades. Todas éstas reformas ha conllevado que el Presidente de la República esté elaborando un sin número de reformas para que estén en concordancia con las reformas de la LACAP, que necesitan un nuevo desarrollo y ejecución.

2.4 Estructura Institucional de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública

Con el propósito de hacer efectiva LACAP, el art. 6, le otorga competencia al Ministerio de Hacienda, a proponer al Consejo de Ministros para su aprobación, la política anual de las adquisiciones y contrataciones de las instituciones de la Administración Pública, con exclusión de los Órganos Legislativo, Judicial y de las municipalidades, a los que corresponde determinar independientemente su propia política de adquisiciones y contrataciones.

Además, instituye a la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones (en adelante UNAC) como dependiente del Ministro de Hacienda, que dentro de sus principales atribuciones, están: proponer al Ministro de Hacienda, la política anual de las Adquisiciones y Contrataciones de las Instituciones de la Administración Pública y emitir las políticas y lineamientos generales para el diseño, implementación, funcionamiento y coordinación del Sistema de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y emitir instructivos, manuales y demás instrumentos que faciliten la obtención de los objetivos de esta Ley y su Reglamento.

Para tales efectos la Administración Pública se instaura una Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, (en adelante UACI), lo cual tendrá la responsabilidad de la operatividad de realizar todas las actividades relacionadas con la gestión de adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios. Esta unidad será organizada según las necesidades y características de cada entidad e institución, y dependerá directamente de la institución correspondiente.

Las Municipalidades podrán asociarse para crear una UACI, la cual tendrá las funciones y responsabilidades de las municipalidades que la conformen, según lo prescrito por el art. 9 de la LACAP.

Con la reciente reforma de 2011, se adicionó el art. 10-Bis, creando el Sistema Integrado de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, con el fin de unificar todas las instituciones relacionadas a la contratación administrativa, y que estará integrado por

la UNAC, UACIS y los sistemas electrónicos de compras públicas, el cual contendrá el Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.

Este registro además manejará el expediente consolidado de todas las adquisiciones y contrataciones en cualquier modalidad y la información sobre potenciales ofertantes y contratistas, con el fin que las instituciones tenga facilidad de tener un mercado de ofertantes y de las personas que hayan sido inhabilitadas por incumplimiento de contratos administrativos arts. 13 y 14 de la LACAP.

3. TIPOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REGULADOS EN LA LACAP

La LACAP, hace una tipificación de los contratos administrativos, que en su mayoría ya se encontraban reguladas por la legislación anterior. Sin embargo, con aquella se establecen el objeto de cada uno de ellos; así como las diferentes formalidades que estarían precedidas a cada contrato.

La LACAP, pese a que es taxativa, establece la regla que las instituciones podrán contratar según el derecho común, pero se aplicará la misma en cuanto a su preparación, adjudicación y cumplimiento, según fuere aplicable (arts. 22 y 24). Dentro de los contratos regulados por la LACAP, tenemos:

3.1. Contrato de obra pública

Es aquel que tiene por objeto la realización de obras o construcciones de beneficio o interés general, sea mediante la alteración del terreno o del subsuelo, sea mediante la edificación, remodelación, reparación, demolición o conservación, o por cualquier otro medio. También constituyen obras públicas, las obras preventivas o aquellas para atender las necesidades en caso de estados de emergencia, que busquen mitigar riesgos, restablecer conexiones viales o realizar cualquier obra o construcción necesaria para reducir la vulnerabilidad frente a fenómenos naturales (art. 104).

En las obras públicas que la Administración Pública deba construir o reparar deberán contar por lo menos con tres componentes: a) el diseño; b) la construcción; y c) la supervisión. Por regla general en cada fase de la obra deberá ser realizada por personas naturales o jurídicas diferentes. Por excepción, la Administración podrá acordar que las dos primeras fases sean ejecutadas por el mismo empresario. Pero, nunca debe concertarse con la misma empresa encargada de la ejecución, ni la que hubiese realizado el diseño*, "so pena de nulidad"* (art. 106).

En cada proyecto, previo a formalizar el contrato el contratista se deberá obtener los permisos del Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, la municipalidad etc. Además, con un estudio previo de factibilidad de la obra y cualquier otro requisito que se establezcan en las bases de licitación.

El contratista quedará obligado a cumplir con la programación aprobada para la ejecución de la obra prevista en las diferentes etapas del proyecto, terminada la obra y comprobado las especificaciones contenidas en las clausulas contrato, la institución contratante procederá a la recepción provisional. Transcurrido el plazo máximo de 60 días, se procederá a la recepción definitiva, siempre que se constate que no existen defectos e irregulares, lo cual se levantará acta al efecto. Al acto concurrirán los supervisores y funcionarios designados de conformidad a las bases de licitación y clausulas contractuales (art. 111, 114 y 116).

3.2 Contrato de suministro

Es un contrato que fue regulado por la extintas Leyes de Suministros de 1939 y 1945 respectivamente, y tiene por objeto la adquisición o arredramiento de parte instituciones administrativas de bienes muebles mediante una o varias entregas por el contratista. Dentro de este contrato quedan comprendidos los servicios técnicos, profesionales y de mantenimiento en general relacionados con el patrimonio de las instituciones, así como los servicios de vigilancia, limpieza u otros similares. Estos contratos se celebraran de acuerdo con la política anual

de adquisiciones y contrataciones, el plan de trabajo y el plan anual de compras y suministros, presentados por la UACI. (art. 119).

3.3 Contrato de consultoría

El objeto de este contrato es requerir de parte de la institución contratante servicios especializados, tales como:

- toma de datos, investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico;
- estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos modificación y otros, dirección, supervisión y control de ejecución de obras e instalaciones;
- servicios de carácter intelectual no permanente; y,
- cualquier servicio técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro análogo.

Para que la institución pueda contratar a una persona natural o jurídica en el carácter de consultor, deberán acreditar la capacidad académica, profesional y científica, experiencia según sea el caso. Asimismo, en los contratos de consultoría que tuvieren por objeto el diseño, supervisión y control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones, la Administración no podrá adjudicarla a las mismas personas naturales que estuvieren ejecutando contratos de obra pública, ni a las empresas vinculadas jurídicamente a éstas, en las que el contratista pueda ejercer directa o indirectamente una influencia dominante por razón de propiedad, participación financiera y otras similares*, "so pena de nulidad"* (arts. 123, 124 y 125).

En este contrato el consultor responderá por los daños y perjuicios provenientes de defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o por errores materiales, omisiones e infracciones de normas técnicas o preceptos legales y reglamentarios correspondientes (art. 129).

3.4 Contrato de concesión de obra pública

Este contrato tiene por objeto que la institución correspondiente concede la explotación a una persona natural o jurídica para que: a su cuenta y riesgo proceda a construir, mejorar, reparar, mantener u operar cualquier bien inmueble a cambio de la concesión temporal para que administre y explote el servicio público a que fuere destinada.

Para tales efectos, en las obras que se otorguen para la concesión, se podrá incluir el uso del subsuelo y los derechos de construcción en el espacio sobre los bienes nacionales de uso público o municipales destinados a ello. Finalizado el plazo de la concesión, la persona concesionaria se obliga a entregar al Estado a través de la institución correspondiente, la propiedad de la obra en condiciones adecuadas para la prestación del mismo servicio (art 131).

Cuando se trate de concesionar puertos, ferrocarriles y aeropuertos, la Asamblea Legislativa, según prescribe el art. 120 de la Constitución; emitirá una ley donde especifique los términos, plazo y condiciones de la concesión, tal como lo hizo la Ley de concesión de la terminal portuaria multipropósito especializada en contenedores, fase I, del Puerto de la Unión Centroamericana, Departamento de la Unión. Así también, lo prescribe el art. 134 de la LACAP.

En caso de muerte o quiebra del concesionario o de extinción de la sociedad concesionaria, sucedidas antes del vencimiento del plazo contractual. En este caso, la Administración tendrá el derecho prioritario de adquirir la obra mediante su pago por el estricto valor de la obra a precios corrientes de mercado, una vez deducida la depreciación de la misma y el retorno de la inversión de acuerdo a los registros en los libros contables. Este pago deberá hacerse a plazos. Cuando la obra no hubiera sido terminada por culpa imputable al concesionario, la institución tendrá la opción de terminarla o de otorgar la concesión a otra persona natural o jurídica, a través de licitación pública (art. 145).

3.5 Contrato de concesión de servicio público

Es aquel donde un ente de la Administración encomienda a una persona natural o jurídica (que no sea de derecho público) la gestión de un servicio público, de forma temporal, bajo su vigilancia y control y a cuenta y riesgo del ente concesionario. El plazo y demás condiciones se determinarán de acuerdo al contrato correspondiente (art. 131- bis).

En este contrato la Administración otorga actividades prestacionales a sujetos privados, donde ellos actúan como concesionarios de los servicios públicos estas actividades suelen ser de recolección de desechos sólidos, sanitarias asistenciales, de transporte, incluso en un régimen de competencia con las empresas privadas, más no en monopolio, porque el art. 110 de la Constitución los prohíbe, salvo cuando sean a favor de Estado y de los Municipios. Además, establece el art. 113 de la misma Constitución que cuando los servicios concesionados, no se presten en buena forma podrá asumirlos y en consecuencia dar por extinto el contrato como forma de rescatar el servicio público.

3.6 Contrato de concesión de recursos naturales y subsuelo

En este tipo de concesiones la LACAP, ha dejado que su regulación esté determinada por leyes especiales. En este tipo de concesiones estarían las reguladas por la Ley de Minería, cuando se trate de concesionar el subsuelo para fines de explotación minera; Ley del Medio Ambiente y su Reglamento, y la Ley Forestal y su Reglamento, podría darse en los casos de concesión de bienes ambientales para explotación de salineras, recursos forestales, recurso hídricos, entre otros.

3.7 Contrato de arrendamiento de bienes muebles

Este contrato tiene por objeto que la institución podrá obtener en arrendamiento de toda clase de bienes muebles con o sin opción de compra. El monto base de la contratación se establecerá de acuerdo al precio actual en el mercado local. Cuando se trate de arrendamiento

de bienes muebles con opción de compra, el plazo del contrato deberá estar dentro de los límites del ejercicio presupuestario. Al finalizar el contrato, la institución contratante puede optar por comprar el bien al valor inicialmente pactado o devolver el bien. Los objetos amparados por estos contratos deben estar sujetos a las estipulaciones del buen uso de los bienes del Estado (art. 145 de la LACAP y 75 del RLACAP).

4. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.1 Sujetos

Los sujetos por un lado por la naturaleza del contrato tenemos a las entidades públicas que deberán ser competentes según la LACAP. Esta potestad se le da a la máxima autoridad de un ente administrativo, entre las que encontramos a Ministros o Viceministros, en defecto del primero. Presidentes de las Instituciones Oficiales Autónomas o Directores Generales, según la estructura de tales instituciones.

Cuando se trate de los Órganos de Gobierno (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) suscribirán los contratos: el Presidente de la República en asuntos relacionados a la competencia de la Presidencia, el Presidente de la Asamblea Legislativa y Presidente del Órgano Judicial, además cuando corresponda a otros organismos constitucionales, serán: el Procurador General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y el Fiscal General de la República, (quien tiene la facultad de representar al Estado en los contratos de adquisición de bienes inmuebles en general y de los muebles sujetos a licitación), y todos aquellos que las leyes les confieren la representación legal. En el caso de las Municipalidades será el Alcalde el responsable de suscribir los contratos.

En cada uno de los casos, los funcionarios facultados para suscribir los contratos deberán de acreditar la personería jurídica, del mismo modo lo hará la persona a quien se le designe en calidad de representante bajo las formalidades legales pertinentes (arts. 17 y 18 de la LACAP y art. 193. 5 de la Constitución).

Por otra parte, tenemos al contratista, que será la persona que prestará u otorgará los bienes, servicio o la realización de la obra, estas personas deberán tener capacidad para contratar, siendo éstas todas las que tengan la capacidad de conformidad al Código Civil para obligarse, aunque debe aclararse que la LACAP otorga capacidad para contratar a los asocios públicos o privados, bajo cierto requisitos legales.

Además, el art. 25 de la LACAP determina otras incapacidades que devienen no del Derecho, si no por haber realizado conductas contrarias a la ética, pública; así tenemos: que el sujeto no haya sido condenado por delitos contra la Hacienda Pública y otros delitos análogos; no tener insolvencia económica derivada de la quiebra o concurso de acreedores y por incumplimiento de obligaciones fiscales o de prestaciones de seguridad social de los trabajadores de la empresa que pretende contratar.

Cuando se trate de una persona jurídica extranjera deberá estar legalmente constituida con la legislación de su país de origen y cumplir con las disposiciones jurídicas del Derecho mercantil salvadoreño. Para todos los casos antes referidos, se acreditará con constancias expedidas por las instituciones administrativas correspondientes al momento de presentar las ofertas.

Es de enmarcar que el art. 26 de la LACAP, hace una enumeración amplia donde inhabilita para que pueda presentar ofertas, haciéndose extensivo a los subcontratistas. El que vulnere las incapacidades y las inhabilidades que en breve nos referiremos serán nulas.

Las inhabilidades se pueden resumir en tres grupos de personas:

a. Funcionarios de elección popular, elección de segundo grado, Presidente de las Instituciones Oficiales Autónomas, y funcionarios y empleados municipales en su misma institución;

b. Personas que por su condición puedan dar objeto a la corrupción o al fraude en el procedimiento de selección del contratista, por ejemplo a las personas jurídicas donde los funcionarios enumerados en párrafo anterior que tengan la calidad está los socios, directores, representantes en dichas Sociedades. En segundo lugar,

se hace extensivo a los parientes de aquellos que se encuentren hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; de los referidos funcionarios.

c. Finalmente, a personas que hayan sido sancionadas por violentar disposiciones de la LACAP y hayan sido inhabilitados legalmente.

4.2 El consentimiento

El consentimiento es la conjunción de la exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes. Es la declaración de voluntad común del negocio jurídico que se pretende ejecutar. Y constituye un requisito de validez de todo contrato, ya que por medio de éste se concretiza el acuerdo de voluntades de los otorgantes, donde manifiestan el deseo de obligarse de manera recíproca.

Es decir que para exista contrato se requieren de dos voluntades necesarias para su formación exenta de vicios, una de ellas es la de la Administración y la otra la del contratista y para que sea válida como ya nos referimos en el apartado anterior, se necesita la competencia del órgano administrativo y la capacidad del contratista.

El consentimiento en el órgano administrativo se encuentra sometido a las formas especiales del Derecho Público, las cuales debe de ajustarse para que el contrato sea válido. Como ya conocemos la Administración deberá de seleccionar al contratista bajo un procedimiento administrativo, que comúnmente le llamamos licitación, salvo excepciones lo podrá hacer de manera directa. (véase apartado 5.5.2).

Mientras que la expresión de voluntad, del particular no se realiza mediante la libre discusión de las cláusulas contractuales, sino más bien aquel debe de adherirse a las que la Administración haya determinado en las bases de competencia.

En ciertas circunstancias - como se dijo en el apartado 3.4.1.- , la manifestación de la voluntad de la Administración requiere de una ley autorizante que concurra a la formación jurídica de la voluntad, para que se celebre un contrato, esto porque la Constitución de la Repúbli-

ca, así lo prescribe en el art. 120 en los contratos de concesión, puertos y ferrocarriles.

Como en el Derecho Privado el consentimiento para ambos otorgantes, sea este el órgano administrativo y el particular para que sea valido el contrato, no debe estar viciado por: error, fuerza y dolo, caso contrario produciría nulidad, según el art. 1316. 2) del Código Civil.

4.3 Objeto

El objeto es la prestación buscada por los otorgantes, es decir el efecto que se produce al celebrarlo, y que se traduce según el art. 1331 del Código Civil en un dar, hacer o no hacer. DELGADILLO GUTIERREZ Y LUCERO ESPINOZA, distinguen entre objeto inmediato y objeto mediático. El primero es el establecimiento de la obligación que ambas partes pretenden con su realización; en cambio el segundo es la materia en que va incidir la obligación: la adquisición o prestación del bien o servicio, o la realización de la obra pública.

Para que el objeto sea valido, deber existir un objeto lícito, cierto, posible, y determinado o determinable en cuanto a su especie, según lo estipula los arts. 1332, 1333 y 1335 del Código Civil. Es de aclarar que en los contratos administrativos no es necesario que el objeto se encuentre en el comercio común, esto en virtud de los intereses públicos que están de por medio, según el cometido de la Administración, por ejemplo la Administración puede tener la necesidad de que le realicen, edifique o mejoren una obra, que recaen en edificios públicos, calles, u otros bienes de dominio público.

4.4 Causa

La causa en los contratos administrativos, difiere por los sujetos intervinientes la Administración y el particular cada uno de los otorgantes actúan por una causa distinta. La del particular tendrá una causa lucrativa, persigue una finalidad de lucro, claro que siempre sujeta al precio que acepte la Administración. La causa de la Administración

debe ser de interés público que debe guiar su actividad, por lo que es necesario que exista una causa real y lícita (art. 1338 del Código Civil y art 1 de la LACAP).

En suma, la causa está íntimamente vinculada con la finalidad del contrato según sea su tipología. En concreto es la satisfacción de los intereses públicos la causa determinante que impulsa a la Administración a la celebración del contrato.

5. PROCEDIMIENTOS PARA LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

5.1. La Licitación Pública y el Concurso Público

"La celebración de los contratos administrativos, está precedida de un procedimiento administrativo, que constituye un requisito formal para la formulación de la voluntad administrativa, ya que sirve para seleccionar al contratista." (JULIO COMADIRA) Según el tenor del art. 234 de la Constitución se desprende que este requisito es obligatorio, cuando una entidad administrativa comprometa fondos o bienes someter dichas obras a licitación, adoptando el sistema de restricción para la actividad contractual como regla; sin embargo la parte final de la referida disposición, estipula "*… salvo en los casos determinados por la ley*", de lo cual se infiere que excepción la Administración podrá realizar el sistema de libre elección y elegir al contratista de manera directa no llevando un procedimiento administrativo previo.

La LACAP en el art. 39 adoptó el término "licitación" para denominarle así procedimiento administrativo para seleccionar al contratista. En cambio le denomina "concurso", cuando únicamente se vaya a formular el contrato de servicio de consultoría. Esto tiene su explicación, por que la Administración elige al contratista atendiendo a su capacidad técnica, académica, científica, cultural o artística, propia para prestar servicios de consultoría, mientras que la licitación se basa la elección en aspectos económicos que hacen que se determine la oferta más conveniente, tal como nos referiremos en *"infra"*. Pese a tal dife-

renciación, se aplican al concurso los fines, principios de la licitación pública, en cuanto al procedimiento de selección del contratista

Es de destacar que el texto inicial de la LACAP reconocía que en ambos casos podrían realizarse licitaciones y concursos por invitación, que se determinaba por medio de los montos de inversión de los contratos administrativos. Esto fue modificado con las reformas del año 2011 dejando que dichas modalidades sean públicas y que se le prioridad a la contratación de la micro, pequeñas y medianas empresas nacionales donde se requiera los bienes y servicios de la Administración.

5.2. Naturaleza jurídica y fines de la licitación

En cuanto a la naturaleza jurídica de la licitación, según JULIO COMADIRA, es el procedimiento administrativo donde la Administración hace un llamamiento a los particulares de manera impersonal, para que formulen ofertas, con el propósito de escoger al contratista. Al respecto la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que "*el procedimiento de licitación tiene el carácter público y constituye una expresión de no solo de la legalidad de la voluntad administrativa, sino una garantía para el particular*" (sentencia definitiva del 14 de julio de 2003, referencia 202-C-2001). Esto consiste que si bien los particulares formulan sus ofertas, deben hacerse según los pliegos o bases de competencia, que le permiten a que pueda participar sobre la base de los principios de libre competencia en los negocios jurídicos de la Administración.

La finalidad de la licitación es que la Administración escoja al oferente para que a "posteriori", le preste bienes y servicios o le realice una obra, a fin de cumplir con la eficacia, eficiencia en el manejo de los fondos públicos, y consecuentemente la prestación de los servicios públicos. Aunque es de aclarar que la Administración no debe de escoger al contratista sobre la base de la oferta más baja, ya que si bien puede representar en un inicio beneficio para las finanzas públicas, al final puede ocasionar despilfarro en los recursos, ya que bienes y servicios de mala calidad, pueden al final representar mayor gasto para la Administración.

5.3. Principios de la Licitación

El procedimiento licitatorio, posee principios esenciales que lo rigen, que el incumplimiento de algunos de ellos vicia el procedimiento, estos se encuentran regulados por la doctrina mayoritaria (DROMI, JULIO COMADIRA, RODRIGUEZ RODRIGUEZ, FARRANDO y FERNANDEZ RUÍZ) el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, ellos son los siguientes:

a) Principio de legalidad: en todo procedimiento licitatorio debe ceñirse al ordenamiento constitucional (arts. 86 in fine y 234), LACAP, RLACAP y demás disposiciones que regulen directa e indirecta el procedimiento, por lo tanto las actuaciones de los funcionarios deben adecuarse al marco jurídico.

b) Principio de libre competencia: este principio también es conocido también de "concurrencia", y tiene como fin asegurar a la Administración la participación de un mayor número de ofertantes, lo cual le permite tener una amplia selección y tener la posibilidad de obtener mejores condiciones en cuanto al precio, calidad. financiamiento, oportunidad y demás circunstancias. Es decir, obtener la oferta que resulte más ventajosa para los intereses del Estado.

c) Principio de Igualdad: este principio deviene del art. 3 de la Constitución, donde los oferentes deben tener un trato igualitario frente a la Administración, y según la jurisprudencia (sentencia definitiva del 28 de octubre de 2004, referencia. 201-R-2002) se proyecta en: *1) Consideración de las ofertas en un plano de igualdad y concurrencia frente a los demás oferentes; 2) respeto de los plazos establecidos en el desarrollo del procedimiento evitando favorecer a alguno de concurrentes;3) cumplimiento del marco normativo; 4) notificaciones oportunas a todos los concurrentes; 5) inalterabilidad de los pliegos de condiciones respetando el establecimiento de condiciones generales e impersonales, y pueden afectar la postulación.*

d) Principio de publicidad: este principio implica el llamamiento público a los posibles interesados a participar en la licitación, y

que los interesados conozcan todas las actuaciones relativas dentro del procedimiento y que puedan afectar sus intereses, tales como: las razones que dieron lugar a una descalificación, adjudicación del contrato etc. [arts. 47,48, 49, 50, 51, 53 y 74 LACAP y art. 2 literal a)].

e) Principio de contradicción: este principio se deriva a su vez del art. 11 de la Constitución, donde regula la garantía de audiencia y debido proceso, como ya es conocido es aplicable a los procedimientos administrativos, incluyendo al de licitación. Lo cual implica que, todos los interesados deberán de conocer las actuaciones de la Administración, conllevando a su impugnación y a la Administración resolverle las inconformidades planteadas.

De hecho la LACAP, en el art. 77 reconoce el recurso administrativo de revisión y su tramitación como mecanismo de control administrativo.

5.4 Fases de la licitación pública y del concurso público

Como lo hemos apuntado, para que la Administración pueda manifestar su voluntad y prestar su consentimiento en un contrato administrativo, es necesario, como regla general llevar a cabo el procedimiento de selección del contratista. Según los juristas sudamericanos como FLORES DAPKEVICIUS y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, sostiene que en este procedimiento se distingue:

La etapa interna, en la que solo interviene la Administración que necesita la adquisición de bienes, servicios u obras, y se verifica la existencia del crédito presupuestario y la elaboración de los pliegos de condiciones o bases de competencia.

Y una segunda etapa, es donde nace la voluntad contractual de la Administración, porque se generan relaciones bilaterales, surge el llamado de la Administración para que los particulares presenten sus ofertas, su apertura y su análisis para seleccionar la oferta más ventajosa y que termina con la adjudicación del contrato (sentencia Definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 14 de julio de 2003, referencia 202-C-2001).

5.4.1. Autorización presupuestaria

La celebración de los contratos administrativos constituye compromisos que afectan el gasto público. En efecto, para su realización es necesario que exista la partida presupuestaria con los fondos públicos disponibles para ejecutar el correspondiente, a fin de pagar el precio convenido en su formalización.

Es por ello que la LACAP en el art. 16, obliga a la Administración Pública hacer la programación anual de adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios, construcción de obras de acuerdo a su plan de trabajo y a su presupuesto asignado por la Ley de Presupuesto. Por tanto, le corresponde al Jefe de la UACI verificar previo al llamamiento de una licitación, concurso u otra forma de adquisición de un bien o servicio verificar la asignación presupuestaria (art. 10 de la LACAP).

5.4.2 Preparación de las bases de licitación

Es necesario que antes de convocar a los ofertantes, la Administración elabore un documento, donde detalle la contraprestación requerida, que constituya el objeto del contrato administrativo. Este documento es denominado *bases de licitación* (art. 42 LACAP). Contendrá un conjunto de cláusulas preparadas unilateralmente por la Administración, redactadas de forma clara y precisa, a fin de que los potenciales oferentes conozcan en detalle de las obligaciones contractuales y todas las especificaciones de orden jurídico, técnico y económico, según lo prescriben los arts. 43 y 44 de la LACAP.

Las bases de licitación es un documento que formará parte del contrato, y consecuencia produce efectos jurídicos para los otorgantes y no podrá la Administración modificar su contenido bajo ninguna circunstancia en el procedimiento licitatorio.

5.4.3. Publicación de la convocatoria

Para que los ofertantes puedan conocer las bases de competencia de una licitación se hace necesario, que la Administración que realice

la convocatoria respectiva, por medio de un periódico privado de mayor circulación, o en un periódico de amplia circulación internacional. Esto sucede cuando ésta sea de carácter internacional y en el portal electrónico donde se realizan las compras públicas del Estado. La esquela de la convocatoria deberá de contener: el nombre de la institución administrativa convocante, el objeto de la licitación y las condiciones bajo las cuales deben de presentarse las ofertas, las fechas de su presentación y recepción de las mismas.

El retiro de las bases por los interesados podrá descargarse en el sitio *web* de las compras públicas del Estado: www.comprasal.com y en las UACI de la institución convocante, previo al pago que se haya determinado en las referida bases.

5.4.4. Presentación y apertura de las ofertas

Realizada la publicación de la convocatoria respectiva, todos los interesados podrán presentar sus ofertas. Siempre que no tengan impedimento legal para ser oferente, según prescribe el art. 26 de la LACAP. En las bases de la licitación se indicaran las modalidades de la presentación de las ofertas, tanto técnicas como económicas, las cuales dependerán de la naturaleza, complejidad, monto y grado de especialización de la obra, bien o servicio a adquirir.

Las condiciones de la presentación de las ofertas, según el art. 52 de la LACAP deben de reunir los requisitos siguientes:

- presentarla por el oferente o persona debidamente autorizada y en el lugar, hora y día señalado en las bases;
- debe hacerse secreta, por lo que su entrega será en un sobre cerrado;
- las ofertas deberán presentarse acompañada con la "garantía de mantenimiento de oferta", cuando las bases así lo requieran, que obliga al oferente mantenerla hasta el momento de la emisión de la resolución administrativa.

Recibidas cada una de las ofertas, se llevará el acto de apertura de las ofertas lo cual deberá ser público, en presencia de los oferentes en el día, lugar y hora señalada, donde el representante de la UACI, procederá abrir los sobres de las ofertas técnicas y económicas, únicamente las que fueron presentadas en tiempo y forma, según las bases de licitación, caso contrario éstas quedaran excluidas de pleno derecho. De todo lo realizado en el acto de apertura de las ofertas, deberá levantarse acta, fundamentalmente los montos ofertados y cualquier otro incidente relevante como las descalificación de un oferente. Por tanto, aunque la LACAP no lo prescriba debe dársele una copia a cada uno de los asistentes interesados en la licitación.

5.4.5. Evaluación de las ofertas y adjudicación

Una vez dada la apertura de las ofertas se procederá de parte de una Comisión la evaluación de las mismas, ésta deberá estará conformada por el Jefe de la UACI, o su delegado, el funcionario solicitante de la obra, bien o servicio, un analista financiero y un experto de la materia de que se trate el objeto del contrato (art. 20 LACAP). La Comisión evaluará los aspectos técnicos y económico-financieros, dando mayor importancia a los aspectos técnicos cuando se trate del contrato de consultoría.

La Comisión de Evaluación de Ofertas, una vez finalizado el análisis de las propuestas, de acuerdo a las bases correspondientes y a los criterios de los arts. 49 y 50 del RLACAP, dictará un informe por escrito, firmado por todos su miembros detallando los puntajes correspondientes de todas las ofertas. De lo anterior deberá hacer un recomendable de la mejor oferta o de las dos mejores si así lo considerara, o bien para que se declare desierta cuando se presente un solo oferente y no califique para su recomendación.

Una vez recibido el recomendable con el análisis de los puntajes de las ofertas, la autoridad o funcionario correspondiente analizará el mismo y determinará a la persona que le adjudicará el contrato pudiendo adherirse al recomendable o otorgarlo a otra oferta, de todo lo actuado deberé de motivar su resolución. Teniendo el deber de notificar la

UACI a cada uno de los postulantes antes del vencimiento de la garantía de buena oferta, dicha resolución de manera personal en un periódico de mayor circulación y en el sistema electrónico de compras públicas, para los efecto legales de la defensa de los interese legítimos de los ofertantes y de la Ley de Acceso a la Información Pública.

5.4.6. Perfeccionamiento y formalización del contrato

Una vez notificado a los interesados, la entidad contratante convocará al ofertante adjudicatario dentro de los plazos, establecidos en las bases de licitación para que se firme el contrato, previo al cumplimiento de las garantías de fiel cumplimiento u otras que se hayan requerido. El perfeccionamiento del contrato se otorga a partir de la firma del funcionario competente y el ofertante o su representante debidamente acreditado, quedando listo para el cumplimiento de su ejecución.

5.5. Otras formas de contratación administrativa

5.5.1. Libre gestión

También se tiene un procedimiento más simplificado denominado "libre gestión", donde lo montos sean menores a 160 salarios mínimos en el sector comercio, pero donde debe dejarse constancia que se realizó competencia y bastará la presentación de 3 cotizaciones.

El anterior requisito no será necesario cuando la compra no exceda de 20 salarios mínimos o cuando se trate de ofertante único o marcas específicas, no obstante el organismo administrativo deberá motivar su decisión en todo caso, y los resultados deberán de publicarse en el Registro del Sistema Electrónico de Compras Públicas correspondiente (arts. 40 literal b) y 60 de la LACAP).

5.5.2. La contratación Directa

Finalmente, se tiene la contratación directa o de libre elección, que es aquella que una institución contrata con una o más personas natura-

les o jurídicas, manteniendo los criterios de competencia y sólo debe darse los casos especiales que estipulan los arts. 72, 73 y 73-A, donde se destacan las causas siguientes:

- cuando se encuentre vigente el Estado de Emergencia, calamidad, desastre, guerra o grave perturbación del orden público, en este caso debe ser dictado por la Asamblea Legislativa o Consejo de Ministros según los arts. 29 y 30 de la Constitución;

- cuando se emitiera el Acuerdo de Urgencia, previamente calificada y motivada las causas que lo motivan;

- cuando se declare desierta la licitación o concurso por segunda vez;

- si se trata de la compra o adquisición de equipo o material de guerra, calificado por el Ministerio de Defensa y aprobado por el Presidente de la República en su calidad de Comandante General de la Fuerza Armada;

- si te tratare de Contratación de obras, bienes y servicios de carácter preventivo para atender las necesidades de emergencia o de calamidad. En estos casos la entidad administrativa deberá de argumentar las razones de manera técnica de la necesidad de la contratación directa. Teniendo efecto en el ejercicio fiscal, del año donde se realiza la contratación;

- la adquisición de medicamentos para el abastecimiento del sistema de salud pública, debiendo publicar la entidad adquirente en página *web,* los montos, precios, plazos y demás términos contractuales de la adquisición.

6. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

6.1 Principios generales

Una vez formalizado el contrato por los otorgantes, es necesario proceder a su cumplimiento de conformidad con su contenido y a las condiciones pactadas, dentro del plazo fijado para su ejecución. Por tanto, la entidad pública contratante deberá de abonar el pago del precio por la prestación realizada con arreglo a lo convenido.

Tratándose de la ejecución de contratos administrativos, sostiene SÁNCHEZ MORÓN, que los ordenamientos jurídicos, introduce modulaciones y normas especiales que tiene por finalidad garantizar el cumplimiento del contrato y por supuesto salvaguardar los intereses públicos que se han pretendido por medio del objeto del mismo contrato administrativo. No obstante, con el propósito de mantener la garantía del equilibrio de los contratos, de modo que el contratista lo pueda llevarlo a término satisfactoriamente. Se establecen los principios básicos siguientes:

a) El principio de riesgo y ventura: Un primera especialidad alude, es que el contratista recibe los beneficios, pero asume también las eventuales pérdidas derivadas del cumplimiento del contrato en sus propios términos. Es de rigor para el contratista para evitar mayores pérdidas asegurar los bienes y las obras que pretende prestar.

b) Ejecución defectuosa y demora del contratista: Si el contratista no cumple satisfactoriamente el contrato y los plazos asumidos, la Administración puede imponerle las penalidades. La LACAP en el art. 85, le otorga facultades a la Administración para imponer multas por cada día de retraso al contratista, siempre que éste no se justifique que no es causa imputable a él y no haya solicitado la prórroga para su cumplimiento. Y a juicio prudencial puede dar por terminado el contrato con responsabilidad para el contratista.

c) Indemnización a terceros: Al igual que a los contratos de Derecho Privado, el contratista asume la obligación de indemnizar todos

los daños y perjuicios que se causen a terceros como a consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

6.2 Prerrogativas de la Administración en la ejecución de los contratos

Aparte de las modulaciones de los principios comunes que reconoce la doctrina del Derecho Administrativo en los contratos administrativos, se atribuye una serie de prerrogativas a la Administración en la ejecución de los mismos. Estas prerrogativas las podemos encontrar en la LACAP y en el RLACAP. Son las siguientes:

La primera de ellas es la facultad de la Administración de dictar instrucciones al contratista para la ejecución del contrato, y sobretodo verificar el cumplimiento de las cláusulas contractuales. Para ello se nombrará un Administrador del contrato, que a la vez remitirá informes a la UACI y la Unidad Financiera Institucional para que ésta última autorice y tramite los pagos del precio del contrato.

La segunda, es que el contrato si bien, se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo, deberá de interpretarse de acuerdo a las instrucciones que para su interpretación, diere la institución administrativa al contratista (art. 84 LACAP). Este poder de interpretación unilateral encuentra justificación en el "*principio de continuidad de la prestación del servicio*", pues debe en todo momento quedar garantizada la ejecución del contrato, evitándose la posibilidad de su paralización por posibles diferencias entre las partes en cuanto al sentido o alcance de algunas de sus cláusulas.

La tercera es en relación al contenido de los contratos. En los contratos de Derecho Privado rige el "*principio de intangibilidad*", de manera que ninguna de las partes puede incorporar unilateralmente modificaciones a lo convenido. En los contratos administrativos, en cambio, se reconoce que la Administración puede modificar las condiciones pactadas, siempre que concurran circunstancias imprevistas que no puedan ser evitadas o que corresponda a caso fortuito o fuerza mayor. La comprobación de tales circunstancias debe ser responsable por el

titular de la institución por escrito justificando los motivos correspondientes, esta prerrogativa es conocida como *"ius variandi"*.

La facultad de modificación unilateral del contrato ha sido reconocida por los arts 83-A y 83-B de la LACAP, pero debe tenerse presente que esta potestad está sometida a ciertos límites: en primer lugar, la Administración está obligada a conservar la naturaleza del contrato celebrado; en segundo término, la modificación debe estar dirigida a satisfacer los intereses y necesidades públicas y no ha favorecer al incumplimiento del contratista. La modificación que se realice en contra de lo dispuesto será nula.

Finalmente, es respecto a que el contratista pueda ejecutar completamente la prestación y se está garantizando el interés público. Nos referimos al ajuste de precios pactados. La LACAP lo estipula en el art. 88 y opera cuando el plazo excede de 12 meses calendarios y se compruebe en el mercado la modificación de los precios que afecten los costos. Esta regla se funda en el "*principio el del equilibrio financiero*" en que se fundó el contrato al formalizarse, de manera que cualquier incremento de costes o pérdidas de beneficios que lo altere debe ser objeto de algún tipo de compensación que recomponga dicho equilibrio.

7. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVO

Los contratos terminan sus efectos por la expiración del plazo pactado para ejecutar la prestación y por el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Se entenderán según el art. 92.3 de la LACAP, cumplidas las obligaciones de parte del contratista, cuando éste las haya realizado satisfactoriamente de acuerdo a los términos del contrato, seguida del acto de recepción formal por parte de la institución administrativa contratante.

Sin embargo, la LACAP prevé otras formas, por las cuales pueden extinguirse con responsabilidad para algunas de los contratantes o sin dicha responsabilidad para cada uno de ellas. El art. 64 del RLACAP, estipula un procedimiento administrativo, para declarar la extinción

del contrato, donde los titulares deberán de emitir la resolución administrativa con el fin de iniciarlo y concederle audiencia al contratista, por el término de cinco días contados a partir del siguiente al de la notificación respectiva.

Cumplido el plazo antes referido, con la comparecencia del interesado o sin ella, se abrirá a pruebas por un término no inferior a cinco, ni mayor a ocho días pudiéndose presentar cualquier prueba, salvo la confesión. Pasado la presentación de la prueba la Administración, con resolución razonada, declarará extinto el contrato y procederá a ejecutar las garantías que se hubiesen exigido en el contenido contractual.

Podemos destacar que la prerrogativa que otorga el ordenamiento jurídico a la Administración, es que los contratos no se extinguen por la vía judicial (resolución judicial), sino por un procedimiento administrativo, pudiéndose controlarse la resolución administrativa por los mecanismos jurisdiccionales pertinentes, en caso que el contratista, se considere agraviado y repute ilegal la extinción del contrato.

Dentro de las causas que pueden dar lugar a la extinción de los contratos administrativos tenemos:

a) Mutuo acuerdo: la Administración y el contratista podrá convenir la extinción del contrato, por mutuo acuerdo, pero sólo procederá cuando la causa esté fundada por razones de interés público, que lógicamente deberán ser explicitadas en el procedimiento administrativo de extinción. Bajo ninguna circunstancia no debe de proceder por una causa de incumplimiento imputable al contratista (art. 95 LACAP).

b) Por la caducidad: puede originarse por diversas causas que conlleven el incumplimiento del contratista, tales como: 1) La falta de presentación de la garantía de incumplimiento del contrato o de cualquier otra garantía que se hubiese exigido en las bases de licitación; 2) La mora del contratista en el cumplimiento del plazo y por otro incumplimiento de las obligaciones esenciales de la prestación del contrato; 3) Cuando en su poder sancionador, hubiese impuesto multas que alcanzaren el 12% del valor del con-

trato, incluyendo las modificaciones posteriores; y 4) Cualquier otra causa que se haya establecido en las cláusulas contractuales.

c) Por revocación: sus causas están determinadas por la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o de la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista o la declaración de quiebra, concurso de acreedores o suspensión de pagos. En el caso de la muerte del contratista individual la extinción del contrato puede no darse, si lo herederos pueden ejecutar la prestación. Por otra parte, si la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad se produce por fusión, podrá continuar la ejecución del contrato la sociedad absorbente o restante de la fusión, la que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones resultantes de la misma (arts. 96 y 97 LACAP y art. 315 del Código de Comercio). También se estipulan como causas de revocación el *"ius variandi"*, que implique la modificación sustancial del contrato y por caso fortuito o fuerza mayor que afecte significativamente la ejecución el contrato.

d) El rescate: es una institución fundamentada en razones de interés público en la que la Administración pone fin el contrato antes del vencimiento del plazo, con el propósito de asumir directamente la ejecución de contrato. Está forma de extinción opera en los contratos de concesión de obra pública o de servicio público. (art. 110 de la Constitución y art. 98 de la LACAP).

e) La nulidad: es otra forma de dar por extinto un contrato, implica que tanto la Administración o el contratista debe de solicitarla ante un tribunal, en virtud que concurra una de las causas establecidas por la LACAP, (como los vicios de los actos preparatorios, concurrencia de una incapacidad para contratar o subcontratar) y otras que prescriban el Derecho Común, tales como vicios del consentimiento, causa y objeto ilícito etc.

8. FORMAS PARA RESOLVER CONFLICTOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

En la ejecución de los contratos administrativos pueden darse diferencias entre los otorgantes que se traducen en conflictos jurídicos. La LACAP, establece que para tales efectos pueden utilizarse los métodos alternos de resolución de conflictos, como el "trato directo, como primera etapa y el arbitraje como última etapa, pudiendo ser técnico o de derecho" (arts. 161 y siguientes).

Estas formas alternas deberá de establecerse de manera expresa en el contrato administrativo la cláusula compromisoria, de lo contrario los conflictos será resueltos en sede civil o mercantil, y no ante la jurisdicción contenciosa administrativa, dado que la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no establece que sean asuntos sometidos a su competencia. Esto ha sido reafirmado por Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Cabe mencionar que con las reformas del año 2011, esta figura jurídica perdió ímpetu en virtud que era no muy frecuente que se dictaran "laudos arbitrales" en favor de la Administración. Por ello se regula ahora de manera *potestativa* llevándolo a casi por desaparecer, porque éstos al ser un contrato de adhesión, son los entes administrativos que estipulan que los conflictos no se sometan a estas formas alternas de resolver diferencias, salvo que el contrato se fundamente en un crédito internacional y en éste se establezca la obligatoriedad de arreglar los conflictos por medio del arbitraje, en virtud de la exclusión de la LACAP.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2005.

CANASÍ, José, *Derecho Administrativo, Parte especial*, Vol. II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1974.

COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación pública, (Nociones, Principios y Cuestiones)*, 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010.

DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto y LUCERO ESPINOZA, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo*, 9ª edición, Editorial Porrúa, México DF., 2010.

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 11ª edición, Ciudad de Argentina-Hispania Libros, Buenos Aires – Madrid – México, 2006.

FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, *Derecho Administrativo (Contratos)*, 3 edición, Editorial Porrúa, México DF., 2009.

FARRANDO Ismael y MARTÍNEZ Patricia (coordinares), *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.

MEILAN GIL, José, *Estructura de los contratos administrativos*, Editorial iustel, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, 17ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2011.

ROTONDO TORNARIA, Felipe, *Manual de Derecho Administrativo*, 7ª edición, Ediciones DEL FORO, Montevideo, 2009.

RODRÍGUEZ- ARANA MUNÓZ, Jaime y otros, *Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativa*, Editorial Guayacan, San José, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo*. Parte Especial, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2009.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN HONDURAS

Edmundo Orellana

I
INTRODUCCIÓN

1. REGULACIÓN

Originalmente los contratos administrativos se adjudicaban con apego a la Ley Orgánica de la Proveeduría General de la República del año 1958 y a la Ley Orgánica del Presupuesto y sus disposiciones generales. Estas disposiciones se aprueban anualmente, por ello la regulación en esta materia carecía de estabilidad porque cada año podían agregarse o suprimirse disposiciones aplicables.

Con la emisión de la primera Ley de Contratación del Estado, en el año de 1985, se vino a sistematizar el ordenamiento sobre los procedimientos de selección y los contratos administrativos.

Por razones desconocidas y a instancia de los contratistas, se derogó esa primera ley y se emitió la vigente, en el año de dos mil uno.

En todo caso, es en la Constitución de la República en donde se encuentra la justificación de la Ley de Contratación del Estado, que en

adelante se identificará como LCE. En ésta se ordena que la adjudicación de los contratos del Estado se haga mediante procedimientos de selección de conformidad con la ley.

En estas circunstancias, la adjudicación de los contratos por el Estado antes de la 1985, fecha en la que se emite la primera ley en la materia, se realizaba caprichosamente y rodeada de sospechas de corrupción en todos los casos. A partir de esa fecha, se organizaron los controles y cada día se avanza más en el propósito de lograr más transparencia e imparcialidad en la contratación pública.

1.1. JERARQUÍA NORMATIVA

Siguiendo la Ley General de la Administración Pública, en el Reglamento de la Ley de Contratación del Estado (en adelante, RLCE), se establece la jerarquía normativa siguiente:

1) Constitución de la República.

2) Instrumentos internacionales relativos a la contratación administrativa.

3) Ley de Contratación del Estado y demás normas legales relativas a la contratación administrativa.

4) Ley General de la Administración Pública, normas legales relativas a la administración financiera y demás regulaciones legislativas relacionada con la actividad financiera.

5) El Reglamento de la Ley de Contratación del Estado.

6) Los demás reglamentos especiales que se dicten en materias relacionadas con la contratación administrativa.

7) El Pliego de Condiciones o Bases del Concurso que rijan cada procedimiento de contratación.

Se incluyen también los Principios Generales del Derecho y la Jurisprudencia Administrativa.

1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LCE

Los contratos del Estado sujetos a esta Ley son los de obra pública, suministro de bienes o servicios y de consultoría.

La LCE es aplicable a la Administración Pública centralizada y descentralizada y a los Poderes Legislativo y Judicial. También el Tribunal Nacional de Elecciones, Ministerio Público, Comisionado de los Derechos Humanos, Contraloría General de la República, Dirección de Probidad Administrativa, Procuraduría General de la República y demás organismos especializados creados por Ley.

1.3. SUPLETORIEDAD DE LA LCE

La LCE será de aplicación supletoria en los siguientes contratos:

1) Contratos *de Gestión de Servicios Públicos*, *de Concesión de Uso del Dominio Público* o *de Concesión de Servicios* u *Obras Públicas*.

   En este caso, la regulación corresponde a las leyes especiales que tienen por objeto estas figuras jurídicas. Sin embargo, la supletoriedad está limitada a los principios generales contenidos en la LCE.

2) Contratos de *compra-venta, permuta, donación, arrendamiento, préstamo* u otros de contenido patrimonial que celebre la Administración Pública, sin perjuicio de las solemnidades o requisitos de forma que para la validez de dichos contratos exigiere el Derecho Privado; e igualmente, lo concerniente a sus efectos y extinción, que serán regulados por el Derecho privado, salvo lo que dispongan disposiciones especiales.

   En este supuesto, la supletoriedad se limita a la preparación, adjudicación o formalización de estos contratos. Es decir, exclusivamente lo concerniente a las reglas que regulan los procedimientos de contratación, con las adecuaciones del caso.

1.4. MATERIAS EXCLUIDAS DE LA LCE

Del ámbito de aplicación de la LCE, se excluyen los siguientes contratos o negocios jurídicos de la Administración:

1) La prestación por personas naturales de servicios profesionales o técnicos distintos de los que son objeto de los contratos de consultoría, es decir, los que, tienen por objeto los servicios (profesionales o técnicos) *"prestados por personas naturales a requerimiento de los organismos de la Administración Pública, centralizada o descentralizada, para desarrollar actividades relacionadas con su funcionamiento o administración, que demandan conocimientos especializados y que no pueden realizarse con personal regular y permanente"*.

2) Las relaciones de servicio de los funcionarios y empleados públicos y los contratos regulados por la legislación laboral.

3) La relación entre la Administración y los particulares derivada de la prestación de servicios públicos que impliquen el pago por estos últimos de una tarifa o de una tasa de aplicación general, como los de agua potable y energía eléctrica.

4) Las operaciones que realice la Administración con los particulares para el expendio al público de papel sellado, timbres, alcohol u otras especies fiscales.

5) Los contratos o convenios de colaboración que celebren el Gobierno Central con las instituciones descentralizadas, instituciones autónomas o municipalidades, o con otros organismos públicos, así como los que celebren estos organismos entre sí.

6) Los empréstitos u otras operaciones de crédito público reguladas por la legislación especial sobre la materia, así como, los servicios financieros prestados por el Banco Central de Honduras, o por otras entidades financieras públicas.

II
LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN

1. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN EN ESTOS PROCEDIMIENTOS

Los principios son los siguientes: legalidad, sana y buena administración, libertad de pactos, eficiencia, publicidad, transparencia, igualdad y libre competencia.

El de legalidad se expresa por medio de la disposición constitucional que contiene la siguiente fórmula: los servidores del Estado no tienen más facultades que las que expresamente les confiere la Ley.

El de buena y sana administración exige que la actividad administrativa se apegue a las reglas de la experiencia, no jurídicas, como simplicidad, celeridad, economía, rendimiento y prontitud.

El de libertad de pactos consiste en que la Administración puede concertar los contratos, pactos o condiciones que convengan al interés público.

El de eficiencia se expresa en tres niveles. El primero, es el que surge con la obligación de planificar la actividad administrativa para satisfacer sus necesidades oportunamente y en las mejores condiciones de costo y calidad. El segundo, que privilegia el contenido sobre la forma. El tercero, reclama el uso de la tecnología de punta para gestionar los sistemas de contratación.

El de publicidad postula la necesidad de garantizar el acceso a la información sobre la actividad de contratación para garantizar la participación del mayor número posible en los procedimientos de selección.

El de transparencia exige que los procedimientos ofrezcan las mismas condiciones de oportunidad a todos los oferentes y la confianza de que la información suministrada por ellos será usada exclusivamente para los fines de la selección por parte de la Administración.

El de igualdad plantea que todos los oferentes sean objeto del mismo tratamiento en atención a la valoración de sus propuestas.

El de libre competencia proclama que la oferta será seleccionada aplicando el método objetivo de evaluación y comparación.

2. LOS PROCEDIMIENTOS

Los procedimientos reconocidos son los siguientes: licitación, concurso y contratación directa.

2.1. Licitación

A) Noción

Este es el procedimiento utilizado para adjudicar los contratos para cuya celebración lo importante es determinar previamente el *precio más conveniente*.

B) El precio más conveniente

El precio más conveniente puede ser el más bajo. Pero no siempre el más bajo es el más conveniente. Ese es el caso del "precio anormalmente bajo", que la ley califica como "sin fundamento o especulativa". También cuando se toman en cuenta otros criterios objetivos de evaluación en atención a la naturaleza de la prestación, las condiciones del financiamiento o beneficios ambientales, o las condiciones del bien a adquirir. Por ejemplo, la compatibilidad de equipos o disponibilidad de repuestos, en el caso del suministro.

C) Contratos que se adjudican por este procedimiento

Por la licitación se adjudican los contratos en los que el precio es lo más importante. Por este procedimiento se adjudican los contratos de obra pública y suministro.

D) Clases de licitación

La licitación puede ser pública o privada. Será pública cuando el costo del contrato exceda de una determinada cantidad que anualmente se fija en las Disposiciones Generales del Presupuesto. Una modalidad de ésta es la internacional.

Será privada cuando no exceda de esa cantidad y en los casos siguientes: cuando por el objeto del contrato no haya más de tres potenciales contratistas; cuando por circunstancias imprevistas o por otras razones de apremiante urgencia surjan necesidades cuya atención apremiante no haya podido preverse; cuando por la seguridad de las instalaciones destinadas a la prestación del servicio, no convenga la licitación pública; cuando surja una carestía de productos de uso esencial, cuya adquisición fuere necesaria en el menor tiempo posible; cuando una licitación pública se declare desierta o fracasada.

E) Requisitos para la licitación

Previo a la licitación pública, la Administración debe cumplir con ciertos requisitos, a saber: autorización para contratar; identificación de la fuente de financiamiento; pliego de condiciones; y la precalificación.

En el caso de la licitación privada se siguen los mismos preparativos, con excepción del pliego de condiciones y la precalificación. El primero no es obligatorio, pero se prevé que se elaborará cuando se "estime necesario"; la precalificación, en cambio, solo es exigible en la pública, y el órgano responsable de la contratación debe acudir al Registro de Proveedores y Contratistas y, cuando fuere descentralizado, a su propio registro también.

F) Inicio del procedimiento

Se inicia el procedimiento de licitación con el denominado "expediente de contratación", responsabilidad del órgano responsable de la contratación.

G) Invitación a presentar ofertas

El siguiente paso en el procedimiento es la invitación a presentar ofertas, que, en el caso de la licitación pública, debe publicarse en el Diario Oficial La Gaceta y en por lo menos un diario de circulación nacional. La invitación no siempre es general. En el caso de la obra pública, la invitación se hará únicamente a los que resulten precalificados; en el caso del suministro, únicamente en los casos que se exija precalificación. La invitación es eso, una simple invitación, carece de fuerza de obligar; no es, pues, una oferta de contrato, por lo que puede ser revocada, modificada o suspendida, siempre que sea antes de la presentación de ofertas, sin que ello implique responsabilidad de su parte.

De la invitación surgen actuaciones como el retiro del pliego de condiciones, al cual deben apegarse estrictamente en la elaboración de la oferta, cumpliendo todos los requisitos que en ese pliego se exijan para la elaboración de la oferta. Estos requisitos son los subjetivos (conciernen a la persona del oferente), los objetivos (se refieren al contenido de la oferta) y los formales (el trámite, documentación e instrumentación de la oferta).

H) La presentación de la oferta

Con la presentación de la oferta, según la ley, se presume la declaración responsable de que el oferente reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar con la Administración, sin perjuicio de su comprobación. También se presume la aceptación incondicional por el oferente de las cláusulas del pliego de condiciones. Se trata, pues, de una auténtica oferta de contrato presentada por el oferente a la Administración.

Solo se presenta una oferta. Sin embargo, se aceptan las ofertas alternativas, que son aquellas que se ofrecen como alternativa a la oferta básica y obligatoria, proponiendo su propio proyecto, condiciones y documentación técnica. Se trata de una variación de la principal, pero solamente se acepta cuando se plantea en el Pliego de Condiciones.

La oferta puede ser retirada sin responsabilidad de parte del oferente, pero antes de que venza el plazo para presentarlas. En este caso, el oferente podrá presentarla nuevamente siempre que el plazo no haya vencido.

Toda oferta debe ser recibida siempre que se cumplan con los requisitos para su presentación. Pero su recepción solo obliga a la evaluación de la oferta por parte de la Administración.

I) Apertura, admisión y mantenimiento de las ofertas

La apertura de las ofertas se sigue con las formalidades que la legislación prevé. Se da inicio a la audiencia, se abren y se leen las ofertas y se levanta el acta respectiva que debe contener la firma de los asistentes.

La admisión de las ofertas no se traduce en una aceptación de las mismas. No genera derechos ni obligaciones. Solo surge el interés legítimo de que su oferta sea evaluada con apego a las reglas legales y las previstas en el pliego de condiciones, cuya aceptación incondicional se presume con la presentación de la oferta.

El oferente debe sostener la oferta una vez que vence el plazo de presentarla y por ello se reconoce la garantía de mantenimiento de oferta que debe presentarse junto con ésta.

J) Oferta con financiamiento del interesado

Se reconoce la oferta con financiamiento del interesado. En este caso, la Administración advertirá en el pliego de condiciones que el financiamiento lo suministrará el oferente. En este caso, la legislación aplicable, además de la LCE, será la que regula el crédito público.

K) Adjudicación

La adjudicación se basará en el informe de evaluación que realice la Comisión de Evaluación designada por el órgano responsable de la contratación.

La evaluación debe ceñirse a las reglas de la legislación y del pliego de condiciones. Se verificará que la oferta se presenta cumpliendo las condiciones establecidas en el Pliego de condiciones; se hará el análisis comparativo de las ofertas; y se determinará el precio más conveniente o si la oferta responde a los otros criterios objetivos de evaluación contenidos en el pliego de condiciones.

El dictamen de la comisión es obligatorio y vinculante. De modo que el órgano responsable de la adjudicación debe someterse al dictamen de la comisión, caso contrario debe revocar la licitación, porque no está autorizado a modificar el dictamen de esa comisión. Por eso, el dictamen es una auténtica preadjudicación.

En el dictamen deben colocarse los oferentes según la evaluación que se les haya asignado. Así el que ocupe el primer lugar será a quien se adjudique el contrato, salvo que no acepte.

La adjudicación es un acto jurídico emitido por el órgano responsable de la contratación y consiste en declarar que a un determinado oferente se le asigna un determinado contrato.

Cuando el oferente a quien se adjudica el contrato no acepta o no lo formaliza por causas a él imputables, dentro del plazo señalado al efecto, se adjudicará el contrato al oferente que hubiere quedado en segundo lugar y si esto no fuere posible al que ocupa el que sigue y así sucesivamente. A los que no acepten o no formalicen el contrato a tiempo, se les ejecutará la garantía de mantenimiento de oferta.

L) Licitación desierta o fracasada

Será desierta aquella licitación a la que no concurra el mínimo de oferentes previstos en el pliego de condiciones.

Será fracasada en los casos siguientes: cuando se hubiere omitido en el procedimiento alguno de los requisitos esenciales previstos en la LCE o en sus disposiciones reglamentarias; cuando las ofertas no se ajusten a los requisitos esenciales establecidos en el reglamento o en el pliego de condiciones; cuando ningún oferente acepte la adjudicación; cuan-

do se comprobare que ha existido un entendimiento malicioso entre los oferentes:

En estos casos, se procede a una nueva licitación.

2.2. Concurso

A) Noción

Por este procedimiento de selección de contratistas se determina quien entre los participantes tiene la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística para ejecutar el contrato.

B) Contratos que se adjudican por este procedimiento

Este procedimiento se utiliza para adjudicar contratos en los que prevalezca el elemento personal, es decir, en donde se considere la creatividad, originalidad y conocimientos profesionales o técnicos.

Los contratos de consultoría, definidos por la LCE, como aquellos por los cuales se efectúan "estudios, diseños, asesoría, coordinación o dirección técnica, localización de obras, preparación de términos de referencia y presupuesto, programación o supervisión técnica de obras u otros trabajos de la misma naturaleza", son los que se adjudican mediante el procedimiento de concurso.

C) Preinversión

Todo proyecto pasa por dos etapas, a saber: la preinversión y la inversión. La primera es la que precede a la ejecución de la obra o a la compra del suministro, y consiste en la idea del proyecto, los estudios de prefactibilidad y factibilidad, el diseño y la fase de la negociación del financiamiento. La segunda, consiste en la construcción de la obra, instalación de la maquinaria, apertura y mantenimiento de una obra pública, puesta en operación de una fábrica y su evaluación, etc.

La preinversión es la etapa más exigente porque demanda de creatividad, de originalidad y también de conocimientos especializados en el orden científico y técnico. Durante su proceso se generan los proyectos, se evalúan todos los factores que determinan su factibilidad y se diseñan con precisión todos sus detalles. Es en esta etapa en la que se requiere la de prestación personales que garanticen la calidad del objeto del contrato. No es el precio más conveniente lo que se busca, sino quien es el más idóneo para ejecutar el contrato, desde el punto de vista científico, técnico, cultural o artístico.

En toda la etapa de preinversión prevalece el concurso ya que es el medio por el que se adjudican los contratos de consultoría, los cuales permiten identificar las empresas o personas que respondan a los requerimientos de idoneidad señalados.

En la inversión prevalecen los contratos de obra pública o de suministro, por lo que será la licitación el procedimiento al que más se recurre.

D) Clases de concurso

El concurso puede se público o privado. Será público cuando exceda de la cantidad que anualmente se establece en las Disposiciones Generales de Presupuesto y privado cuando no exceda de esta cantidad.

No existe en la legislación ningún otro criterio para distinguir estos dos tipos de concurso más que el señalado en el párrafo anterior.

E) Requisitos previos al concurso

Los requisitos previos al concurso son los siguientes: autorización para contratar; identificación de la fuente de financiamiento; términos de referencia; presupuesto estimado de costos; y, cuando proceda, la precalificación.

La precalificación procede en la adjudicación de los contratos de consultoría para el diseño o supervisión de obras públicas o cuando lo dispongan las Bases del Concurso.

F) Procedimiento

Se sigue el mismo de la licitación con las variantes que se describen a continuación.

Se presentan dos ofertas por cada oferente. La oferta técnica y la oferta económica. En la oferta técnica no se incluyen costos y su contenido es el desarrollo de los términos de referencia, que constituyen la guía para su elaboración; sin embargo, los oferentes podrán proponer modificaciones, ampliaciones o adiciones cuando las Bases del Concurso lo soliciten. En la oferta económica se desarrolla el formato de presupuesto presentado en las Bases, desglosando detalles de costos y hombres- meses. Los sistemas para fijar los costos son los siguientes: costos más honorarios fijos, precio alzado o cualquier otro procedimiento técnico fundamentado y cierto, que permita determinar su valor en forma justa.

Los factores de ponderación de las ofertas están previstos en la LCE, a saber: la experiencia en la especialidad del trabajo, los antecedentes en el cumplimiento de contratos anteriores, la conveniencia del plan de trabajo y el enfoque propuesto en relación con los términos de referencia, la capacidad, idoneidad, disponibilidad apropiada del personal propuesto, y la capacidad financiera del oferente, si se tratare de supervisión de obras o de otros contratos en que fuere requerido.

La evaluación corresponde a la Comisión de Evaluación que se creará oportunamente. Se inicia con la oferta técnica y solamente entre los miembros de esta comisión. De esta evaluación resulta el "orden de mérito" en el que se colocan las ofertas, de acuerdo a la valoración que se le asigne a sus respectivas ofertas técnicas, y determina el orden de los oferentes a efecto de negociar la oferta económica. Por eso se dice que el *orden de mérito* opera como una *adjudicación provisional*

El único límite para la inclusión de las ofertas en el orden de mérito es que no superen la calificación mínima que se fije en las Bases. Sin embargo, cuando se trate de contratos de consultoría en los que se exija precalificación, el número no pasará de seis, porque hasta esa cantidad puede llegar el número de precalificados, según la LCE.

La oferta económica del oferente cuya oferta técnica ocupa el primer lugar del *orden de mérito*, será la única que se abrirá y se invitará al oferente a negociarla dentro del plazo que se fije. Las demás ofertas económicas se mantendrán cerradas y con la debida reserva.

En la evaluación de la oferta económica se analizan los costos directos (los que se originan directamente de la ejecución de las prestaciones objeto del contrato y que pueden acreditarse para su desembolso o reembolso), los indirectos (cargas sociales y gastos generales de administraron) y la utilidad (porcentaje que se reconoce como compensación, entre otros conceptos, por el riesgo, responsabilidad, conocimientos, experiencia y disponibilidad en la ejecución del contrato), sobre la base de los términos de referencia y del desglose que de los mismos realice el consultor en su oferta técnica.

Si no se llega a ningún acuerdo con el que ocupa el primer lugar, se invitará a negociar el segundo mejor calificado, y así sucesivamente hasta adjudicar el contrato, sin perjuicio de que, si procediere, se declare fracasado.

Si se llega a un acuerdo, la comisión elevará su informe al órgano responsable de la contratación y éste adjudicará definitivamente el contrato. Inmediatamente después se formalizará el mismo.

Cuando no concurra el mínimo de oferentes previsto en las Bases, se declarará desierto el concurso.

Se declarará fracasado en los casos siguientes: cuando las ofertas técnicas sean desestimadas por no haber sido elaboradas de conformidad con el Pliego de Condiciones; cuando ninguna de las ofertas técnicas obtenga una calificación igual o superior a la mínima fijada; cuando en la fase de negociación de las ofertas económicas, ninguno de los oferentes llegue a un acuerdo con la Administración; cuando se haya omitido en el procedimiento alguno de los requisitos esenciales establecidos en la LCE o en las disposiciones reglamentarias; y, cuando se comprobare que ha habido colusión.

2.3. Contratación Directa

A) Excepción a la regla general

La regla general es que los contratos deben ser adjudicados mediante licitación o concurso, pero la misma Constitución (Art. 360) reconoce las excepciones a esta regla.

Los casos en que se puede prescindir de esos procedimientos son dos, a saber: en la adjudicación de contratos que tengan por objeto proveer a las necesidades ocasionadas por un estado de emergencia y en la de aquellos que por su naturaleza no puedan celebrarse, sino con persona determinada.

A esta forma de contratar, la LCE le denomina **Contratación Directa** y constituye la excepción a aquella regla general. Se trata, entonces, de un procedimiento de excepción y, como toda excepción, solamente procederá en los supuestos previstos taxativamente en la LCE.

B) Noción

La *contratación directa* es un procedimiento excepcional por medio del cual el Estado y sus entidades pueden contratar directamente, en los casos previstos expresamente en la ley, la prestación de un servicio, la adquisición o venta de un bien o la ejecución de una obra, sin someterse a licitación o concurso.

C) Supuestos reconocidos en la LCE

La *contratación directa*, según la LCE, procederá en los casos siguientes:

1. Cuando tenga por objeto proveer a las necesidades ocasionadas por una situación de emergencia;

2. Cuando se trate de adquisición de repuestos u otros bienes o servicios especializados cuya fabricación o venta sea exclusiva de quienes tengan patente o marca de fábrica registrada, siempre que no hubiere sustituto conveniente;

3. Cuando se trate de obras, suministros o servicios de consultoría, cuyo valor no exceda de los montos establecidos en las Disposiciones Generales del Presupuesto, en cuyo caso podrán solicitarse cotizaciones a los posibles oferentes sin las formalidades de la licitación privada;

4. Cuando las circunstancias exijan que las operaciones del Gobierno se mantengan secretas;

5. Cuando se trate de la acuñación de moneda y la impresión de papel moneda;

6. Cuando se trate de trabajos científicos, técnicos o artísticos especializados; y,

7. Cuando se hubiere programado un estudio o diseño por etapas se podrá contratar el diseño o la supervisión de las que faltaren con el mismo consultor que haya realizado las anteriores en forma satisfactoria.

D) Autorización

Cualquiera que sea el caso, el órgano responsable de la contratación necesitará autorización para contratar mediante este procedimiento.

III
LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. LOS CONTRATOS

Los contratos administrativos típicos son el de obra pública, suministro y consultoría.

1.1. Contrato de Obra Pública

A) Definición legal

Es el celebrado por la Administración con una o más personas naturales o jurídicas, para la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de bienes que tengan naturaleza inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo, a cambio de un precio.

Se consideran expresamente contratos de obra pública, los que se celebren para ejecutar lo siguiente:

1) La construcción y mantenimiento de carreteras, instalaciones ferroviarias, puertos, presas, puentes, edificios, aeropuertos, acueductos, obras de control de inundaciones, instalaciones varias y otras análogas de ingeniería;

2) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, inyecciones, perforaciones y otros semejantes; y,

3) La reforma, reparación, conservación o demolición de las obras indicadas en los incisos anteriores.

También se consideran contratos de obra pública tos denominados "*Llave en Mano*". Son aquellos por "*los cuales el contratista se obliga a proporcionar, mediante un único contrato, todos o algunos de los siguientes elementos: los diseños técnicos, servicios de ingeniería, financiamiento, construcción, así como, en su caso, el terreno necesario o el suministro e instalación de plantas, equipos u otros similares, incorporadas a la obra*".

B) Característica

En este contrato la prestación del contratista siempre se ejecutará sobre bienes inmuebles, ya sea para construirlo, reformarlo, repararlo, conservarlo o demolerlo.

Las prestaciones, en este tipo de contratos, comprenderán, por supuesto, las que se ejecutan sobre el suelo y el subsuelo, modificando su forma o sustancia.

C) Requisitos previos a su ejecución

Son de dos tipos, a saber: los que corren a cargo de la Administración y los que deben ser cumplidos por el contratista.

Los que corren a cargo de la Administración son los siguientes: adquirir el inmueble sobre el que ejecutará las prestaciones el contratista, incluyendo derechos de vía y la constitución de servidumbres; tener a disposición bancos de materiales; la obtención de los permisos que se requieran, incluyendo las licencias ambientales; y, en definitiva, todas las facilidades que se especifiquen en el contrato.

Los que corren a cargo del contratista, son los siguientes:

1. Garantía de cumplimiento del contrato y, si lo hubiere, garantía de anticipo de fondos.

2. Programa detallado de ejecución de la obra, indicando el costo estimado por etapas, de conformidad con lo que indiquen los documentos de licitación. El programa deberá ser aprobado por el órgano responsable de la contratación.

3. Nómina del personal técnico asignado para la dirección y ejecución de la obra, incluyendo, un plan de organización.

4. Los documentos que acrediten la disponibilidad del equipo y maquinaria que se emplearán en la obra.

5. La disponibilidad podrá acreditarla con documentos que acrediten su propiedad, arrendamiento o cualquier otra modalidad prevista en las leyes, y garantizando que dicho equipo y maquinaria estarán en el lugar de la ejecución del contrato al inicio de la ejecución. También estarán obligados a describir el equipo y maquinaria.

6. Los demás que se indiquen en el Reglamento o en el Pliego de Condiciones de la licitación.

D) Ejecución

Las prestaciones se comenzarán a ejecutar desde el momento que reciba la *orden de inicio*.

Las prestaciones se ejecutarán con apego estricto al contrato, a las modificaciones que se aprueben legalmente y a las instrucciones por escrito que, en interpretación técnica del contrato y demás documentos, fueren impartidas al contratista, por el Supervisor designado por la Administración.

La ejecución del contrato se realizará por cuenta y riesgo del contratista, sin perjuicio de su derecho a que se mantenga el equilibrio el equilibrio económico- financiero del contrato en la forma prevista en la LCE y el Reglamento.

La Administración no asumirá ante el contratista más responsabilidades que las previstas y derivadas del respectivo contrato.

Las fallas o desperfectos que ocurran durante la ejecución del contrato, serán responsabilidad del contratista, cuando las causas le fueren imputables, por lo que cualquier falla o defecto deberá ser reparado

por el contratista, a su propio costo; igualmente, cuando proceda a ejecutar trabajos no autorizados por escrito.

También será responsable por las deficiencias o imprevisiones del diseño o en la ejecución de la Supervisión, cuando conociéndolas no las denunciare o en el caso de los contratos *Llave en Mano.* Los daños o perjuicios causados a terceros, serán de responsabilidad del contratista, cuando le fueren imputables.

Será también responsabilidad del contratista la custodia y vigilancia de las obras hasta su entrega definitiva. Para ello, debe tener en cuenta su naturaleza y se ajustará, en todo, a lo estipulado en el contrato.

No será responsabilidad del contratista durante la ejecución, lo siguiente: las fallas o desperfectos cuyas causas no le fueren imputables al contratista; las fallas o desperfectos producidas por fuerza mayor o caso fortuito, debidamente calificados; y, las deficiencias o imprevisiones en el diseño o en la ejecución de la Supervisión, salvo en los supuestos indicados oportunamente.

E) Pago de las obras

El sistema de pago será el que se hubiere pactado, ya sea sobre la base de cantidades de obra y precios unitarios fijos, precio global o precio alzado, costo más honorarios fijos u otras formas de pago.

El pago se hará de acuerdo con las cantidades de obra ejecutada, ajustándose a la modalidad convenida y se sustentará en la documentación presentada correctamente por el contratista.

F) Revisión de precios

Los precios convenidos en el contrato son invariables. Sin embargo, en circunstancias especiales se reconoce que el contratista podrá solicitar el aumento de los precios, cuando los convenidos en el contrato, en la parte que aún no ha sido ejecutada, sufrieren alteración en el mercado.

La revisión de precios consiste, entonces, en el ajuste de los precios estipulados en el contrato, por las alteraciones que los mismos sufran en el mercado. Pero esto no solamente juega a favor del contratista, sino también a favor de la Administración. Por eso reconoce el ajuste por decrementos en los precios convenidos en el contrato.

Todo factor que incida en el costo de la obra estará comprendido en el ajuste para el reconocimiento de mayores costos, entre ellos tenemos la inflación, devaluación monetaria y nuevas leyes.

El ajuste se hará mensualmente, es decir, se aplicará la o las fórmulas de revisión de precios a las facturas o estimaciones por obra ejecutada que deberá presentar el contratista a la Administración para fines de pago. Se aplicará sobre la base de los precios iniciales, siempre que consten acreditadas tales variaciones, partiendo de la relación entre los respectivos precios en la fecha en que se aplique la revisión y en la fecha de referencia prevista en el Pliego de Condiciones y en el contrato.

Están excluidos del reconocimiento de incrementos, los materiales adquiridos con el anticipo recibido por el contratista, los pagados con anticipación y los incrementos que se produzcan dentro de la prorroga otorgada por causas imputables al contratista.

G) Supervisión

La supervisión tendrá por objeto la verificación de la correcta ejecución del contrato y corresponde a la Administración ejercerla por medio de su propio personal o de consultores contratados.

Cuando se contrataren consultores, serán seleccionados mediante el concurso respectivo.

En el ejercicio de la supervisión, el responsable de la misma estará obligado a oír al contratista antes de adoptar las decisiones o recomendaciones que correspondan.

El supervisor será responsable ante la Administración por sus acciones u omisiones, en caso de dolo o negligencia.

H) Terminación y recepción

Terminada sustancialmente la obra, el órgano responsable de la contratación procederá a su recepción.

Se entiende por "*terminación sustancial*", la conclusión de la obra o la sección o etapa respectiva, de acuerdo con los planos, especificaciones y demás documentos contractuales, de manera que, luego de las comprobaciones que procedan, pueda ser recibida definitivamente y puesta en servicio, atendiendo su finalidad.

Previo a su recepción, desde luego, se deberá verificar que la obra esté conforme con los planos, especificaciones y demás documentos contractuales.

La recepción puede hacerse por entregas parciales o a la terminación total de la obra. La recepción por entregas parciales, solamente procede cuando se hubiere pactado la ejecución y entrega por partes. La recepción de la obra terminada totalmente, solamente procederá cuando se hubiere constatado que la obra se ejecutó conforme con los planos, especificaciones y demás documentos contractuales.

En todo caso, si se ha pactado la garantía de calidad, la recepción será definitiva hasta que venza el plazo de ésta.

1.2. Contrato de Suministro

A) Definición legal

Es *el celebrado por la Administración con una persona natural o jurídica que se obliga a cambio de un precio, a entregar uno o más bienes muebles o a prestar un servicio de una sola vez o de manera continuada y periódica*.

Entre los contratos de suministro reconocidos tenemos los siguientes:

1) Transporte de bienes;

2) Aseo o higienización de edificios u otras instalaciones públicas;

3) Vigilancia;

4) Seguros de bienes o de personas;

5) Adquisición a cualquier título de equipos o de sistemas de informática;

6) Los servicios de reproducción electrónica de datos o documentos;

7) La reparación o mantenimiento de equipos;

8) Los servicios de alimentación;

9) El arrendamiento de equipos;

10) Reparaciones menores de inmuebles u otras instalaciones públicas:

11) Los servicios de publicidad, edición e imprenta; y,

12) Cualquier otro servicio en el que no prevalezca el esfuerzo intelectual.

También será considerado contrato de suministro, las obras accesorias de instalación y de montaje de los bienes, siempre que el valor de tales obras accesorias no tengan un precio mayor al de los bienes objeto de la instalación o montaje.

B) No son considerados contratos de suministro

No son considerados contratos de suministro el diseño de programas específicos de informática, o de cualquier otro servicio en el que prevalezca el esfuerzo intelectual. No se comprenden los discos compactos que contengan programas de informática que se pueden adquirir en el mercado.

C) Características

Por este contrato solo podrán adquirirse bienes muebles. Estos, según nuestra legislación, son las cosas *que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa*. Se excluyen, por tanto, los bienes inmuebles, que son *las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles*.

Otra característica es que la obligación de dar o hacer a cargo del contratista puede ejecutarse de una sola vez o de manera continuada y periódica.

D) Ejecución

El contratista está obligado a entregar los bienes o a prestar el servicio como se hubiere previsto en el contrato, en el tiempo, el lugar y las condiciones convenidas, sujetándose a los requerimientos técnicos y administrativos pactados.

Cuando la naturaleza del suministro lo requiera, el contrato debe garantizar la entrega oportuna de repuestos, de piezas de recambio y el entrenamiento del personal que se hará cargo de la operación de la maquinaria o del equipo que constituya el objeto del contrato.

En todo caso, el contratista estará obligado a acreditar que tiene derecho al uso de las patentes o que es titular de los derechos de autor, en relación con los bienes o servicios que se ha obligado a entregar.

Mientras no se entreguen los bienes, el contratista es el responsable de los mismos. Por eso, cualquier pérdida, avería, daño o cualquier perjuicio ocasionado a los bienes mientras estén en poder del contratista, es decir, antes de su entrega, correrá bajo su exclusiva responsabilidad, salvo en el caso de que cuando la Administración incurra en mora de recibirlos.

E) Mora

Podrá incurrir en mora tanto el contratista como la Administración.

El contratista incurrirá en mora cuando incumpla los plazos o el sitio de la entrega. En este caso, se entenderá incurso en mora sin que se requiera de previa notificación de la Administración.

La Administración incurrirá en mora cuando no reciba en la fecha convenida en el contrato, los bienes o servicios que el contratista se obligó a entregar. Sin embargo, para que la Administración sea considerada en mora, es preciso que el contratista formule la denuncia, indicando que no ha podido entregar los bienes o servicios en el plazo convenido, porque la Administración no ha atendido sus solicitudes de recepción de los mismos, presentadas antes del vencimiento del plazo de entrega.

Cuando se produjeren pérdidas, averías o perjuicios a los bienes mientras la Administración se encuentre de mora de recibirlos, la responsabilidad será de ésta. El contratista, en este caso, tendrá derecho a reclamar indemnización, previa demostración de los hechos.

F) Plazos

Cuando se hubiere fijado un plazo en el contrato, la recepción provisional se hará dentro de este plazo y en el lugar convenido. Cuando incurra en mora, según lo dicho, se aplicará la multa prevista en el contrato, sin perjuicio de la resolución del mismo, con ejecución de garantía, cuando procediere.

Cuando no se hubiere establecido plazo en el contrato para la recepción definitiva, se entenderá que deberá practicarse dentro de los veinte días hábiles siguientes a la recepción provisional, previa notificación al contratista. Este plazo podrá prorrogarse por una sola vez, cuando las circunstancias del caso lo requieran. Evidentemente, las circunstancias las calificará discrecionalmente la Administración.

G) Inspección

Cuando se trate de bienes que deban ser producidos, el órgano encargado de la contratación podrá inspeccionar el proceso de fabricación de los mismos.

Para ese fin, podrá ordenar, mediante la contratación de empresas calificadas, o realizar por medio del personal que designe, análisis, ensayos o pruebas de los materiales a emplear o de los productos terminados, establecer otros sistemas de control de calidad y tomar cuantas disposiciones estime convenientes para asegurar el estricto cumplimiento de lo convenido.

H) Entrega

Los bienes deben ser entregados de conformidad con las condiciones del contrato, es decir, dentro de los plazos convenidos y con la calidad técnica especificada.

Los gastos de transporte, seguros, servicios portuarios o aduaneros y de entrega de los bienes en el lugar convenido, serán responsabilidad del contratista. Sin embargo, podrá eximirse de esta responsabilidad si así se pacta en el contrato. Pero si en éste nada se dice sobre quien corre con los gastos, se entenderá que corresponden al contratista.

La entrega, en todo caso, se considerará realizada cuando los bienes o los servicios hayan sido materialmente recibidos por la Administración. Se entenderá recibidos materialmente cuando su hubiere suscrito el acta correspondiente.

El plazo de entrega de los suministros se contará a partir de la fecha de recepción de la carta de crédito por el beneficiario, o de la recepción de la correspondiente orden de compra cuando se establezca otra modalidad de pago.

Para la recepción de los bienes se integrará una comisión especial, conformada por tres miembros designados por la Administración.

I) Recepción

La recepción de los bienes es responsabilidad de la Comisión Especial, en presencia del representante del contratista.

La recepción tendrá carácter provisional, levantando el acta respectiva y los recibos o constancias que se firmen quedarán sujetos a la recepción definitiva.

Si de las inspecciones, pruebas y verificaciones que efectúe la Administración dentro del plazo convenido, resultare que los bienes no se encuentran en estado de ser recibidos por defectos o averías visibles, o cuando ocurran faltantes o cualquier otra circunstancia calificada, se hará constar en el acta.

En este caso, se girarán instrucciones precisas al contratista para que ejecute, según proceda, una de las siguientes acciones: subsanar los defectos o averías que se hubieren descubierto; o, en su caso, proceder a una nueva entrega de conformidad con lo pactado.

La recepción definitiva procederá cuando después de realizadas las inspecciones, pruebas y verificaciones, se comprobare que los bienes se encuentran en estado de ser recibidos, porque cumplen con los requerimientos de calidad, especificaciones y demás condiciones del contrato, o se ha cumplido con lo ordenado en la recepción provisional.

Cuando se hubiere pactado la garantía de calidad, la recepción definitiva será hasta que ésta haya caducado.

Cuando el suministro consista en servicios, éstos se entenderán recibidos de acuerdo con lo convenido y las modalidades que le son propias.

J) Certificación de calidad de los productos

Es responsabilidad del contratista que los bienes sean producidos en los plazos señalados y con la calidad técnica que responda a las especificaciones convenidas, pero la Administración debe asegurarse que la calidad sea la prevista en las especificaciones contenidas en el contrato. Por ello está autorizada para contratar empresas especializadas

en la materia de que se trate o a profesionales calificados, atendiendo al proyecto o programa que se trate, para que certifiquen la calidad de los productos.

K) Pago

El precio podrá pagarse de una sola vez o mediante pagos parciales, contra entrega parcial del suministro, según lo convenido en el contrato. Los pagos se consideraran como pagos a cuenta.

Si se tratare de servicios que deban entregarse o prestarse en períodos de tiempo determinados, se establecerán las modalidades particulares de pago.

Si se trata de bienes que deben ser importados, los precios se cotizarán en el lugar que indique el Pliego de Condiciones respectivo, con exclusión de los impuestos aduaneros de importación. El pago de servicios portuarios o aduaneros será responsabilidad del contratista.

El contrato podrá disponer el pago mediante carta de crédito a favor del contratista o mediante cualquier otro método de pago utilizable en el comercio internacional.

L) Plazo de garantía

Las garantías deben constituirse en legal forma, siempre que estén pactadas. Si no se hubiere previsto expresamente en el contrato, serán aplicables las reglas legales generales.

Si durante el plazo de la garantía, se acreditase la existencia de vicios o defectos ocultos en la cosa vendida, el contratista estará obligado a su reposición o a su reparación si ello fuere suficiente, sin perjuicio de que la Administración proceda, en su caso, a ejecutar la garantía de calidad o a reclamar las demás indemnizaciones que correspondan.

Durante el plazo de garantía, el contratista tendrá derecho a ser oído y a hacer recomendaciones sobre la utilización de los bienes vendidos, incluyendo, en su caso, la supervisión de su aplicación.

1.3. Contrato de Consultoría

A) Definición legal

Es aquel por el cual una persona, natural o jurídica, a cambio de un precio, se obliga a prestar servicios específicos a la Administración en la medida y alcances que ésta determine, para efectuar estudios, diseños, asesoría, coordinación o dirección técnica, localización de obras, preparación de términos de referencia y presupuesto, programación o supervisión técnica de obras u otros de la misma naturaleza.

La adquisición de programas de informática, se comprende dentro de este concepto.

B) Característica

La característica fundamental de este contrato es que la prestación a la que se obliga el contratista, es, esencialmente, intelectual, ya que para su ejecución se requiere de creatividad, originalidad y conocimientos profesionales o técnicos.

C) Importancia de este contrato

Estos contratos contienen los llamados *términos de referencia*, que consisten en la descripción detallada de los objetivos, las prestaciones a ejecutar, metodología, etc, de modo que si estos están preparados con precisión y por quien posea el conocimiento técnico o profesional sobre el objeto del contrato, la confección del estudio o del diseño se desarrolla sin contratiempos importantes, la supervisión es más efectiva y, lo más importante, la calidad del estudio o diseño estará asegurada.

No se exagera cuando se afirma que el éxito en la ejecución física de un proyecto cualquiera, se encuentra precisamente en la elaboración de los términos de referencia. En efecto, si la carretera, el edificio público, el puente, etc., es diseñado con las adecuadas especificaciones

técnicas o profesionales, la supervisión sobre la construcción será fácil de ejecutar y, en consecuencia, la construcción de la obra será eficiente y de alta calidad, quedando, con ello, garantizada la satisfacción de la necesidad colectiva que se perseguía atender. Por ello, se puede afirmar, sin caer en la exageración, que en ellos se encuentra el éxito o el fracaso anticipado de los proyectos.

D) Ejecución

El contratista ejecutará el contrato con sujeción a sus cláusulas, incluyendo los correspondientes términos de referencia y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación gire la Administración al contratista.

Será responsabilidad del contratista la calidad de los trabajos que desarrolle. En los contratos de diseño, supervisión o dirección técnica de obras también será responsable de los errores y omisiones en que incurra, incluyendo métodos inadecuados o cualquier otra actuación que pudiera causar consecuencias negativas para la Administración o para terceros.

Será el órgano responsable de la contratación el competente para determinar si la prestación ejecutada por el contratista, se ajusta a los términos de referencia y demás prescripciones para su ejecución, requiriendo, en su caso, las correcciones que pudieran corresponder.

E) Pago

Las prestaciones a ejecutarse por el contratista tienen un precio y éste se fijará mediante cualquier modalidad que permita determinar su valor en forma justa.

Los sistemas de pago que menciona la LCE son los siguientes*: costo más honorarios fijos* y *precio alzado*.

Costo mas honorarios fijos es el procedimiento a utilizar cuando determinados costos son susceptibles de cuantificarse en la negociación de

la oferta económica; pero otros costos, en cambio, no pueden ser fijados con precisión porque la cantidad de trabajo a realizarse solamente la determinará el desarrollo de la ejecución del contrato, en atención a cuestiones técnicas o de conveniencia.

Precio Alzado procede cuando las partes están en capacidad de determinar con exactitud y por anticipado la cantidad de trabajo a realizar, el plazo dentro del cual se ejecutarán todas las actividades y, en general, todo lo concerniente a la ejecución eficiente y eficaz del contrato, de modo que la posibilidad de una variación es prácticamente inexistente.

F) Revisión de precios

El reconocimiento de la revisión de precios en estos contratos queda limitada a aquellos cuyo objeto sea el diseño o supervisión de obras públicas.

Los ajustes de costos procederán cuando las variaciones de los precios se den en cualquiera de los casos siguientes: cuando la ejecución del contrato se prolongue por mas de doce (12) meses; y, cuando siendo menor de este plazo, se presenten tasas de inflación superiores a lo estimado en los documentos contractuales.

G) Recepción

La recepción de los trabajos objeto del contrato de consultoría tiene el mismo tratamiento de los contratos anteriores.

2. LAS GARANTÍAS

A) Tipos

Las garantías que reconocidas son las siguientes: *de mantenimiento de oferta, de cumplimiento, de calidad* y *de anticipo de fondos*.

Se acreditarán mediante las fianzas y las garantías bancarias emitidas por instituciones debidamente autorizadas, cheques certificados u otras análogas que establezca el Reglamento de la LCE.

El Reglamento agrega lo siguiente: "*los bonos del Estado representativos de obligaciones de la deuda pública, que fueren emitidos de conformidad con la Ley de Crédito Público*". En este caso, la garantía debe inscribirse en el registro del Banco Central de Honduras en el que figuren anotados dichos valores, quedando inmovilizados y afectos a las obligaciones garantizadas, con excepción de los rendimientos que generen.

Otras garantías, de carácter eventual, están previstas también en la legislación. Entre estas tenemos las siguientes: la garantía que debe constituirse para responder por los materiales, instalaciones y demás medios que la Administración facilite al contratista para la ejecución; y las "*garantías de funcionamiento*", previstas para el suministro.

B) Instituciones garantes

Solamente podrán aceptarse garantías otorgadas por entidades garantes que reúnan los siguientes requisitos: no encontrarse en mora con cualquier órgano u organismo de la Administración, central o descentralizada, como consecuencia de la falta de pago de garantías ejecutadas; no hallarse en situación de suspensión de pagos o de liquidación forzosa; no estar suspendida la autorización para el ejercicio de su actividad; y, obligarse en forma solidaria con el garantizado, con renuncia expresa del beneficio de excusión.

Todas las garantías reconocidas por la LCE tienen carácter de *título ejecutivo.*

C) Garantía de Mantenimiento de Oferta

La *Garantía de Mantenimiento de Oferta* se constituye antes de la vigencia del contrato, por lo que es precontractual, pero expira dentro de su vigencia.

Solo procede en la licitación, porque en este procedimiento la oferta debe mantenerse invariable durante todo su desarrollo y hasta la suscripción del contrato.

Se constituye para asegurar el mantenimiento del precio y las demás condiciones de la oferta.

Esta garantía tiene otras funciones. Por un lado, asegurar que el contrato se suscriba, ya que expira hasta que se presente la Garantía de Cumplimiento; por el otro, asegurar que la ejecución se inicie a tiempo, porque la orden de inicio se emite hasta que la Garantía de Mantenimiento de Oferta es sustituida por la Garantía de Cumplimiento. Si no es sustituida por ésta, se declara resuelto el contrato y se ejecuta la garantía de mantenimiento de oferta.

La garantía será equivalente, por lo menos, al dos por ciento (2%) del valor de la oferta; y se presentará junto con ésta.

D) Garantía de Cumplimiento

En los contratos de obra pública y de suministro se constituye antes de la orden de inicio para asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones estipuladas en el contrato a cargo del contratista, cuyo plazo será el que se hubiere fijado en el Pliego de Condiciones.

La garantía será equivalente al quince por ciento (15%) del valor del contrato, pero cuando se pacten entregas periódicas o diferidas, que cubran períodos mayores de doce (12) meses, la *Garantía de Cumplimiento* se constituirá por el quince por ciento (15%) del valor estimado de los bienes o servicios a entregar durante el año. En este caso, la garantía deberá renovarse treinta días antes de cada vencimiento.

Se puede exigir que se constituya por el doble del monto previsto en la ley, cuando se presente una oferta anormalmente más baja en relación con las demás ofertas o con el presupuesto estimado.

La vigencia de esta garantía durará hasta tres meses después del plazo previsto para la ejecución de la obra o la entrega del suministro y será

devuelta cuando se constituya la *Garantía de Calidad*, cuando proceda.

La modificación puede darse en la vi*gencia* o en el *valor* de la garantía. La modificación de la *vigencia* procede cuando se modifica el plazo de ejecución del contrato por un término mayor de dos meses, cuando se hubiere convenido. La modificación en el *valor* de la garantía procede en dos casos, a saber: cuando se modifica el plazo de ejecución y cuando se aumenta el valor del contrato.

Cuando se modifica el plazo de ejecución, será obligación del contratista ampliar la vigencia de la garantía de cumplimiento de manera que venza tres meses después del nuevo plazo establecido, pero el valor se calculará sobre el monto pendiente, siempre que lo anterior hubiere sido ejecutado satisfactoriamente, acreditado mediante certificación expedida por la Unidad Ejecutora.

Cuando se aumente el valor del contrato, por el incremento de las prestaciones del contratista, se modificará el valor de la garantía calculándolo sobre el estimado de costos de lo que esté pendiente de ejecución en el contrato objeto de la modificación.

E) Garantía de Cumplimiento en el Contrato de Consultoría

En estos contratos la *Garantía de Cumplimiento* se constituirá mediante retenciones equivalentes al diez por ciento de cada pago parcial por concepto de honorarios. Pero si el contrato de consultoría tiene por objeto el diseño o supervisión de obras, también será exigible una garantía equivalente al quince por ciento de honorarios con exclusión de costos.

F) Garantía de calidad

Se constituye cuando se reciban definitivamente las obras o la entrega de suministros y realizada la liquidación del contrato.

Con ella se asegura, por parte del contratista, que la obra o el suministro recibido, responde a las especificaciones técnicas y demás estipu-

ladas en el contrato, y, en consecuencia, responde por cualquier vicio o defecto.

No responde de cualquier vicio o defecto, porque solo asegura los que no son aparentes, es decir, los que no pueden ser captados a simple vista, los ocultos. Los visibles pueden reclamarse para su rectificación o reparación, previo a la recepción definitiva.

La calidad de los materiales podría ubicarse dentro de los ocultos, porque cualquier defecto o vicio que presenten, generalmente no está a la vista; igualmente, omitir algunas especificaciones técnicas, cuyas consecuencias negativas no son percibidas a simple vista y sus manifestaciones solamente pueden ser conocidas pasado algún tiempo.

La Garantía de Calidad sustituye la Garantía de Cumplimiento. Procede únicamente cuando se hubiere pactado, atendiendo la naturaleza de la obra o de los bienes. No se incluye en los contratos de consultoría.

El monto de la Garantía de Calidad será equivalente al cinco por ciento del valor del contrato.

La vigencia de esta garantía inicia antes de la expiración de la Garantía de Cumplimiento y su duración será la que se determine en el contrato.

G) Garantía de anticipo de fondos

Esta es equivalente al cien por ciento del monto del anticipo de fondos que se hubiere pactado.

El anticipo de fondos se produce cuando el contratista todavía no ha ejecutado ninguna prestación para la ejecución de la obra, por eso la Administración debe asegurarse que será devuelto totalmente, es decir, exigir que la garantía sea del cien por ciento.

Lo que asegura esta garantía es la correcta inversión del pago anticipado a cuenta de la ejecución del contrato.

La vigencia de esta garantía durará hasta que se reintegre totalmente el anticipo.

3. FORMALIZACIÓN

A) Noción

La formalización, según la legislación hondureña, consiste en el hecho material de suscribir el contrato y está sometida a las siguientes formalidades: debe extenderse en papel membretado de la oficina respectiva y se firmará por el órgano competente y el contratista.

Esta regla general tiene excepciones. El Contrato de Suministros se formaliza mediante *la aceptación de la oferta comunicada por escrito al adjudicatario y la emisión de la correspondiente orden de compra*. También se aceptan otros procedimientos de formalización que se dispongan en el Pliego de Condiciones o en el convenio del que provienen los fondos para financiar el contrato.

Son órganos competentes para suscribir el contrato los siguientes: el Presidente del Congreso Nacional, cuando se trate del Congreso Nacional, previa aprobación de la Junta Directiva del Congreso Nacional; el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trate del Poder Judicial, previa aprobación del Pleno de la Corte.

Cuando se trate de la Administración Central, los competentes son los siguientes: los Secretarios de Estado en su respectivo Ramo; los titulares de órganos desconcentrados de acuerdo con las normas de su creación o, en su defecto, hasta el límite que le fuere delegado por acto administrativo dictado por el órgano al cual están adscritos, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en leyes especiales; y, los Gerentes Administrativos de las Secretarías de Estado en los casos y hasta los límites que le sean delegados por el Secretario de Estado correspondiente.

Cuando se trate de la Administración Descentralizada, los competentes son los siguientes: los Presidentes, Directores, Secretarios Ejecuti-

vos o Gerentes de las instituciones descentralizadas y los titulares de órganos de competencia regional previstos en sus estructuras administrativas, hasta el límite que, en ese último caso, determinen los correspondientes órganos de dirección superior; y, el Alcalde Municipal respectivo, en las municipalidades.

B) Requisitos previos a la suscripción

Para suscribir el contrato deben cumplirse los siguientes requisitos: La adjudicación del contrato en el procedimiento de selección que corresponda; aprobación de la asignación presupuestaria respectiva; y, la autorización para celebrar el contrato, cuando las leyes lo exijan.

Cuando se trate de una situación de emergencia, se exige como requisito previo declarar el *estado de emergencia*, en Consejo de Ministros y mediante un Decreto, cuando se trate de la Administración central y de las instituciones autónomas, y cuando se trate de una Municipalidad, el *estado de emergencia* se declarará por el voto de las dos terceras partes de la respectiva Corporación Municipal.

C) Falta de formalización

Se da cuando el oferente a quien se adjudicó el contrato no lo acepta o no lo formaliza, dentro del plazo señalado, por causas que le son imputables.

En este caso se procederá a lo siguiente: se declarará sin valor ni efecto la adjudicación del contrato; se ejecutará la Garantía de Mantenimiento de Oferta; y se adjudicará el contrato, si es posible, al oferente que quedó en segundo lugar en la evaluación de las ofertas, de no serlo, se seguirá con el oferente que ocupó el tercer lugar, y así sucesivamente. Y cuando las ofertas no sean satisfactorias, podrá declararse fracasada el procedimiento de selección.

D) Plazo de la formalización

Los contratos se suscribirán dentro de los treinta días calendario siguientes a la notificación de la adjudicación, salvo que en el Pliego de Condiciones se disponga un plazo mayor.

En los contratos de consultoría este plazo comienza a partir de la fecha que formalmente se acepte la negociación de la oferta económica.

Los contratos de suministro no están sometidos a este plazo, puesto que se formalizan con la notificación oficial por escrito al adjudicatario, haciéndole saber la aceptación de la oferta y la emisión de la correspondiente orden de compra

4. PERFECCIONAMIENTO

A) Concepto

Con el perfeccionamiento nace el contrato, porque se entiende que concurren en él todos los elementos que lo constituyen. El contrato perfeccionado es, pues, un contrato válido y eficaz.

La importancia del perfeccionamiento radica en que marca el momento a partir del cual las obligaciones contenidas en el contrato son exigibles. Los plazos comienzan a correr y los riesgos a cargo del contratista se actualizan (por ejemplo, en el suministro la seguridad de los bienes a entregar es responsabilidad exclusiva del contratista)

El contrato administrativo se considera perfeccionado, según la LCE, a partir de su suscripción. Salvo en los casos siguientes: cuando la norma exija la aprobación posterior, en cuyo caso será un contrato perfecto a partir de que ésta ocurra; cuando se trate de contratos de suministro- que no requieren de suscripción- para su perfeccionamiento bastará la aceptación de la oferta de parte del oferente.

5. APROBACIÓN

La aprobación del contrato puede ser administrativa o legislativa.

Será administrativa cuando el competente es un órgano administrativo. Se requiere en dos casos, a saber: cuando se celebren en aplicación de un Estado de Emergencia y cuando se celebren con una institución descentralizada, sea institución autónoma o municipalidad. El perfeccionamiento surge con la emisión formal de la aprobación por el órgano competente.

Será legislativa cuando se exige la aprobación del Congreso Nacional. Esta exigencia se prevé en dos casos, a saber: cuando estipulen exoneraciones, incentivos o concesiones fiscales; cuando se trate de contratos que hayan de producir sus efectos al siguiente período de gobierno; cuando los efectos del contrato se prolonguen al siguiente período de gobierno. El perfeccionamiento no surge con la aprobación sino hasta después de la publicación del decreto de aprobación, por tratarse de una ley de la República, en el Diario Oficial La Gaceta.

A) Registro de los contratos

El contrato perfeccionado de la Administración Central o desconcentrado debe inscribirse en el Registro de Contratos, en la Secretaría de Estado en el Despacho de Finanzas y en los órganos de control presupuestario de las Secretarías de Estado. Cuando se trate de un contrato de consultoría bastará inscribir la certificación de la adjudicación.

Los celebrados en los demás Poderes del Estado y por los organismos con independencia presupuestaria que no están adscritos al Poder Ejecutivo, así como las instituciones descentralizadas, serán registrados por sus respectivos órganos de control presupuestario.

6. CESIÓN

A) Noción

La cesión de los derechos derivados de un contrato podrán ser cedidos a terceros solamente en el caso de que las cualidades personales o técnicas del cedente no hayan sido la razón determinante de la adjudicación. Fuera de la cesión quedarán siempre los contratos de consultoría porque en éstos siempre son determinantes las cualidades personales o técnicas del cedente.

En este caso el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente.

B) Requisitos de la cesión

La cesión puede llevarse a cabo sin necesidad de estar prevista en el contrato. Esta es una figura prevista en la norma y a la cual puede acudir el contratista, independientemente de estar expresamente mencionada en el contrato. Sin embargo, para que la cesión se lleve a cabo, el contratista debe cumplir con los siguientes requisitos: el cesionario debe acreditar que posee la capacidad legal para contratar con la Administración y que está inscrito en el Registro de Proveedores y Contratistas; la autorización por escrito de la Administración; las garantías constituidas por el cedente deben ser sustituidas por las que constituya el cesionario; el contrato de cesión no alterará el contrato respectivo ni su ejecución.

C) Formalización de la cesión

La cesión debe formalizarse en escritura pública y debe anotarse en el Registro de Contratos.

7. SUBCONTRATACIÓN

A) Noción

La *subcontratación* surge cuando el contratista celebra un contrato con un tercero para ejecutar determinados trabajos previstos en el contrato que celebró con la Administración.

B) Improcedencia

No procede la subcontratación en los casos siguientes: cuando el contrato expresamente disponga que no se permitirá la subcontración; y, cuando de su naturaleza y condiciones se deduzca que la prestación ha de ser ejecutada directamente por el contratista.

C) Requisitos

Los requisitos exigidos son los siguientes: la autorización expresa y por escrito de la Administración; acreditar la capacidad legal del contratista y su solvencia económica y financiera, así como su idoneidad técnica o profesional; la cantidad de prestaciones a subcontratar no podrán exceder del cuarenta *por* ciento del monto del contrato; y la responsabilidad de la ejecución del contrato seguirá siendo del contratista.

8. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

A) Dirección

La potestad de dirigir la ejecución está prevista en la aceptación incondicional del oferente de las estipulaciones del Pliego de Condiciones, en las cuales se determina con precisión la cantidad de prestaciones a ejecutar (costo estimado), así como su calidad técnica (especificaciones técnicas) y no está previsto que el contratista pueda presentar

observaciones a las especificaciones, salvo que expresamente esté facultado para presentar "ofertas alternativas". La oferta aceptada y el Pliego de Condiciones serán las directrices a las que debe sujetarse el contratista, bajo la dirección de la Administración.

B) Supervisión

La Administración puede supervisar la ejecución del contrato por sí o por medio de consultores debidamente seleccionados, a efecto de verificar que la misma se lleva a cabo dentro del programa previamente establecido, con la cantidad de prestaciones convenidas y con sujeción a las especificaciones técnicas aceptadas. Se ejerce por medio de órdenes, informes y dictámenes.

C) Control

Esta potestad se ejerce sobre cada estimación de costos y sobre cada informe de avance de la ejecución del contrato.

D) Modificación

Esta potestad se ejerce sobre las prestaciones a ejecutarse en cumplimiento del contrato, por lo que pueden resultar alterados los derechos y obligaciones del contratista. Se trata de la potestad de modificar unilateralmente el contrato, derivado del principio de la mutabilidad del contrato administrativo, fundamental en la ejecución de éste.

La modificación procede solamente cuando surjan *"circunstancias imprevistas*", es decir, un evento o circunstancia imposible de predecir en el momento que las partes suscribieron el contrato. Debe justificarse, pues, en necesidades nuevas, es decir, requerimientos de interés público, cuyo origen es posterior a la suscripción, cuya satisfacción solamente puede realizarse mediante la modificación.

Esta potestad tiene carácter restrictivo pues se admite solamente cuando proceda por razones de interés público dentro de los límites de la

ley y respetando los derechos económicos del contratista. No serán razones de interés público cuando se ordena cambiar el diseño de una obra pública por capricho de un funcionario. Son límites impuestos por la ley los siguientes: la modificación se hará por "ordenes de cambio" cuando el aumento o disminución en la cuantía de las prestaciones no exceda del 10% del valor del contrato; se suscribirá ampliación del contrato cuando la modificación exceda de éste porcentaje; cuando el valor de las modificaciones acumuladas autorizadas excediere el 25% del monto original del contrato, la modificación se aprobará por el Congreso Nacional; la modificación no podrá tener un objeto diferente al pactado originalmente; y, la modificación no podrá referirse a una materia diferente al originalmente previsto. Los límites impuestos por los derechos del contratista estan determinados por el equilibrio económico-financiero, que debe ser pulcramente respetado: ninguna modificación unilateral puede alterar negativamente los derechos del contratista negativamente, pues en este aspecto la Administración y el contratista son esencialmente iguales.

E) Ejecución de garantías

La ejecución de la garantía procede cuando el contratista incumple las obligaciones que están protegidas por la garantía de que se trate.

Por su carácter de titulo ejecutivo, la garantía "tiene aparejada ejecución", lo que significa que puede exigirse mediante la *vía de apremio*, que consiste en el uso de medios que obliguen a otro a hacer algo o deje de hacer alguna cosa. El *apremio* supone la existencia de una obligación indiscutible. Y *vía de apremio* es el procedimiento para llevarlo a cabo. Para proceder por la vía de apremio es necesario que la resolución del contrato por incumplimiento haya adquirido el carácter de acto firme, que se adquiere, según la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo, cuando no hubiere sido recurrido en tiempo y forma o que hubiere sido consentido expresamente.

En la ejecución de la garantía, la Administración tendrá el carácter de *acreedor preferente*, es decir, gozará de preferencia sobre cualquier otro acreedor para hacer efectiva la garantía. No será oponible ningún

derecho de tercero acreedor, a la exigencia de la Administración de hacer efectiva la garantía, ni podrá oponerse por el garante "el beneficio de excusión" (derecho que tiene el fiador de no poder ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor).

F) Sanciones

La Administración contratante tiene la potestad de aplicar sanciones al contratista que incumpla el contrato.

Las sanciones que se destacan en esta materia son las multas, que proceden cuando la ejecución del contrato no se ejecutare en el plazo respectivo, sea que se trate del plazo total del contrato o de plazos parciales. La multa se aplicará por cada día de retraso y su cuantía estará determinada en el Pliego de Condiciones o en el contrato respectivo. Su importe se deducirá del cada pago parcial que se efectúe.

G) Suspensión

Se reconoce a la Administración la potestad de suspender el contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito.

La suspensión puede ser definitiva o temporal. Con la primera se inicia el procedimiento para resolver el contrato; la temporal, en cambio, no tiene este efecto inmediato. También puede ser total o parcial, en éste último caso cuando afecte únicamente una parte determinada de las prestaciones del contratista.

La suspensión siempre será decidida por la Administración, mediante acto escrito y debidamente motivado, bajo la forma de Resolución que deberá consignarse en un acta que firmarán el representante del órgano contratante, el supervisor y el contratista. Pero previamente a su emisión, en aplicación del derecho de defensa, debe escucharse al contratista. Emitida la resolución, se notificará al contratista.

La suspensión procede cuando medie *fuerza mayor* o *caso fortuito*, o bien sin que medien estas causas. En el primer caso, la suspensión no podrá exceder de seis meses, cuando exceda este límite se declarará la resolución del contrato. En el segundo caso, no podrá exceder de dos meses y deberá justificarse adecuadamente, identificando con claridad su causa.

Los derechos del contratista siempre estarán protegidos en los casos de suspensión cuando no fuere éste el responsable de la misma. En estos casos, se reconocerá indemnización de daños y perjuicios debidamente acreditados

H) Resolución del contrato

La resolución es la potestad que tiene la Administración para dar por terminado el contrato, cuando se dé alguno de los supuestos previstos en la legislación.

I) Interpretación

La interpretación consiste en fijar el sentido y alcance correcto de una estipulación contractual y la Administración podrá ejercer esta potestad unilateralmente cuando entre las partes no se llegue a ningún acuerdo sobre las diferencias y exista el riesgo inminente de afectar el servicio público.

En esta interpretación prevalece el servicio público, no la voluntad de las partes. Sin embargo, son aplicables, con las adecuaciones del caso, las reglas previstas en el Código Civil.

La interpretación unilateral es un procedimiento de oficio iniciado por la Administración Pública. En consecuencia, debe someterse a las reglas que sobre este procedimiento contiene la Ley de Procedimiento Administrativo. Debe respetarse el derecho de audiencia del contratista, como un trámite esencial que determina la validez del ejercicio de la potestad.

El órgano competente para ejercer la potestad de interpretación es el de mayor jerarquía de la Secretaría de Estado, órgano desconcentrado o entidad descentralizada responsable de la contratación. La decisión debe ser suficientemente motivada, explicando los antecedentes y fundamentos jurídicos en los que se sustenta y en la parte dispositiva debe contener con precisión el sentido y alcance, que a juicio de la Administración es el correcto, de la cláusula o cláusulas objeto de la discrepancia.

La decisión no está exenta de control y por ello puede ser revisada, en vía administrativa o judicial. En vía administrativa, lo será, cuando proceda, por medio de los recursos reconocidos en la LPA. En vía judicial, corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo conocer sobre las cuestiones referentes a la interpretación de los contratos administrativos.

9. DERECHOS DE LOS CONTRATISTAS

Las partes contratantes son titulares de los derechos convenidos en el contrato y de los que se deriven directamente de las leyes.

Los derechos de los contratistas son los siguientes: derecho a la plena ejecución de lo pactado, salvo los supuestos de resolución y modificación establecidos en la ley; derecho al reconocimiento de mayores costos según los términos de esta ley; derecho al pago de intereses por mora; derecho a la terminación anticipada cuando corresponda; derecho a las indemnizaciones previstas en la ley.

Pueden ser clasificados así: los que tienen contenido patrimonial y los que no tienen contenido patrimonial. Entre los primeros tenemos, el derecho al reconocimiento de mayores costos, el pago de intereses y el derecho a las indemnizaciones. Entre los segundos, el derecho a la plena ejecución de lo pactado y derecho a la terminación anticipada del contrato.

10. LA TERMINACIÓN

A) Terminación normal

La terminación del contrato puede ser normal o anormal. Con el cumplimiento de las obligaciones del contrato, llega la terminación normal. La terminación será anormal cuando la determinan hechos o circunstancias no convenidos que se originan mientras se ejecuta el contrato.

La regla general es que los contratos terminan normalmente con el cumplimiento de las prestaciones. El cumplimiento de las prestaciones estará debidamente certificado hasta que la Administración haya liquidado el contrato. Es en este momento que tanto la Administración como el contratista, están en posición de declararse satisfechos del cumplimiento total de las obligaciones: la Administración porque ha recibido previamente a satisfacción la obra, los bienes o los servicios; el contratista, porque ha recibido a satisfacción el pago de todos sus gastos y prestaciones.

No obstante, en los contratos de obra pública y de suministro, después de la liquidación, el contratista, cuando se haya pactado en el contrato y de acuerdo con la naturaleza de la obra o de los bienes, sustituirá la garantía de cumplimiento por una garantía de calidad, cuya vigencia se definirá en el contrato. Específicamente en el contrato de suministro, está previsto que durante el plazo de garantía el contratista está obligado a la reposición o reparación de los vicios o defectos de la cosa vendida, cuando su existencia fuese acreditada objetiva e incuestionablemente. Pero si esto no fuere suficiente, se procederá a ejecutar la garantía de calidad, y, si fuere necesario, reclamar indemnización de daños y perjuicios. Igualmente durante ese período y siempre referido al contrato de suministro, el contratista tendrá derecho a ser oído y a hacer recomendaciones sobre la utilización de los bienes vendidos[11].

[11] Art. 93, tercer párrafo, LCE.

Por lo anterior, no podemos dejar de reconocer que las obligaciones derivadas del contrato siguen pendientes de ejecución mientras la garantía de calidad esté vigente. Por ello, en estos casos resulta difícil aceptar que el contrato termine con la entrega de la obra o el suministro, mientras esté pendiente la obligación de responder por la calidad de la obra o del suministro. Habrá que admitir, entonces, que sólo cuando transcurre el plazo de la garantía de calidad procederá la Administración a la recepción definitiva de las obras. Es esta recepción la que libera al contratista de toda responsabilidad, porque ha pasado el tiempo suficiente para que surjan los vicios ocultos, por los que responde, justamente, la garantía de calidad.

B) Terminación anormal

La terminación anormal puede ocurrir por causas ajenas a la validez del contrato y por la invalidez del contrato.

Las causas ajenas a la invalidez son las siguientes: el grave o reiterado incumplimiento de las cláusulas convenidas; la falta de constitución de la garantía de cumplimiento del contrato o de las demás garantías a cargo del contratista dentro de los plazos correspondientes; la suspensión definitiva de las obras o la suspensión temporal de las mismas por un plazo superior a seis meses, en caso de fuerza mayor o caso fortuito, o un plazo de dos meses sin que medien éstas, acordada en ambos casos por la Administración; la muerte del contratista individual si no pudieren concluir el contrato sus sucesores; la disolución de la sociedad mercantil contratista; la declaración de quiebra o de suspensión de pagos del contratista, o su comprobada incapacidad financiera; los motivos de interés público o las circunstancias imprevistas calificadas como caso fortuito o fuerza mayor, sobrevinientes a la celebración del contrato, que imposibiliten o agraven desproporcionadamente su ejecución; el incumplimiento de las obligaciones de pago más allá del plazo de cuatro meses si no se establece en el contrato un plazo distinto; la falta de corrección de defectos de diseño cuando éstos sean técnicamente inejecutables; el mutuo acuerdo entre las partes; y, las demás que establezca expresamente el contrato.

C) Invalidez del contrato

Será inválido el contrato cuyos elementos esenciales no concurran o concurran defectuosamente en su formación o existencia. La invalidez es causa de la terminación del contrato ajena al cumplimiento de las prestaciones contractuales.

Los elementos esenciales del contrato son el sujeto, el objeto, la causa, la forma y las formalidades. Cuando uno o más de estos elementos no concurren en la forma prevista en la legislación, el contrato es inválido.

Al contrato administrativo es aplicable el principio de la *Presunción de Legitimidad* de la actividad administrativa. La regla general es que toda la actividad de la Administración es legítima, es decir, se presume sujeta al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, esa no es una presunción de ***jure et de jure***, es decir, de las que no admiten prueba en contrario. La presunción de validez de lo actuado por la Administración admite prueba en contrario.

La invalidez se divide en nulidad y anulabilidad. La primera es aquella que no admite saneamiento y es perseguible en cualquier momento; la segunda, en cambio, es aquella que puede ser objeto de saneamiento y que si no se alega a tiempo, se convalida.

Las reglas contenidas en el Código Civil son aplicables, con las adecuaciones que reclama el Derecho Administrativo. Serán contratos afectados de nulidad aquellos en cuya formación o existencia no concurra alguno de sus elementos esenciales. Es decir, consentimiento, objeto, causa, forma y formalidades.

Su característica fundamental es que puede ser declarada, de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento, y no admite saneamiento.

Los supuestos de nulidad son los siguientes: vicios en el consentimiento, la Administración expresa su voluntad sometida a reglas específicas, cuya omisión o incumplimiento afectan su consentimiento, como la competencia del órgano y el procedimiento por medio del

cual se expresa el consentimiento; consentimiento del contratista, el contratista debe ser capaz legalmente y no estar comprendido en ninguna de las inhabilidades previstas en la ley, si estos elementos no concurren, el contrato suscrito será nulo, igualmente en el caso del error, violencia o intimidación o dolo son vicios del consentimiento, de modo que si dan vician el contrato respectivo; los vicios en el objeto, surgen cuando éste no es cierto, determinado, posible o lícito; será nulo el contrato que carezca de causa o teniéndola fuere ilícita o falsa; estará viciado en la forma, cuando no se haga constar por escrito; lo será en la formalidad, cuando se celebre sin seguir el procedimiento de selección respectivo.

Será anulable cuando concurriendo todos los elementos necesarios para su formación, uno o varios presentan irregularidades. La característica fundamental de este tipo de invalidez es que puede ser saneada de oficio, mediante convalidación. Sin embargo, cuando se impugna un contrato alegando anulabilidad, la Administración no puede hacer uso de sus potestades de saneamiento.

Cuando un contrato se declare inválido la Administración procederá a la liquidación del contrato y tomará las providencias que sean necesarias para resarcirse de los daños y perjuicios que le fueren ocasionados, de los cuales responderán solidariamente el contratista y los funcionarios que, a sabiendas de la irregularidad, hubieren adjudicado el contrato. Excepcionalmente, cuando hubiere riesgo de daños al interés público, podrá autorizarse mediante resolución motivada emanada de la autoridad superior competente, la continuación de los efectos del contrato por el tiempo que fuere estrictamente necesario, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda.

D) Liquidación

Esta es la fase de la contratación por la que se saldan formalmente las cuentas pendientes.

Procede en los siguientes casos: cuando sea firme el acuerdo que declaró su resolución; cuando la resolución se hubiere producido por

mutuo acuerdo de las partes; cuando se hubieren cumplido normalmente las prestaciones de las partes.

11. REVISIÓN

La revisión tiene por objeto verificar la legalidad u oportunidad de los actos de la Administración. Puede ser de oficio o a instancia de parte, administrativa o judicial.

Los contratos pueden ser revisados de oficio por la Administración en caso de nulidad o anulabilidad. A instancia de parte cuando el particular pida la revisión.

La revisión puede ser administrativa o judicial. Será administrativa, cuando sea el órgano administrativo competente el que proceda a realizarla; será judicial, cuando sean los tribunales que revisen el contrato.

La revisión judicial corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo y podrá solicitarla la Administración Pública o el particular.

12. ARBITRAJE

La Constitución de la República reconoce el arbitraje y la Ley de Conciliación y Arbitraje lo regula.

Al arbitraje, según la legislación secundaria, el Estado podrá acudir solamente para resolver "*los conflictos de carácter técnico o patrimonial que surjan de su ejecución*". No podrá someter las cuestiones en las que esté involucrada una prerrogativa o una función del Estado, porque la legislación excluye del arbitraje los *"conflictos que no sean susceptibles de transacción"*. Por ello dispone que *"no podrá someterse a arbitraje el ejercicio de potestades públicas como las de imponer multas o declarar la resolución de los contratos por incumplimiento del contratista, por ser estas materias no susceptibles de transacción*".

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN NICARAGUA

Karlos Navarro

En Nicaragua la primera Ley de Contrataciones Administrativas del Estado se aprobó en el año de 1981, y es reglamentada hasta el año 1991. Dichas normas respondían a una época histórica con un Estado gigante de carácter centralista, que además por la situación de guerra y bloqueo económico en que se encontraba, se veía obligado a realizar las compras estatales de una forma directa tanto a proveedores nacionales y en muchos casos incluso a proveedores extranjeros.

A mediados de la década de los noventas comienza un proceso de reducción del Estado y descentralización administrativa, acompañado por los grandes cambios económicos propios del proceso de globalización y en especial del Consenso de Washington. Este último, no es más que el documento base, elaborado en 1989 por economistas de alto nivel del Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y otras instituciones dedicadas a temas de economía internacional con sede en Washington, Estados Unidos. Estos organismos multilaterales impusieron condiciones entre otros a países de América Latina para que pudieran acceder a los fondos bilaterales provenientes de estas instituciones. Entre otras condiciones, se destacaban ciertas imposiciones de disciplina fiscal, reducción y modernización del Estado, liberalización del comercio internacional, liberalización de la entrada de inversiones extranjeras, derechos de propiedad, desregulación, prácticas anti-corrupción, etc.

Como resultado de los factores anteriores se produce una gran actividad adquisitiva de la Administración Pública, que junto a la aprobación de varias leyes administrativas y en la coyuntura de la reforma constitucional de 1995, además de cierta presión de los organismos internacionales, originan la aprobación y publicación de una nueva Ley de Contratos del Estado, ley 323[12].

Esta ley en enero del año 2000 es reglamentada[13] y reformada en dos ocasiones[14]. Adicionalmente, se cuenta en Nicaragua con una ley en materia de contrataciones municipales ley 622[15], con su respectivo reglamento[16].

El 8 de noviembre del 2010, es aprobada[17] la nueva Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público (737) y su reglamento (decreto 75-2010) Entro en vigor, el 8 de febrero del 2011.

1. LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Junto a la actividad administrativa unilateral, se manifiesta también una actividad administrativa bilateral, de la que destaca notoriamente la contratación administrativa[18].

Acción pública inevitable en la práctica, dado que es frecuente que la Administración no pueda cubrir sus necesidades de bienes, servicios o personal de todo tipo a través de su propia organización,

[12] Publicada en La Gaceta, Diario Oficial, no. 001 y 002 del 3 y 4 de enero del 2000.
[13] Publicada en La Gaceta, Diario Oficial no. 46 del 6 de marzo del 2000.
[14] La primera reforma se da con la Ley 349, publicada en La Gaceta, Diario Oficial no. 109 del 9 de junio del 2000. La segunda reforma se da a través de la Ley 427, publicada en La Gaceta, Diario Oficial no. 110 del 13 de junio del 2002.
[15] Publicada en La Gaceta, Diario Oficial, no. 07 del 10 de enero del 2008.
[16] Decreto no. 109 – 2007, Reglamento de la Ley de Contrataciones Municipales, publicado en La Gaceta, Diario Oficial no. 7, del 10 de enero del 2008.
[17] La gaceta Numero 213-214. 2010
[18] Nevado-Batalla Moreno, P. T.: Notas sobre Derecho Administrativo II. Ratio Legis. Salamanca, 2002. Pág. 123.

viéndose obligada, en consecuencia, a contratar en el mercado dichos medios[19].

El contrato administrativo está dotado además de singular importancia en las sociedades modernas, tanto en el ámbito económico como jurídico, dado el importante volumen de negocio que se mueve a través del mismo, que ha llevado aparejada en la mayor parte de los casos de un no menor grado de corrupción.

Desde el punto de vista teórico se ha discutido profusamente, aunque hay quien considera se trata de una discusión puntillosa e irresoluble, carente de sentido y de una solución única[20], si la naturaleza del contrato administrativo es común a la del sujeto privado.

Habiéndose tomado partido en la actualidad, de manera manifiesta, por la consideración de que el contrato administrativo no es una figura autónoma y diferente del contrato civil, pues no pasa de ser un contrato tal y como se lo entendería en el Derecho civil, sujeto a algunas modulaciones específicas.

Se trata, por tanto, de una simple modalidad contractual caracterizada por ser realizado por la Administración para el ejercicio de sus competencias en cumplimiento de sus fines de interés público.

---

[19] Como señala M. A. González Iglesias, "es bastante frecuente que las Administraciones Públicas no encuentren en su ámbito los bienes, servicios y organizaciones indispensables para la realización o ejecución de sus objetivos. Ello obliga a aquéllas a acudir al mercado para adquirirlos como un consumidor más y ofrecer, por tales bienes y servicios un precio, tal y como exigen los principios rectores de la economía de mercado y el respeto a las libertades y derechos individuales. Así pues, puede decirse que la figura del contrato administrativo es consecuencia de la necesidad que tienen las Administraciones Públicas de adquirir en el mercado bienes y servicios para poder así cumplir con sus fines específicos". El contrato administrativo de consultoría y asistencia. Marcial Pons, 2002. Pág. 26.

[20] En tal sentido Santamaría Pastor, que considera que "el problema carece de interés. En sus términos más estrictos, se trata de una más de tantas logomaquias estériles que abundan en la ciencia del Derecho, y que no admite una solución concluyente: la distinción entre <<diferencia de naturaleza>> y meras <<modulaciones>> es tan relativa como discutir si un vaso que contiene sólo la mitad de agua está medio lleno o medio vacío. Una discrepancia, pues, de mera perspectiva que, además, carece de consecuencias prácticas: lo que importa, exclusivamente, es saber a qué normas se sujetan uno y otro tipo de contratos, cuestión que sólo puede resolver el Derecho positivo". Santamaria Pastor, Principios de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. nota 326, Pág. 196.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación de la LCSP viene delimitado por una cláusula general, que es, posteriormente, objeto de precisión detallada en preceptos posteriores.

Con carácter general la ley se aplicara a la "`preparación, adjudicación, ejecución y extinción de las contrataciones administrativas, celebradas por los organismos y entidades que forman parte del Sector Público." (art. 1 LCSP).

De dicho precepto se puede deducir un ámbito de aplicación subjetiva y un ámbito objetivo. El ámbito subjetivo sería los organismos o entidades del Sector Público. Noción que se concreta de forma minuciosa en el art. 3 LCSP, que enumera que sujetos quedan comprendidos dentro de esa noción de la siguiente forma:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo en este a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, Ministerios de Estado y Órganos Desconcentrados.

2. Los otros Poderes del Estado, cuando realicen funciones administrativas.

3. Los Entes Autónomos creados por la Constitución Política de la República de Nicaragua, cuando realicen funciones administrativas.

4. Las entidades descentralizadas por funciones.

5. Los Consejos y Gobiernos de las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur.

6. Las Empresas del Estado, salvo cuando estén en situación de competencia. En este último caso, estarán sujetos a la presente Ley los procesos de contratación vinculados únicamente a tareas propias de la actividad de administración de las mismas, comunes a cualquier organización. En cuanto a la contratación relativa al desarrollo de su objeto social o a las tareas conexas a la misma, esto es las que tengan relación de

medio a fin con las actividades principales del objeto social, se contratarán de conformidad con el derecho privado, respetando en todo caso el principio de transparencia. Para el efecto, cada Empresa del Estado expedirá un manual de contratación que respete los lineamientos dictados por la Dirección General de Contrataciones del Estado, que en lo sucesivo de esta ley se denominará DGCE y que sea aprobado por esta, en el que consignen los procedimientos de selección que seguirá de conformidad con las necesidades que pretenda satisfacer y definan las actividades que se considerarán como conexas. Los respectivos Manuales aprobados se publicarán por la DGCE, y en relación con los mismos podrá ejercerse el control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con la ley.

7. El Sector Público Financiero, entendiendo por tal, el Banco Central de Nicaragua y las Instituciones Financieras del Sector Público fiscalizadas por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, en lo que hace únicamente a las tareas propias de la actividad de administración de las mismas. En cuanto a la contratación relativa al desarrollo de su objeto social o a las tareas conexas a la misma, esto es las que tengan relación de medio a fin con las actividades principales del objeto social, se contratarán de conformidad con las normas especiales aplicables a la actividad. En cuanto a lo no regulado mediante normas especiales, se aplicará en su contratación el derecho privado, respetando en todo caso el principio de transparencia. Para el efecto, cada entidad del Sector Público Financiero expedirá un manual de contratación que respete los lineamientos dictados por la DGCE y que sea aprobado por esta, en el que consigne los procedimientos de selección que seguirá de conformidad con las necesidades que pretenda satisfacer y definan las actividades que se considerarán como conexas. Los respectivos Manuales aprobados se publicarán por la DGCE, y en relación con los mismos podrá ejercerse el control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con la ley.

8. Las Universidades Públicas.

9. Las Universidades privadas, en cuanto a la administración de fondos provenientes del Presupuesto General de la República.

10. Toda otra entidad que pertenezca al sector público de la República de Nicaragua, sin importar su denominación, así como toda institución en la que el Estado tenga participación mayoritaria.

El ámbito objetivo, por su parte, comprende ""preparación, adjudicación, ejecución y extinción de las contrataciones administrativas, celebradas por los organismos y entidades que forman parte del Sector Público." (art. 1 LCSP)..

Si bien, de él se deben excluir las materias contempladas en el art. 5 , LCSP que no están sujetos a la aplicación de esta ley.

En cuanto a las materias concretas excluidas, son un amplio y prolijo catálogo contenido en el art. 5 LCSP:

a) Los contratos internacionales celebrados por el Poder Ejecutivo que requieran aprobación de la Asamblea Nacional, en los términos del artículo 138, numeral 12 de la Constitución Política de la República de Nicaragua.

b) Las licencias o concesiones administrativas de cualquier tipo, las cuales se sujetan a lo establecido en sus leyes especiales.

c) Los contratos de empleo público, los cuales se sujetan a lo establecido en la Ley No. 476, Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 235 del 11 de diciembre de 2003 y demás leyes de la materia.

d) Las operaciones de intermediación bursátil y demás contratos regidos por la legislación bancaria.

e) La Contratación con Fondos Internacionales. Todo contrato, incluyendo las adquisiciones de bienes, servicios generales, servicios profesionales de consultoría y la ejecución de obras públicas,

que se financie mediante donaciones internacionales o créditos de Estados Extranjeros y Organizaciones Internacionales o que se fundamenten en Tratados, Acuerdos o Convenios Internacionales, se regirá por lo que se estipule en los respectivos instrumentos. f) El organismo o entidad del sector público que contratare con sujeción al procedimiento anterior, tendrá la obligación exclusiva de velar por el cumplimiento de lo estipulado en tales instrumentos jurídicos internacionales y en la presente Ley, sin perjuicio del reconocimiento de los derechos del contratista recogidos en tales instrumentos.

f) Las contrataciones en el extranjero realizadas por las instituciones que prestan el servicio exterior, dedicadas exclusivamente para uso de la misma.

g) Cuando se trate de servicios públicos prestados a usuarios indeterminados a cambio de una tarifa o tasa de aplicación general incluyendo el transporte.

H) Las contrataciones realizadas por el sector municipal y los gobiernos municipales.

I) Las Empresas del Estado, únicamente en lo relativo a su giro ordinario y a los contratos conexos, según lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.

3. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN

La LCSP contiene una regulación expresa de los principios que van a informar la contratación administrativa, que concreta en ocho grandes reglas: Principio de Eficacia, Publicidad, Transparencia, Igualdad y libre concurrencia, Vigencia Tecnológica, de Control, Debido Proceso e Integridad.

El primero de estos principios, significa que los organismos y entidades del Sector Publico, deben de planificar, programar, organizar, desarrollar y supervisar las actividades de contratación administrativa que realicen, de modo que sus necesidades se satisfagan en el tiempo

oportuno y en las mejores condiciones de costo y calidad. El segundo de estos principios, tiene por objetivo garantizar la transparencia de la actividad administrativa deberán dar a conocer los procedimientos de los procesos de contratación, así como permitir el acceso de la ciudadanía a la información relacionada a dichos procesos.

El de Transparencia**,** indica que toda contratación administrativa deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas de las ofertas, como se establece en la definición de "mejor oferta" contenida en el artículo 2 de la LCSP. El acceso a la información únicamente podrá ser restringido cuando la información solicitada pueda colocar a un oferente en posición de ventaja respecto de otros o cuando los documentos hayan sido definidos como confidenciales en los respectivos pliegos de bases y condiciones. Por referirse a información de los oferentes relacionada con desgloses de sus estados financieros, cartera de clientes o cualquier otro aspecto relacionado con sus procesos de producción, programas de cómputo, o similares que, dentro de condiciones normales de competencia, no deben ser del conocimiento de otras empresas.

El Principio de Igualdad y de Libre Concurrencia, significa que en los procedimientos de contratación administrativa se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de proveedores potenciales. Todo interesado que cumpla con los requisitos legales y reglamentarios, estará en posibilidad de participar en los procedimientos de contratación administrativa en condiciones de igualdad y sin sujeción a ninguna restricción no derivada de especificaciones técnicas y objetivas propias del objeto del concurso.

El Principio de Vigencia Tecnológica**,** indica que los bienes, servicios o ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son adquiridos o contratados, y por un determinado y razonable tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y actualizarse, si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

El Principio de Control**,** significa que la actividad de contrataciones reguladas por la presente Ley, será fiscalizada por la Contraloría General de la República de conformidad con la Ley No. 681, "Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control de la Administración Pública y Fiscalización de los Bienes y Recursos del Estado.

Los últimos dos principios el Debido Proceso y de integridad, significa el primero, que todas las personas, naturales o jurídicas, que participen en el procedimiento de contratación administrativa, lo harán en igualdad de condiciones, dispondrán del tiempo y los medios necesarios para su defensa y podrán formular los recursos y peticiones que conforme la presente Ley se establezcan. Y el de Integridad es que los actos referidos a las contrataciones administrativas deben caracterizarse por la honradez, veracidad, intangibilidad, justicia, imparcialidad y probidad.

4. REQUISITOS PREVIOS PARA CONTRATAR

En principio, por exigencia del principio de igualdad, todo ciudadano tiene derecho a ser adjudicatario de un contrato administrativo. Esto no supone, obviamente el derecho a ser en todo caso contratista, sino la titularidad de un interés legítimo, que le permite concurrir en el procedimiento de licitación para competir por la adjudicación, sin que pueda ser discriminado en dicha pugna por criterio alguno distinto a la mayor ventaja que la oferta implique para el interés público que pretende satisfacer el contrato.

Sin embargo, esto no es obstáculo para que se fijen algunas limitaciones dirigidas a garantizar la capacidad y solvencia del contratista, que pueden determinar la exclusión de la licitación de aquellos que no los cumplan, sin demérito alguno del principio de igualdad[21].

[21] Parada Vázquez, que señala que la "exigencia de una especial capacidad se justifica en la necesidad de evitar adjudicaciones sin porvenir en contratos de extraordinaria complejidad y cuantía cuya crisis o fracaso, y por los retrasos que puede llevar consigo recurrir a una nueva contratación, puede originar graves daños al interés público". Parada Vásquez, Derecho Administrativo I, 11a. ed., Marcial Pons.nota 240, Págs. 283-288.

Para ser proveedor de bienes o servicios o contratista de obras del Estado, cualquiera que sea la modalidad de contratación, es necesario tener capacidad para contratar, que otorga el cumplimiento de los requisitos recogidos en el art. 17 LCSP, esto es:

1. Tener capacidad para obligarse y contratar, conforme al derecho común.

2. No estar incurso en ninguna situación de prohibición o inhibición, en los términos de la presente Ley.

3. No encontrarse en convocatoria de acreedores, quiebra o liquidación.

4. No encontrarse en interdicción judicial.

5. Estar registrado en el registro de proveedores.

Sin embargo, de acuerdo al art. 17, cada entidad u órgano contratante podrá establecer requisitos adicionales y de carácter especial en los documentos bases, utilizados según el proceso de contratación, los que deben ser proporcionales al valor y complejidad del objeto a contratar. Dichos requisitos, sin embargo, deberán justificarse técnicamente en los estudios y documentos previos en función del tipo de contrato de que se trate y no podrán tener una intención discriminatoria orientada a vulnerar o violar el principio de igualdad y libre concurrencia en las contrataciones.

Ahorra, quienes tienen la prohibición para ser oferentes o proveedores del estado, ni celebrar contratos con los organismos y entidades del Sector Público. De acuerdo al art. 18, son los siguientes:

a) Los funcionarios públicos, durante el ejercicio del cargo, elegidos directa o indirectamente, señalados en la Constitución Política de la República de Nicaragua y la Ley No. 476, "Ley del Servicio Civil y Carrera Administrativa".

b) Las personas jurídicas en cuyo capital social participen los funcionarios públicos.

c) Quienes hayan presentado oferta en el mismo proceso, o sean cónyuges o pareja en unión de hecho estable, o se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad o primero de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para un mismo proceso de selección.

d) Quienes sean socios o asociados de una persona jurídica que haya ofertado en el mismo proceso de selección.

e) Las sociedades en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios sea cónyuge o pareja en unión de hecho estable o tenga parentesco en primer grado de consanguinidad o primero de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.

f) Las personas naturales que hayan sido judicialmente declaradas responsables del delito de soborno internacional o de cualquier otro contra el patrimonio económico o la administración pública.

No podrán ser oferentes ni celebrar contratos con la respectiva entidad ni con sus dependencias:

a) Los funcionarios a que se refiere el literal a) del numeral anterior, dentro del año siguiente a su retiro.

b) El cónyuge, la pareja en unión de hecho estable y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los funcionarios públicos y de los servidores públicos cubiertos por las prohibiciones contempladas en la presente Ley.

c) Los empleados públicos definidos como tales por la Ley No. 476, "Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa" que tengan injerencia en los procesos de contratación administrativa. Para efectos de esta Ley, las personas naturales que brinden servicios profesionales de consultoría a un órgano o entidad del Sector Público, no serán tenidos como servidores públicos.

d) Las personas que hayan intervenido como asesores o participado en la elaboración de especificaciones, diseños, planos constructivos o presupuestos para la contratación.

Los proveedores que se encuentren registrados como sancionados en el módulo correspondiente del Registro de Información de conformidad con lo establecido en la presente Ley y durante el tiempo de vigencia de la misma. En el caso de las personas jurídicas esta prohibición se extiende a sus socios o asociados.

Corresponde a los organismos y entidades del Sector Público verificar el cumplimiento del régimen de prohibiciones. El Reglamento de la presente ley, establecerá el procedimiento para el levantamiento de la información y de la verificación, así como el que deba surtirse para la cesión del contrato o para su terminación en el evento en que se presente una inhabilidad sobreviniente.

5. ÓRGANOS DE LA CONTRATACIÓN

El órgano rector del sistema de Administración de Contrataciones del Sector Publico, para la Administración Central, autonómica por territorio o por funciones, es la Dirección General de Contrataciones del Estado.

Las funciones de esta dirección, se encuentran en el artículo 9, de LCSP, y comprende:

1. Proponer las modificaciones que considere necesarias al marco legal relativo a las contrataciones del Estado.

2. Desarrollar el alcance de la presente Ley y su Reglamento, mejorar el Sistema de Contrataciones Administrativas del Sector Público en sus aspectos administrativos, técnicos y económicos, mediante la emisión de normas administrativas. Así como, proponer políticas públicas y evacuar las consultas en materia de su competencia.

3. Desarrollar, administrar y operar el Registro de Información del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector

Público y mantener la información accesible al público en los términos de la presente Ley y su Reglamento.

4. Desarrollar, administrar y operar el Sistema de Contrataciones Administrativas Electrónicas (SISCAE).

5. Supervisar la aplicación de las normativas emitidas por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público en materia de las contrataciones administrativas del Sector Público, y poner en conocimiento a la máxima autoridad administrativa de la anormalidad encontrada para que adopte la medida que corresponda.

6. Imponer sanciones a los proveedores y contratistas que contravengan las disposiciones de esta Ley, su Reglamento y del contrato.

7. Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República los casos en que se observe en los funcionarios públicos, indicios de incompetencia, negligencia, corrupción detectados en el ejercicio de sus funciones.

8. Brindar asistencia técnica y capacitación a los organismos y entidades del Sector Público y sector privado en materia de su competencia.

9. Diseñar, elaborar y difundir normativas complementarias de carácter general, así como modelos de manuales, guías, instructivos y pliegos estándares e instrumentos de gestión, entre otros, políticas que incluyan la elaboración de directrices que contemplen aspectos técnicos, económicos y sociales sobre la compra sustentable, en pro del desarrollo o mejora del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público en sus aspectos operacionales, técnicos y económicos.

10. Preparar anualmente estudios y análisis acerca del comportamiento de precios de bienes y servicios, a fin de que los organismos y entidades del Sector Público los utilicen en la preparación de sus proyectos de presupuesto y sus procesos de contratación.

11. Administrar, definir y supervisar los acuerdos marco, así como ilustrar sobre el uso de los mismos como se establece en la presente Ley y su Reglamento.

12. Cualquier otra que por leyes especiales le sean asignadas.

El área de Adquisiciones, es la máxima autoridad administrativa de cada órgano o entidad del Sector Público. Dentro de sus funciones esta el asegurarse que, dentro de la misma, exista un área de Adquisiciones encargada de: participar en coordinación con las áreas solicitantes en la planificación y programación anual de las contrataciones; operar los procedimientos de contratación; resguardar la información relacionada con el proceso y con la ejecución de los contratos administrativos, y brindar asesoría, apoyo administrativo y técnico a las áreas solicitantes.

El área de Adquisiciones es un Órgano de Ejecución y dependerá de la máxima autoridad administrativa, debiendo en todo caso seguir las directrices técnicas expedidas por la DGCE, de conformidad con sus competencias legales.

Cuando el volumen de las operaciones o la organización territorial lo hagan necesario, podrá existir más de un Área de Adquisiciones en cada órgano o entidad, quedando éstas sujetas a la supervisión funcional del Área de Adquisiciones Central y supeditadas, en el caso de unidades de administración desconcentradas, a la máxima autoridad administrativa del órgano o entidad.

El Comité de evaluación, es la máxima autoridad administrativa de cada órgano o entidad del Sector Público que pretenda conducir un procedimiento de licitación, concurso o contrataciones simplificadas, excepto para contrataciones menores, deberá integrar un Comité de Evaluación que estará a cargo de recomendar la evaluación y calificación de las ofertas presentadas y la elaboración del informe respectivo, con las atribuciones y responsabilidades que se establecerán en el Reglamento de la presente Ley.

El Comité de Evaluación se constituirá mediante una resolución de la máxima autoridad administrativa del órgano o entidad licitante y

deberá estar compuesto por personal de reconocida calidad técnica y experiencia.

El Comité de Evaluación estará conformado, como mínimo, por tres miembros:

1. El Coordinador del Área de Adquisiciones;
2. Un Asesor Jurídico del órgano o entidad contratante; y
3. Un experto en la materia de que trate la adquisición.

Si el número de miembros del Comité fuese ampliado, el total de ellos será siempre número impar.

Al inicio de cada período presupuestario, la máxima autoridad administrativa del órgano o entidad contratante, constituirá un órgano colegiado, integrado por un máximo de tres miembros, denominado Comité Técnico de Contrataciones (Art. 16) para recomendar la evaluación y calificación de las ofertas presentadas en los procesos de contrataciones menores que se lleven a efecto en ese período.

6. PROCEDIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El procedimiento de contratación es un elemento esencial de la teoría de los contratos administrativos, en cuanto va a ser el instrumento a través de que se persiguen diversos objetivos, no diferentes a los que trata de lograr el procedimiento administrativo con carácter general, pero de especial trascendencia en el ámbito de la contratación administrativa. En primer lugar, asegura la ordena actuación de la Administración a la hora de contratar. Pero sobre todo, en segundo lugar, garantiza la elección de la oferta más adecuada, con lo que se satisfacen dos exigencias esenciales: la igualdad de los distintos candidatos que optan a la selección, pues van a recibir un trato desigual sólo en la medida en que existan razones objetivas que lo justifiquen; a lo que se añade la tutela del interés público, que se va a venir obviamente beneficiado al optarse por la oferta más ventajosa para el mismo.

6.1. Procedimientos de contratación

Los procedimientos de contratación aparecen regulado en el art. 27 LCSP, que distingue: 1.Licitación: a) Publica, b) Selectiva. 2. Contratación simplificada. 3. Contrataciones Menores. 4. Por Concurso.

La LCASP, define que Licitación es el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual el órgano o entidad del Sector Público realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose al pliego de bases y condiciones, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la mejor oferta.

6.2. Etapas comunes del procedimiento de contratación administrativa

El procedimiento de la contratación administrativa, se divide en cinco fases: i) Preparatoria o de actividades previas, ii) Esencial o de selección del oferente, iii) Integrativa o de adjudicación, iv) Ejecución del contrato y, v) Evaluación.

Las tres fases comunes en el procedimiento de la licitación pública, son las siguientes: fase preparatoria, la fase esencial y la fase integrativa.

a. Fase preparatoria

En esta fase se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. Es puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados. Incluye los análisis jurídicos, contables, financieros, económicos, políticos y de factibilidad física de la obra o servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la elaboración del pliego de condiciones.

Los actos correspondientes a esta fase y que están contenidos en la LCASP son: Resolución de inicio (art. 30), Elaboración de pliego de bases y condiciones de licitación (art. 31 y art. 32).

b. Fase esencial

Esta fase comprende la licitación propiamente dicha, o sea, los actos dirigidos a lograr la manifestación de la voluntad común del ente público licitante y de un tercero contratista. En esta fase, como en la siguiente, las relaciones que se entablan son bilaterales, afectan o pueden afectar a terceros. Se desarrolla a través del llamado a licitación, la publicación del anuncio, la apertura de las ofertas, la admisión de oferentes, el estudio de las propuestas, la preadjudicación y la adjudicación.

Los actos correspondientes a esta fase y que están contenidos en la LCASP son : Convocatoria a licitación (art. 33), Aclaraciones y homologación del pliego de condiciones (art. 34), Corrección del pliego de base y condiciones (art. 35), Presentación de las ofertas (art. 36, art. 37, art. 38, art. 39 y art. 40), Modificación o retiro de las ofertas presentadas (art. 41), Aclaración de ofertas (art. 44), Descalificación del oferente (art. 45), Rechazo de las ofertas (art. 46) y Elaboración del dictamen de recomendación (art. 47).

c. Fase integrativa

La fase integrativa o de adjudicación da lugar a la voluntad objetiva y a su exteriorización en un contrato, perfeccionado en la forma en que el derecho positivo lo prevea, ya sea notificación de la adjudicación, aprobación de la adjudicación, homologación o instrumentación escrita.

Los actos correspondientes a esta fase y que están contenidos en la LCASP son: Resolución de adjudicación (art. 48), Re adjudicación (art. 49), Declaración de licitación desierta (art. 50) y Suspensión o cancelación del procedimiento de licitación (art. 51).

6.3. Requisitos previos al inicio de una contratación

El art. 21 de la LCASP, establece que previo al inicio de un procedimiento de contratación, la entidad contratante deberá contar, según

sea el caso, con los estudios requeridos, diseños, especificaciones generales y técnicas, debidamente concluidos, y el presupuesto. Asimismo, que estos documentos se asentaran en el expediente administrativo que se levantará para tal efecto y se harán públicos de la manera que establezca el Reglamento de forma que puedan ser tenidos en cuenta por los interesados en la elaboración de sus ofertas.

El mismo art. 21 establece, lo que se puede señalar como novedades, que la responsabilidad por el contenido de los estudios, diseños y especificaciones del proceso será del área técnica de la entidad contratante, y que en aquellos proyectos que involucren obra pública, los mismos deberán seguir los parámetros mínimos que para el efecto señale la DGCE mediante instructivo, de manera que se cuente con los requeridos para tal propósito de conformidad con lo que establezca el Reglamento de esta Ley.

Adicionalmente, establece que diez días antes de expedir la resolución de inicio de las licitaciones, los estudios, diseños y especificaciones se harán públicos junto con el proyecto del pliego de bases y condiciones, a efecto de que cualquier persona los examine y haga observaciones sobre los mismos. Las observaciones recibidas formarán parte de los antecedentes administrativos del proceso, sin que la entidad contratante esté en la obligación de responderlas o de incorporarlas.

La estimación del monto del contrato, a efectos de seleccionar el procedimiento de contratación correspondiente, es otro de los requisitos que se debe cumplir previo a iniciar cualquier proceso de contratación. El art. 22 de la LCASP establece que para esta estimación se deberá elaborar, según fuere el caso, el Presupuesto que contemple, entre otros elementos, todos los costos que implica el contrato, incluyendo el precio, fletes, seguros, comisiones, intereses, previsión sobre reajuste de precios, tributos, si procedieren, derechos, primas y cualquier otra suma que debiera precisarse.

6.4. Etapas y procedimientos de la licitación pública

6.4.1. Fase preparatoria

a. Resolución de inicio

El procedimiento se iniciará con una resolución motivada, emitida por la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante. En ésta se debe establecer el objeto de la contratación, la finalidad pública que se persigue satisfacer, una referencia de la justificación dentro del Presupuesto o del Plan Nacional de Inversiones y la elaboración del Pliego de bases y condiciones que regirá el proceso (art. 30 LCASP).

b. Elaboración de pliego de bases y condiciones de licitación

El pliego de bases y condiciones es un documento que tiene particular importancia en la regulación de la actividad contractual de la Administración. Es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante. La denominación "pliego de bases y condiciones" comprende, en principio, distintos instrumentos escritos que contienen normas jurídicas, ya sean de alcance general o particular, reguladoras del procedimiento de contratación en su preparación y posterior adjudicación. No obstante, el licitante puede encomendar la elaboración del pliego a un tercero, el que una vez efectuado lo discutirá con el órgano que tiene a su cargo la contratación.

El pliego de bases y condiciones de la licitación es la principal fuente de donde se 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 la adjudicación, durante la ejecución del contrato.

El pliego de clausulas particulares, que ha de ser aprobado por el órgano de contratación antes de iniciarse el procedimiento de contra-

tación (art. 74 RG), es una de las más claras manifestaciones de las tradicionales prerrogativas que ostenta la Administración en la contratación pública, que hacen de esta una contratación especial, distinta de la contratación común entre particulares, pues una de las partes, la Administración, tiene la facultad de establecer, a priori, las pautas que regirán el procedimiento de adjudicación, de obligada aceptación y cumplimiento por los terceros, aun indeterminados, que estén interesados en que se les adjudique el contrato.

La facultad del licitante para imponer unilateralmente, con efectos vinculantes, las cláusulas y condiciones que regularán la preparación y ejecución del contrato, resulta de la finalidad de la actividad de la Administración y de las modalidades propias de su exteriorización. Ello implica plena sujeción a la ley y adhesión a las cláusulas del pliego.

El art. 31 de la LCASP, lo define como el documento o conjunto de documentos escritos o electrónicos que conforme el procedimiento establecido en dicha Ley, recogen las condiciones jurídicas, económicas y técnicas al que ha de ajustarse la licitación, la adjudicación y formalización del contrato y la ejecución del mismo. Regulando la forma en que la Entidad Contratante determinará la mejor oferta al objeto licitado, las prestaciones, términos y condiciones del contrato que eventualmente sea adjudicado. El pliego de bases y condiciones de la licitación deberá ser elaborado y aprobado por el Área de Adquisiciones en coordinación con las áreas técnicas y solicitantes. Debiendo contener toda la información necesaria para que el oferente pueda formular válidamente su oferta.

La inclusión de estipulaciones ilegales o prohibidas que contradigan el ordenamiento jurídico o violen sus principios, autoriza a los oferentes a considerarlas como inexistentes y a apartarse de ellas, siendo sus ofertas igualmente validas.

La ilegalidad de las estipulaciones contenidas en el pliego de condiciones puede devenir de la violación de una norma expresa del ordenamiento jurídico o del ejercicio irregular de las facultades discrecionales que ejerce la Administración al elaborar los pliegos.

El art.32 de la LCASP establece que el pliego de bases y condiciones de la licitación se debe preparar de forma que favorezca la competencia y la igualdad de participación de los potenciales oferentes; por lo anterior, los organismos o entidades licitantes no podrán imponer restricciones ni exigir el cumplimiento de requisitos que no sean técnicamente indispensables si con ello limitan indebidamente las posibilidades de concurrencia de eventuales participantes. La contravención a este precepto traerá como consecuencia la nulidad del procedimiento

6.4.2. Fase esencial

En la fase anterior se debieron cumplir los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa. El art. 74 del RGLCASP, a fin de garantizar lo anterior, establece que toda convocatoria de procedimiento de contratación deberá contar previamente con la aprobación de las bases que servirán para regular el respectivo proceso, así como de sus estudios previos, so pena de nulidad.

a. Convocatoria a licitación

La licitación se inicia en el momento en que la Administración pública manifiesta expresa y abiertamente su intención de encontrar a un particular, que pretenda junto con ella, celebrar un contrato para la prestación de diversos servicios y en determinadas condiciones.

La convocatoria a la licitación pública es la invitación general e indeterminada que se formula a todos los posibles interesados en contratar con la Administración pública.

El art. 33 de la LCASP establece que el llamado a licitación lo hará el Área de Adquisiciones del organismo o entidad licitante. El cual, deberá publicarse en el portal único de contratación o en los medios que para el efecto disponga el Reglamento

b. Aclaraciones y homologación del pliego de condiciones

El art. 34 de la LCASP indica que en toda Licitación, el órgano o entidad licitante, por conducto del Área de Adquisiciones, tendrá la obligación de señalar lugar, hora y fecha límite para recibir y aclarar cualquier duda que tuvieren los pliegos de bases y condiciones.

En toda Licitación Pública, dentro de los cinco (5) días hábiles del período de presentación de ofertas, habrá una reunión de homologación de la que se elaborará un acta en la que se deben incluir los acuerdos del caso. El acta se hará llegar a todos los oferentes a través de cualquier medio establecido en el pliego (art. 34 LCASP).

En todo caso en los procesos de licitación, podrán los oferentes, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, formular objeción escrita ante el área de adquisiciones, cuando se considere que el pliego de bases y condiciones es contrario a los principios y disposiciones del procedimiento aplicable, o cuando el pliego vulnere las normas en que debe fundarse art. 34 LCASP).

c. Corrección del pliego de base y condiciones

El órgano o entidad licitante, por intermedio del Área de Adquisiciones y dentro de un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados después de celebrada la reunión de la homologación, podrá efectuar modificaciones de oficio o a petición de cualquier proveedor participante, con el objeto de precisar o aclarar el pliego de bases y condiciones. Para tales efectos, el Área de Adquisiciones deberá elaborar "Acta Motivada" y notificarla a los proveedores participantes a través de los medios establecidos en el pliego (art. 35 LCASP).

La corrección podrá ser modificación simple o modificación sustancial; será modificación simple aquella que no cambie el objeto de la contratación, ni constituyan una variación fundamental en la concepción original de esta, en este caso, se mantendrá el plazo original acordado de la fecha de la apertura.

La corrección podrá ser una modificación sustancial, cuando se introduzca una alteración importante considerada trascendente o esencial en la concepción original del objeto de la contratación. El Plazo de la apertura de ofertas deberá ampliarse hasta por un cincuenta por ciento (50%) del plazo original establecido en el pliego de bases y condiciones art. 34 LCASP).

d. Presentación de las ofertas

La presentación de la propuesta, no es un acto administrativo, ya que lo emite el administrado licitador, oferente o proponente, estando sujeta al cumplimiento de requisitos formales, cuya omisión puede determinar la ineficacia de la oferta, ya que ello autorizaría el rechazo de la propuesta al abrirse los sobres el día señalado al efecto, salvo que se tratare de irregularidades consideradas irrelevantes por el derecho vigente.

De acuerdo al art. 36 LCASP, las ofertas podrán presentarse por escrito o en forma electrónica, siempre que en este último caso se cumplan las condiciones que para el efecto establezca el Reglamento con el propósito de asegurar la inalterabilidad de las mismas.

En cuanto al plazo que tendrá el oferente para presentar su oferta, el art. 36 LCASP establece que no podrá ser menor de treinta días calendario, los que serán contados a partir de la convocatoria, salvo que el organismo adquirente resuelva ampliar el término indicado considerando la magnitud, complejidad del proyecto. Las contrataciones cubiertas por los acuerdos comerciales internacionales, se regirán por las disposiciones acordadas en dichos instrumentos.

Las ofertas recibidas por el órgano o entidad licitante una vez vencido el plazo para su presentación se devolverán, sin abrir, a los oferentes que las hayan presentado.

En toda licitación, podrán participar distintos oferentes en consorcio. Para utilizar este mecanismo, será necesario acreditar ante el organismo o entidad licitante la existencia de un Acuerdo de Consorcio, en el cual se regulen, por lo menos, los términos de su relación con el

organismo o entidad licitante. Los términos de la participación en el Consorcio que se informen al órgano o entidad licitante, no podrán modificarse unilateralmente por ninguno de los oferentes. Para cualquier variación que se pretenda introducir en el Acuerdo de Consorcio, una vez que ha sido presentado al organismo o entidad licitante, será necesario contar con el previo consentimiento del mismo (art. 37 LCASP).

Las partes del consorcio responderán solidariamente ante el organismo o entidad licitante por todas las consecuencias derivadas de su participación y de la participación del consorcio en el proceso de contratación o en la ejecución del contrato.

Un oferente que participe como parte de un consorcio en un proceso licitatorio no podrá participar en el mismo proceso individualmente o como parte de otro consorcio.

En la licitación pública no se requiere un número mínimo de licitadores. La existencia de sólo una propuesta no invalida ni afecta en modo alguno la legitimidad del procedimiento, salvo que el ordenamiento jurídico, por disposición expresa, exija un número mínimo de proponentes.

La licitación, debidamente publicada, podrá ser adjudicada cuando se presentare una única oferta. En tal caso, el Comité de Evaluación podrá recomendar la adjudicación de la licitación al oferente único, siempre y cuando, una vez evaluada, considere que esta oferta satisface los requisitos exigidos en el pliego de bases y condiciones y que conviene a los intereses del órgano o entidad licitante (art. 39 LCASP).

Las ofertas presentadas tendrán validez y estarán sujetas al plazo establecido por el órgano o entidad licitante en el pliego de bases y condiciones (art. 40 LCASP).

Esta consideración implica que durante ese plazo los oferentes no pueden retirar su propuesta, y si lo hacen perderán la garantía de seriedad que hubieren otorgado.

e. pertura de las ofertas presentadas

En el lugar, día y hora determinados en los avisos para celebrar el acto, se procederá a abrir los sobres que contienen las propuestas. Estarán presentes los funcionarios designados por el organismo licitante y los proponentes que desearen presenciarlo.

La apertura de las ofertas es la etapa procedimental por la que se dan a conocer públicamente las ofertas que oportunamente se recibieron. Constituye un acto formal. Las leyes imponen que se levante un acta, en la cual se refleje todo lo acontecido durante su desarrollo.

Dicha acta constituye un requisito de validez de tal diligencia, ya que en dicho documento se deja sentado todo lo que ahí aconteció y en la que se incluyen las observaciones realizadas por los oferentes respecto de la irregularidad de tal acto.

El art. 42 de la LCASP establece que las ofertas presentadas ante la entidad licitante serán abiertas en forma pública, presencial o electrónica, en las condiciones que para tal efecto determine el Reglamento.

f. Modificación o retiro de las ofertas presentadas

Los oferentes podrán modificar o retirar sus ofertas antes de que venza el plazo límite para su presentación por los mismos medios por lo que fue enviada. El retiro o modificación de la oferta posterior al plazo límite fijado para la presentación de la misma dará lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador establecido en la presente Ley (art. 41 LCASP).

En la contratación administrativa, las ofertas, no pueden ser revocadas, retractadas ni alteradas. La inalterabilidad de las ofertas y su carácter vinculante, les son impuestos al oferente con el fin de tutelar la igualdad que debe existir entre todos los licitadores.

g. Aclaración de ofertas

Durante la etapa de evaluación, el Comité de Evaluación a través del Área de Adquisiciones podrá solicitar a los oferentes, por escrito o en forma electrónica, aclaraciones de sus ofertas. Las aclaraciones, deberán hacerse por escrito o en forma electrónica, dentro del plazo señalado y no podrán alterar el contenido de la oferta original, ni violentar el Principio de Igualdad entre los oferentes. Las aclaraciones a que se refiere el presente artículo deberán ser presentadas por los oferentes dentro del plazo máximo de dos días hábiles a partir de la fecha de recepción de la solicitud de aclaración y darse a conocer al resto de oferentes (art, 44 LCASP).

h. Descalificación del oferente

El Comité de Evaluación descalificará al oferente en los siguientes supuestos: 1. Cuando el oferente no satisficiere los requisitos de idoneidad legal, técnica y financiera, establecidos en la presente Ley y pliego de bases y condiciones. 2. Cuando estuviere incurso en situaciones de prohibición para presentar ofertas o se encontrase sancionado de conformidad con la presente Ley. 3. Cuando el oferente faltare a la verdad en los documentos presentados o en los hechos declarados dentro del procedimiento de licitación, o se presenten evidentes inconsistencias entre los documentos entregados o las afirmaciones realizadas por el proponente y la realidad (art. 45 LCASP).

i. Rechazo de las ofertas

El Comité de Evaluación rechazará las ofertas en los siguientes supuestos: a. Cuando la oferta no estuviese firmada por el oferente o su representante legal debidamente acreditado. b. Cuando el oferente presente oferta de diferentes entidades comerciales con un mismo producto sin estar autorizado en el pliego de bases y condiciones. c. Cuando el oferente presente más de una oferta, sin estar autorizado ello en el pliego de bases y condiciones. 4. Cuando el oferente no presentare las garantías requeridas (art. 46 LCASP).

El Comité de Evaluación, también rechazará las ofertas en los siguientes supuestos: a. Cuando las ofertas no cumplan con los requisitos esenciales establecidos en el pliego de bases y condiciones. b. Contenga un precio ruinoso o no remunerativo para el oferente, que dé lugar a presumir su incumplimiento en las obligaciones contractuales por insuficiencia de la retribución establecida, previa indagación con el oferente con el propósito de averiguar si éste satisface las condiciones de participación y será capaz de cumplir los términos del contrato. c. Cuando el oferente no presente las aclaraciones a su oferta en el plazo y condiciones reguladas por la Ley (art. 46 LCASP).

j. Elaboración del dictamen de recomendación

La adjudicación, etapa que concluye el procedimiento preparatorio de la voluntad administrativa contractual, por lo general no se hace en el mismo acto en que se abren los sobres ni inmediatamente después, sino que, de modo previo, el órgano competente del ente licitante solicita el asesoramiento de oficinas y órganos consultivos que analizan las propuestas en orden a los requisitos jurídicos, técnicos y económico-financieros, exigidos por los pliegos de condiciones y demás normativa aplicable a la licitación.

La apertura y la admisión de la oferta están separadas de la adjudicación por una etapa de trámite interna, durante la cual el licitante estudia, coteja y finalmente elige la oferta ajustada a su requerimiento.

El Comité de Evaluación, utilizando los criterios contenidos en el pliego de bases y condiciones, recomendará la adjudicación total o parcial de la licitación al oferente u oferentes, que ajustándose a los requisitos del pliego de bases y condiciones, haya presentado la mejor oferta, así mismo, deberá recomendar el orden de prelación con que fueron seleccionadas; o recomendar la declaratoria de desierta total o parcialmente de la licitación en los supuestos que la Ley señala (art. 47 LCASP).

Para tales efectos, se elaborará un dictamen detallado del análisis y comparación de todas las ofertas, exponiendo las razones precisas en que fundamenta su recomendación.

6.4.3. Fase integrativa.

La adjudicación tiene lugar una vez concluida la etapa de valoración de las propuestas.

Constituye el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del contratista. Importa una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órganos competentes, y dirigida a la celebración del contrato. Con ella se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndole la ejecución de la obra, servicio o suministro objeto de la contratación.

a. Resolución de adjudicación

La adjudicación constituye un acto de la Administración Pública que contiene la decisión unilateral del órgano convocante, que determina cuál es la propuesta más ventajosa y, en consecuencia, la declara aceptada.

La máxima autoridad administrativa de la entidad u organismo licitante, deberá dictar una resolución motivada para adjudicar total o parcialmente la licitación, declararla desierta o cancelarla de acuerdo a lo dispuesto en la presente Ley (art. 48 LCASP).

Una vez emitida la resolución será notificada a los oferentes, en caso que estos no recurran contra ella, en el plazo establecido, será firme y se publicará.

Entonces, la adjudicación es el acto constitutivo del derecho del licitador de contratar con la Administración, cuando ésta se dispusiere a firmar el contrato. Claro está que "la adjudicación no es un contrato, pues sólo asegura para uno de los licitadores el derecho a celebrar un contrato con la administración, cuando ésta quisiera contratar y en caso de que quisiera contratar" (López-Elías, 1999, p. 182).

b. Re adjudicación

La re adjudicación podrá realizarse al oferente que hubiere sido calificado en el orden de prelación cuando el adjudicado original haya sido notificado para firmar el contrato y no lo hiciere dentro del plazo fijado en la notificación por la entidad licitante o no presentare la documentación necesaria para la formalización del contrato (art. 49 LCASP).

Así mismo, cuando por cualquier razón termine anticipadamente el contrato sin haberlo ejecutado en más del treinta por ciento (30%) del mismo, la entidad podrá optar por adjudicar el contrato al siguiente oferente de la prelación, en cuyo caso se ajustará proporcionalmente el valor de su oferta (art. 49 LCASP).

c. Declaración de licitación desierta

El art. 50 LCASP, establece las situaciones en las que la máxima autoridad administrativa del organismo o entidad licitante, mediante resolución motivada, deberá declarar desierta la licitación, siendo estas:

1. Cuando no se presentare oferta alguna.
2. Cuando se rechazaren todas las ofertas, fundamentando en tal supuesto, las razones técnicas y económicas basado en el incumplimiento del pliego de bases y condiciones.
3. Cuando en el proceso de evaluación se comprueban errores sustanciales respecto a las especificaciones contempladas en el pliego de bases y condiciones.
4. Cuando no esté de acuerdo con el dictamen del Comité de Evaluación, fundamentando su desacuerdo en razones de interés público.

Cuando se declare desierta una licitación, se podrá iniciar nuevamente el proceso con una reducción del cincuenta por ciento (50%) en los plazos, previa revisión del pliego de bases y condiciones que sirvió de base en la licitación, incluyendo los ajustes que sean necesario sin que se altere el objeto a contratar.

La resolución que tenga por desierta un proceso de contratación, no hará incurrir en responsabilidad contractual o pre-contractual alguna al órgano o entidad licitante.

d. Suspensión o cancelación del procedimiento de licitación

El licitante tiene la posibilidad de desistir del procedimiento antes de la perfección del contrato, aunque ya se hayan evaluado las ofertas.

Así el art. 51 de la LCASP establece que si durante el desarrollo del procedimiento de contratación administrativa se suscitan situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que impidan el normal desarrollo del procedimiento cuya solución pueda ser superada dentro de un plazo prudencial que no sea superior a treinta (30) días calendarios y que no afecte el monto y objeto de la contratación, la entidad contratante podrá mediante Resolución motivada suspender el proceso de contratación administrativa, indicando expresamente el plazo de suspensión y las razones que lo motivan, pudiendo reiniciar el procedimiento de la contratación.

Si las circunstancias acontecidas por cualquiera de estas causas no puedan ser resueltas con la prontitud requerida dada la naturaleza de la contratación, la entidad deberá cancelar la misma, motivando mediante Resolución Administrativa tal circunstancia.

En ambos casos, no implica responsabilidad alguna para la entidad u organismo contratante.

Esta resolución deberá ser notificada a los oferentes y publicarse en el portal único de contratación del órgano rector.

e. Formalización y liquidación del contrato

Es importante determinar el momento en el cual se perfecciona y entra en vigencia el contrato de la Administración, el que dependerá del modo en que se lleve a cabo dicho perfeccionamiento. El mismo se sujeta al derecho positivo, pues existen disposiciones específicas para algunos supuestos.

Nuestro derecho positivo establece en el RGLCASP, "la relación contractual se perfecciona con la firma del contrato en su caso y la recepción de orden de compra o de servicio por el proveedor adjudicatario" (art. 219 RGLCASP).

La formalización de un contrato administrativo no requerirá de escritura pública, salvo cuando lo requiera el derecho común. Los contratos administrativos derivados de un proceso ordinario de contratación, tendrán el carácter de documentos públicos con fuerza ejecutiva. (art. 70 LCASP)

Está facultada para suscribir los contratos que se deriven de la aplicación de la presente Ley, la autoridad máxima administrativa de la entidad u organismo contratante o la persona que ésta designe especialmente mediante resolución administrativa. (art. 70 LCASP)

En los procesos de licitación y concurso, una vez se encuentre firme la resolución de adjudicación, el organismo o entidad contratante deberá proceder a formalizar el contrato con el adjudicatario, de acuerdo con el modelo incluido en las bases de la contratación y las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes. En las contrataciones simplificadas quedará a opción de la entidad contratante (art. 70 LCASP).

Todo contrato administrativo de tracto sucesivo deberá liquidarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación. De no ser posible la liquidación de mutuo acuerdo, con posterioridad al periodo mencionado la entidad podrá liquidar unilateralmente, previa observancia del debido proceso (art. 70 LCASP).

7. RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Jesús González Pérez[22] define a los recursos administrativos[23] como actos de impugnación de un acto administrativo anterior ante un órgano de éste carácter, que dan lugar a un procedimiento de revisión. Los recursos administrativos constituyen vías de revisión a instancia siempre de interesados, sujetas a plazos determinados.

El recurso administrativo en tanto acto de impugnación se le puede definir como aquel que regulado por el Derecho Administrativo realiza quien alega un derecho subjetivo o un interés legitimo con el fin de requerir a la autoridad administrativa dentro del plazo fijado, la extinción o sustitución total o parcial, de un acto administrativo (en sentido lato) por razones de legitimidad o bien de oportunidad, mérito o conveniencia.

De este concepto se derivan cuatro componentes esenciales de la noción recurso administrativo[24], entre los que se pueden mencionar:

[22] González Pérez, Jesús, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, I, 2a. ed., Madrid, Civitas p. 2514.

[23] La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, ha dejado asentado en innumerables sentencias que los recursos administrativos ordinarios son los medios legales de que disponen los particulares que han sido afectados en sus derechos o intereses por una autoridad administrativa a través de un acto de la misma naturaleza, para que la autoridad competente lleve a cabo la revisión del mismo, a fin de que lo revoque o lo anule de comprobarse su ilegalidad o su inoportunidad. La autoridad que resuelve o puede resolver sobre el recurso interpuesto, es la propia autoridad que la dictó, si el recurso fuere horizontal, o su superior jerárquico o inclusive una autoridad diferente, cuando el recurso fuere vertical. Ver Sentencias Sala Constitucional No. 147, 228, y 238, dictadas a las nueve de la mañana; a las tres y treinta minutos de la tarde; y a la una y treinta minutos de la tarde; del dieciséis de agosto; del treinta de octubre y del once de diciembre, todas del año 2000, respectivamente; sentencia No. 61 del dos de julio del 2002, Considerando III; y Sentencia No. 85 del 22 de agosto del 2002, Considerando I...

[24] Según la sentencia no. 3 de las ocho y treinta minutos la mañana del tres de diciembre del año dos mil nueve, y la sentencia no. 10 de la una de la tarde del seis de noviembre del año dos mil siete de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua los elementos que caracterizan al recurso administrativo son los siguientes: 1º.- La existencia de una resolución administrativa que afecte los intereses o derechos del particular administrado, impugnada por el recurrente de amparo; 2º.- La disposición legal que establece el recurso ordinario y que señala a la autoridad administrativa ante las cuales debe interponerse el recurso; 3.- El plazo o término del que goza el particular para impugnar la resolución recurrida; 4º.- Los requisitos formales y los elementos a que debe apegarse el escrito por medio del cual se interpone el recurso administrativo; 5º.- La existencia del procedimiento al que debe sujetarse el trámite del recurso, con señalamiento del período de pruebas y forma de recibirlas, presentación de alegatos y cualquier otro trámite; 6.- La obligación de la autoridad que conoce del recurso de pronunciar la resolución correspondiente conforme a derecho, declarando si se revoca, anula, reforma, modifica o confirma la resolución impugnada.

- Es un acto de impugnación regulado por el Derecho Administrativo.
- Requiere de quien lo interpone, una legitimación activa.
- El recurso administrativo se debe de interponer ante una autoridad administrativa y dentro del plazo fijado.
- El objeto es la extinción o sustitución del acto por razones de legitimidad o bien de oportunidad, mérito o conveniencia.

La Ley no. 350, Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo en su art. 2, inciso 11 define al recurso como todo medio que concede la ley procesal para la impugnación de las actuaciones o resoluciones, a efecto de subsanar los errores de apreciación, de fondo o los vicios de forma en que se hubiere incurrido al dictarlos.

Por su parte la Ley no. 290, de Organización, competencias y procedimientos del Poder Ejecutivo[25], no establece ninguna definición sobre los recursos administrativos, sino que lo que hace es regular el procedimiento de tramitación de los recursos de revisión y de apelación, lo mismo ocurre con la LCASP y con la LCM, las cuales tampoco definen esta figura procesal, dedicándose a regular su procedimiento.

La LCASP entre su artos 110 al 116 y el RLCASP entre sus artos. 296 al 300 establecen cuatro medios de impugnación en contra de los actos que se generen de los procedimientos de contrataciones administrativas. Esto son: objeción al PBC[26], aclaración[27], impugnación[28] y nulidad en contra de la adjudicación[29].

[25] Publicada en La Gaceta Diario Oficial no. 102, del 3 de junio de 1998.
[26] Regulado en los arts. 34 LCASP y 101 del RLCASP. Art. 104 LCM.
[27] Regulado por los arts. 110 LCASP, 296 y 297 del RLCASP.
[28] Regulado por los arts. 112 al 114 LCASP y 298 del RLCASP.
[29] Regulado por los arts. 115 al 116 LCASP y 299 al 300 del RLCASP.

7.1. Recursos administrativos según la Ley 737 y su Reglamento

Según el art. 110 de la LCASP los recursos deben ser interpuestos por los proveedores que demuestren un interés legítimo, mediante escrito presentado ante la autoridad competente y dentro de los plazos establecidos, señalando expresamente las infracciones precisas del acto recurrido. *La admisión del recurso por la autoridad que corresponda tendrá efectos suspensivos*[30].

Por razones de economía procesal y certidumbre jurídica, en el procedimiento administrativo de contratación, los oferentes que participen en la misma deberán formular oportunamente los recursos en las etapas que sean recurribles. El tránsito a la siguiente etapa del proceso de contratación, sin que hubiere sido formulado el recurso correspondiente, será tenido, por imperio de la Ley, como renuncia de los oferentes participantes a todo reclamo originado por supuestos vicios incurridos en la etapa que precluye.

- **El recurso de objeción (art. 34 de la LCASP. Art. 101 de su Reglamento)**

En los procesos de licitación, podrán los oferentes, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, formular objeción escrita ante el área de adquisiciones, cuando se considere que el pliego de bases y condiciones es contrario a los principios y disposiciones del procedimiento aplicable, o cuando el pliego vulnere las normas en que debe fundarse. Esta objeción deberá ser resuelta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su presentación y si la resolución respectiva afecta aspectos sustanciales del pliego, se modificará el cómputo del plazo para presentar la oferta.

[30] Lo mismo sucede respecto a la interposición de los recursos administrativos en materia municipal, art. 85 RLCM.
Los efectos suspensivos de la interposición del recurso administrativo regulado en el art. 110 de la LCASP, podría originar, como así esta sucediendo en la práctica al menos en materia de contratación administrativa municipal, que el resto de oferentes que participaron en la licitación y no fueron adjudicados, utilicen los recursos administrativos simplemente para lograr dicha suspensión, deteniendo así el procedimiento de contratación, incluso la ejecución contractual lo que podría afectar el interés público.

Esa resolución debidamente motivada[31], deberá comunicar tanto al oferente que formulo las objeciones como al resto de posibles oferentes, mediante comunicación por escrito y publicar la misma en el portal único de contratación y la propia página web de la Institución. La no atención a las objeciones que se formularán al PBC acarrearía la nulidad del proceso.

- **Recurso de aclaración[32] (Art. 110 de la Ley 737 y art. 296 - 297 de su Reglamento)**

Durante el plazo para la evaluación de las ofertas el Comité de Evaluación deberá dar a conocer los resultados de la evaluación a más tardar tres (3) días antes del vencimiento del mismo, para que los oferentes participantes puedan solicitar las aclaraciones que consideren pertinentes en un plazo no mayor de dos (2) días, las que deberán ser atendidas por el Comité en el acta de evaluación y recomendación de adjudicación que deberá notificarse a la máxima autoridad administrativa y a todos los oferentes participantes.

El recurso de aclaración deberá ser interpuesto ante el Comité de Evaluación designado por el organismo contratante, mediante escrito simple donde se deberá indicar:

a. Identificación del oferente.

b. Número de la licitación y nombre del objeto de la licitación.

c. Referencia del acta de evaluación.

d. Señalar taxativamente los aspectos que se considera deben ser aclarados.

[31] Según el art. 2 inciso 10 de la Ley No. 350, Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso – Administrativo de Nicaragua, motivación: Es la expresión de las razones que hubieren determinado la emisión de toda providencia o resolución administrativa. La falta, insuficiencia u oscuridad de la motivación, que causare perjuicio o indefensión al administrado, determinará la anulabilidad de la providencia o disposición, la que podrá ser declarada en sentencia en la vía contencioso - administrativa.

[32] La LCM no estipula más este tipo de recurso.

El escrito por el que soliciten las aclaraciones se añadirá al expediente que se levante del procedimiento de contratación. La no atención a las aclaraciones que hayan sido legalmente presentadas será causal de nulidad de la evaluación practicada.

- **Recurso de impugnación (art. 112 al 114 Ley no. 737 y art. 298 de su Reglamento)**

En los procedimientos de contratación por licitación pública, selectiva y concurso, los oferentes podrán impugnar la resolución de adjudicación y de aquella que la declara desierta, cuando el recurrente considere que se presentaron irregularidades en la etapa de evaluación de las ofertas o propuestas

El recurso deberá interponerse ante la Procuraduría General de la República, con copia a la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante, dentro de los tres días hábiles, contados a partir de la notificación de la resolución.

El recurso de impugnación deberá ser interpuesto mediante escrito simple donde se deberá indicar:

a. Estar dirigido al Procurador General de la República.

b. Identificación del oferente recurrente.

c. Número de la licitación y nombre del objeto de la licitación.

d. Referencia del acta de evaluación.

e. Señalar taxativamente los aspectos impugnados, haciendo referencia a las consideraciones que justifican la impugnación.

El escrito interpuesto podrá ser acompañado de las *pruebas documentales* que el oferente recurrente considere pertinentes y necesarias para mejor proveer el recurso interpuesto.

Cuando los pliegos de bases y condiciones contemplen adjudicaciones parciales y la impugnación recaiga sobre renglones o lotes específicos, no interrumpirá la adjudicación de los renglones o lotes no impugnados.

Interpuesto el recurso de impugnación, la Procuraduría General de la República, al siguiente día hábil solicitará el expediente de la contratación, teniendo la entidad contratante un día hábil para su remisión y una vez recibido éste, dentro de un plazo máximo de dos (2) días hábiles determinará su admisibilidad.

Declarado admisible el recurso emplazará a las partes para que dentro de tres (3) días hábiles de la última notificación comparezcan ante la misma a hacer uso de sus derechos.

La Procuraduría General de la República resolverá el recurso conforme las normas de los procesos de contratación y en base al contenido del expediente administrativo dentro de un plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados a partir del auto de emplazamiento, pronunciándose sobre los puntos objeto del recurso. Si dentro de este plazo, la Procuraduría General de la República no resolviere la impugnación podrá el recurrente interponer el recurso de nulidad ante la Contraloría General de la República. La resolución que resuelva el recurso de impugnación deberá ser notificada a todos los oferentes participantes en el proceso y a la máxima autoridad administrativa de la entidad contratante.

Si no compareciere el recurrente en el término señalado, la Procuraduría General de la República, de oficio declarará desierto el recurso y devolverá el expediente al organismo o entidad contratante para que proceda de acuerdo a la resolución de adjudicación recurrida.

Si el organismo o entidad contratante no comparece, no se le declarará en rebeldía y la Procuraduría General de la República deberá conocer y resolver el recurso.

Recurso de nulidad (arts. 115 al 116 Ley no. 737 y arts. 299 al 300 de su Reglamento).

En el proceso de licitación pública, selectiva y concurso, cuando la Procuraduría General de la República, declare sin lugar la impugnación o no haya sido resuelto dentro del plazo señalado, el oferente podrá recurrir de nulidad ante la Contraloría General de la República durante los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelva el recurso de impugnación.

Además del oferente que recurrió de impugnación, podrá cualquier otro oferente que tenga interés legítimo dentro del proceso interponer el recurso de nulidad. Como vemos el recurso por nulidad podrá ser interpuesto por cualquier oferente que participe en el proceso de contratación, indicando con precisión, la infracción sustancial del ordenamiento jurídico administrativo que se alega como fundamento de la nulidad.

Cuando se discrepe de las valoraciones técnicas o apreciaciones científicas que sirven de motivo para la adjudicación, el recurrente deberá rebatir de forma razonada esos antecedentes.

El recurso por nulidad deberá ser resuelto dentro de los veinte días hábiles siguientes a su interposición.

En caso que la CGR no resolviere el recurso de nulidad en el plazo indicado, deberá notificar al organismo contratante y al recurrente por medio escrito la ampliación del plazo para la resolución del recurso por no más de 5 días hábiles al plazo dispuesto en la ley para su resolución.

Durante los primeros tres (3) días hábiles de este plazo, la Contraloría General de la República establecerá la admisibilidad del recurso.

En caso de admitirse el trámite, se solicitará el expediente al órgano o entidad adquirente y se emplazará a las partes interesadas para que dentro de tres (3) días hábiles expresen sus alegatos.

La resolución emitida por la Contraloría General de la República, podrá decretar la nulidad total o parcial del proceso de la contratación.

En caso de que la Contraloría General de la República declare la nulidad parcial, mandará al organismo contratante evaluar nuevamente las ofertas debiendo continuarse con el proceso de contratación a partir del acto que está siendo declarado nulo. Si se declara nulidad total implica volver a iniciar el proceso de contratación.

Con la resolución dictada por la Contraloría General de la República, se agota la vía administrativa.

Los elementos diferenciadores de todos estos recursos vienen determinados por: el acto contra el cual se dirigen, el razonamiento jurídico que los fundamenta, el momento de su presentación, el órgano competente ante quien se interpone y resuelve, los plazos y el efecto jurídico de la resolución que se emite. A continuación se presenta un cuadro comparativo que presentan y comparan cada uno de los recursos.

8. TIPOS CONTRACTUALES

La LCASP reconoce en el art. 79 señala que los tipos de contratos regulados en dicha ley son enunciativos, no excluyendo la posibilidad de que se celebre cualquier negocio jurídico en aplicación del principio de autonomía de la voluntad.

8.1 El contrato de obra pública (Arts. 80 LCASP y arts. 252 al 270 de su Reglamento.

- **Definición:**

Según el art. 80 de la LCASP es aquel contrato por medio del cual los organismos y entidades del Sector Público encargan a un tercero, persona física o jurídica, la ejecución de una obra pública consistente en una cosa inmueble, por naturaleza o por accesión, en las condiciones convenidas y a cambio de un precio que debe abonar el órgano o entidad contratante en su carácter de dueño de la obra.

Se entiende por obra pública, los bienes inmuebles que los organismos y entidades del Sector Público construyen con la participación de terceros, así como las modificaciones o reparaciones y rehabilitaciones que se hagan a los mismos, con la finalidad de destinarlos para cualquiera de los fines siguientes:

1. Servir de asiento para el ejercicio de la función pública, entendida ésta como actividad esencial del Estado;

2. Servir de uso a la población en general; y

3. Servir de infraestructura para la prestación de servicios públicos.

La administración del contrato de obras públicas[33], en el ámbito financiero, técnico y jurídico será responsabilidad de la estructura orgánica a cargo del área correspondiente y el seguimiento del cumplimiento del contrato a cargo del área de Adquisiciones.

- **Requisitos previos al inicio del procedimiento de contratación de obra pública:**

De previo al inicio de un procedimiento de contratación de obra pública, el órgano o entidad contratante deberá cumplir y garantizar los requisitos de planeación, planificación presupuestaria y determinación de la forma de ejecución de la obra. Para tales efectos, el órgano o entidad contratante debe:

a. Asegurar la disponibilidad de crédito fiscal o presupuestario.

b. Verificar las condiciones físicas y jurídicas del sitio donde se construirá la obra[34] (estudio de impacto ambiental, estudio de suelo, diseños[35], etc.)

c. Elaborar una memoria que contenga la justificación de la necesidad de la obra y de la conveniencia de realizar el contrato. La obra pública, deberá ajustarse a los objetivos y prioridades de los planes nacionales.

[33] Según García de Enterría la esencia de este contrato está en su configuración como una locatio operis, lo que tradicionalmente se suele expresar en el principio tópico del riesgo y ventura, que en su momento se creyó ser propio de la contratación administrativa y que no es sino la expresión del mecanismo normal de la articulación de las prestaciones en el arrendamiento de obra: resultado contra un precio fijo o alzado. Eduardo García Enterría y Tomás Fernández Rodríguez. Curso de Derecho Administrativo I, reimp. De la 12a. ed., Madrid, Thomson/Civitas. 2005.

[34] Esto es lo que típicamente se ha venido denominando como el replanteo de la obra que consistirá en comprobar la realidad geométrica de la obra y la disponibilidad de terrenos para su normal ejecución. Moreno Molina, p. 987.

[35] Doctrinariamente se dice que también puede otorgarse su elaboración a otro contratista, con la consecuencia lógica que este último no podría participar en la licitación para la obtención de la ejecución de la obra, por razones de estar en condición más ventajosa que el resto de oferentes. Moreno Molina, p. 1001.

d. Aprobar un proyecto[36] de conjunto y detalle que defina la obra a realizar.

e. Elaborar el pliego de especificaciones técnicas y condiciones específicas del proyecto, el presupuesto detallado de acuerdo al desglose de la obra, de los precios unitarios y de la programación de las diferentes etapas para la realización de la obra, debidamente actualizado al momento de la convocatoria para la presentación de ofertas.

La entidad contratante será responsable de adquirir los derechos y cumplir con los requisitos que sean necesarios para la ejecución de las obras, incluyendo derechos de vía y accesos, servidumbres, bancos de materiales, fuentes de abastecimiento de agua, permisos y cualquier otra facilidad o servicio que se especifique en el Pliego de Bases y Condiciones, así como también la obtención de las licencias ambientales necesarias.

El art. 255 RLCASP establece que en todo procedimiento de licitación pública será de obligatorio cumplimiento la visita al sitio de ejecución de la obra para poder presentar oferta en dicho proceso.

De esta visita la entidad contratante deberá levantar un acta, en la cual entre otras cosas se deberá dejar constancia de la asistencia de los potenciales oferentes, será firmada por el representante de la entidad contratante para tal visita. Dicha acta será parte del expediente del proceso de contratación y se facilitará una copia a cada uno de los oferentes que hayan concurrido.

- **La ejecución de la obra**

Las obras se ejecutarán con apego estricto al contrato y sus anexos, incluyendo eventuales modificaciones. Asimismo, las obras se ejecu-

[36] La doctrina suele definir al proyecto de obra como el conjunto de datos, especificaciones e instrucciones técnicas, conforme al cual se ha de ejecutar la obra. Los proyectos suelen ser redactados por la propia Administración, mediante su personal técnico, o mediante un contrato se servicios que implicará que un contratista concretice su elaboración. Ver: Moreno Molina José Antonio, La nueva ley del Sector Publico. Estudio Sistemático, segunda Edición. Editorial la Ley. Madrid, España. 2009. p. 973.

tarán con apego a las instrucciones escritas que fueren impartidas al contratista por el supervisor designado por el órgano o entidad contratante, siempre que éstas se conformaren con lo establecido en los documentos del contrato.

Durante la ejecución de la obra y hasta que expire el período de garantía de la misma, el contratista será responsable de las fallas o desperfectos que ocurran por causas que le fueren imputables, salvo el caso fortuito o la fuerza mayor debidamente calificada. No será responsable el contratista por eventuales deficiencias o imprevisiones en el diseño, salvo cuando el contratista sea contractualmente responsable por la elaboración y revisión detallada de los diseños.

- **Plazo de ejecución (Art. 257 RLCASP)**

El contratista deberá ejecutar la obra en su totalidad en el plazo convenido. Asimismo, el contratista deberá cumplir los plazos parciales establecidos para las diferentes etapas del proyecto, si así se hubiere previsto en los documentos de la contratación.

Si el contratista por causas que le fueren imputables, incurriere en atrasos en los plazos parciales, de manera que se temiere justificadamente que no podrá entregar la obra en el plazo total pactado, la entidad contratante tomará las medidas correctivas que fueren necesarias.

Si la obra no se ejecutare en el plazo total, la entidad contratante aplicará al contratista por cada día de atraso, una multa cuya cuantía se establecerá en el Pliego de Bases y Condiciones y en el Contrato. Esta multa no podrá ser mayor a 0.05% (cinco por millar) por cada día de retraso, hasta un máximo del 10% del valor total del contrato.

Sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieren proceder, si la demora se produjere por causas no imputables al contratista, incluyendo pero no limitándose a la falta de pago en la forma y plazos especificados en el contrato, la entidad contratante autorizará la prórroga del plazo por un tiempo igual al atraso y deberá resarcir al contratista por los daños que tal atraso le causare.

- **Condiciones no previstas durante la ejecución del contrato**

Cuando se presentaren condiciones no previstas o hagan más oneroso el cumplimiento de lo convenido, cualquiera de las partes podrá pedir la terminación anticipada del contrato sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad contractual, o podrá el contratista continuar la ejecución de la obra teniendo derecho a una remuneración adicional proporcional a la diferencia resultante en el costo de la obra. (Art. 258 RLCASP)

- **Paralización de la obra pública**[37]

Cuando se paralizaren las obras en ejecución por circunstancias imputables al órgano o entidad contratante, corresponderá a ésta indemnizar los daños y perjuicios causados al contratista. (Art. 259 RLCASP)

- **Pago de la obra**

La forma de remuneración del contratista deberá indicarse en el Pliego de Bases y Condiciones, pudiendo ésta establecerse bajo la modalidad de precio alzado, precios unitarios, sistema de coste y costas, o cualquier otra modalidad resultante de las combinaciones anteriores.

En cualquier caso, el precio se pagará de acuerdo al avance de la obra, sin perjuicio de la entrega de un anticipo inicial de conformidad con la ley.

Cuando así se hubiere convenido en los documentos contractuales, la entidad contratante podrá también dar adelanto para el pago de materiales con el objeto de proteger el precio de los mismos, así como pagar también el valor de los materiales almacenados para ser usados en la obra, previas las comprobaciones correspondientes.

[37] La suspensión de obras puede, en síntesis, definirse como la potestad administrativa para, por causas de interés público debidamente motivadas, acordar la paralización de una obra previamente contratada y en fase de ejecución; no es pues, expresado en términos inversos, una situación normativamente definida por el dato puramente fáctico de la inejecución del contrato. Véase Barrero Rodríguez, María Concepción, La suspensión de la ejecución del contrato de obra pública, en Revista de Administración Pública, RAP no. 142, enero – abril 1997, p. 120.

- **Pago de anticipos en contratos de obra**

El importe de los anticipos será establecido en el Pliego de Bases y Condiciones. Los mismos, serán puestos a disposición del contratista con antelación a la fecha pactada para el inicio de ejecución de la obra y para cada una de las etapas de ejecución previstas para la misma.

El contratista deberá constituir garantía por los anticipos efectuados a su favor por el órgano o entidad contratante. El monto de la garantía constituido por el contratista en tal concepto, será el equivalente al cien por ciento de cada uno de los anticipos efectuados a su favor.

El atraso, por parte del órgano o entidad contratante, en la entrega del anticipo inicial será motivo para diferir en igual plazo el programa de ejecución pactado. Cuando el contratista no entregare la garantía del anticipo dentro del plazo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, no procederá la prórroga y, por lo tanto, el contratista deberá iniciar los trabajos en la fecha establecida originalmente.

Para la amortización del anticipo en el supuesto que sea rescindido el contrato, el saldo por amortizar se reintegrará a la entidad contratante en el plazo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones y, en su defecto, dentro un plazo no mayor de quince días calendario, contados a partir de la fecha en que le sea comunicada al contratista la determinación de la entidad contratante de rescindir el contrato.

- **Revisión de precios**

Los precios unitarios establecidos en los contratos serán invariables, salvo los reajustes que se reconocerán en caso de incrementos de costo en los diferentes componentes de costos de la oferta original presentada y aprobada al contratista.

La revisión de precios será aplicable desde la firma del contrato y durante el plazo original del contrato y los plazos contemplados en las ampliaciones debidamente justificadas; y se tomará como precios base los que estén contenidos en la oferta y los índices de incremento de precios serán los facilitados por el Banco Central de Nicaragua y en su defecto los valores de mercado avalados por la Cámara Nicaragüense de la Construcción.

En el caso de producirse variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados en los contratos de ejecución de obras que celebren las entidades del Sector Público, los costos se reajustarán, mediante la aplicación de fórmulas matemáticas que constarán obligatoriamente en el pliego de bases y condiciones y en el contrato, en base a la fórmula general establecida en el art. 262 RLCASP.

El reajuste de precios se realizará mensualmente o de acuerdo con los períodos de pago establecidos en el contrato, y será efectuado en base a los precios o índices de precios a la fecha de presentación del avaluó por avance de obras por la fiscalización o unidad de control de cada obra tramitándolo conjuntamente con el avaluó por avance de obra.

- **Supervisión de la obra**

La entidad contratante, por medio de su personal o de consultores debidamente seleccionados, supervisará la correcta ejecución del contrato, determinando las facultades y las obligaciones de los supervisores. (Art. 265 RLCASP)

- **Investigación de irregularidades (Art. 266 RLCASP)**

Cuando hubiere indicios de responsabilidad por defectos o imprevisión imputable a los diseñadores o constructores de una obra, la entidad contratante ordenará la investigación correspondiente para los fines consiguientes.

La misma medida se tomará cuando hubiese indicios de responsabilidad por culpa o negligencia imputable a los supervisores.

La recepción de la obra por la entidad contratante no eximirá a las personas antes indicadas de responsabilidad por defectos no aparentes. Si el proyecto lo amerita, podrá exigirse un *cuaderno de bitácora*, debiéndose anotar en el mismo, las incidencias que ocurran durante la ejecución de la obra.

- **Cláusula de incentivos**

La entidad contratante podrá incorporar en el Pliego de Bases y Condiciones, el reconocimiento al contratista por el cumplimiento anticipado del contrato, cuando la incorporación de tales incentivos resultare ventajoso o beneficioso al interés público. (Art. 267 RLCASP).

- **La recepción de la obra**

La LCASP establece que en los contratos de ejecución de obras existirá una *recepción sustancial y una definitiva*. La primera, será solicitada por el oferente, cuando la obra pueda ser utilizada para el fin que fue concebida.

Al recibir esta solicitud el organismo adquirente procederá al levantamiento en acta de los detalles que se encuentren pendientes y realizará una valoración de los mismos. El contratista tendrá un plazo de treinta a noventa días según la complejidad de la obra para finalizar estos detalles.

El organismo adquirente procederá a la cancelación de los trabajos realizados de acuerdo a los términos del contrato, reteniendo una suma del doble del valor de la lista de detalles.

Cuando el contratista haya realizado las correcciones indicadas en la lista de detalles, solicitará una recepción definitiva, la que será suscrita por el organismo adquirente, si los trabajos pendientes de la lista de detalles están concluidos a satisfacción, para finiquitar así el contrato.

- **Entregas parciales**

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando se hubiere pactado la ejecución y entrega de tramos o partes del proyecto para ser puestos al servicio público, se irán recibiendo parcialmente a medida que el contratista los vaya terminando de acuerdo con el contrato y los demás documentos contractuales. En estos casos, el plazo de garantía de calidad de los trabajos comenzará a correr a partir de la respectiva recepción parcial. Dicho plazo se establecerá atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra. (Art. 270 RLCASP).

8.2. El contrato de suministro de bienes (arts. 81 LCASP y arts. 271 al 283 de su Reglamento

- **Definición**

Es un contrato traslativo de dominio, en virtud del cual, una persona natural o jurídica, denominada proveedor, a cambio de un precio, se obliga a realizar a favor de la entidad contratante o suministrada, una pluralidad de prestaciones autónomas de dar, consistentes en la entrega periódica de cosas[38] muebles, en las fechas[39] y cantidades[40] fijadas en el contrato.

Para que el contrato de suministro se repute contrato administrativo, será necesario que el órgano o entidad contratante pertenezca al sector público, actúe en ejercicio de la función administrativa y adquiera las cosas objeto del contrato con la finalidad de facilitar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

El contrato administrativo de suministro es un contrato principal[41]; por lo tanto, no depende de la existencia de otro contrato ya que tiene un propósito contractual propio y específico.

Sin perjuicio de lo anterior, el contrato administrativo de suministro podrá incorporar otras prestaciones menores de diferente naturaleza, tales como el servicio de instalación, reparación o mantenimiento de

[38] Los bienes a ser suministrados a la entidad contratante podrán consistir en bienes muebles corporales, consumibles o no, fungibles o no; sin que sea necesario que existan o pertenezcan al proveedor al momento de la adjudicación del contrato.
El órgano o entidad contratante adquirirá los bienes objeto del contrato administrativo de suministro en calidad de propietario, con propósito de consumo o para destinarlos a la transformación, fabricación o manufactura de otros bienes. (Art. 271 RLCASP)

[39] El contrato administrativo de suministro es de tracto sucesivo, de duración o ejecución periódica o continuada, y su duración se prolonga en el tiempo. Cuando trascienda más de un periodo presupuestario, la disponibilidad de crédito presupuestario deberá estar autorizado de conformidad con la ley que rige la materia. (Art. 273 RLCASP)

[40] La cantidad de bienes a ser adquiridos estará en función de las necesidades de la entidad contratante, la que deberá indicar en los documentos contractuales la cantidad mínima y máxima que podría requerir de acuerdo a sus necesidades. (Art. 272 RLCASP)

[41] El contrato administrativo de suministro, en ausencia de normas y principios especiales de Derecho Administrativo y en la medida que no contraviniere el interés público, se regirá por las disposiciones pertinentes de la compraventa mercantil. (Art. 283 RLCASP)

los bienes suministrados, siempre y cuando el valor económico de los bienes suministrados constituya el componente principal del precio del contrato. (Art. 274 RLCASP)

- **Entrega de los bienes**

El contrato administrativo de suministro podrá ejecutarse mediante entregas parciales o totales, continuas o periódicas, en los términos establecidos en los documentos contractuales. Las entregas se efectuarán en el lugar y plazo pactados. A falta de estipulación con respecto al lugar de entrega, los bienes se entregarán en la sede de la entidad contratante, si ésta estuviere en el mismo domicilio; o en el establecimiento del proveedor, si éste se encontrare en domicilio distinto de la del suministrado.

A falta de estipulación con respecto al plazo de entrega, los bienes deberán entregarse dentro de un plazo no mayor de diez días hábiles después de cada solicitud o petición de entrega hecha por el suministrado.

- **Riesgos por pérdida o destrucción de los bienes objeto del suministro**

Pendiente la entrega de los bienes objeto del suministro, el riesgo de pérdida o destrucción de los mismos, recaerá sobre el proveedor. Dicho riesgo, se trasladará al órgano o entidad contratante o suministrada hasta la entrega efectiva y a satisfacción de los bienes, conforme los términos establecidos en los documentos contractuales. Para tales efectos, la entrega de los bienes se hará constar mediante acta de recepción que deberá ser emitida por el funcionario designado por la entidad contratante[42].

[42] En el Derecho español se ha declarado incluso jurisprudencialmente, que la entrega se entenderá hecha cuando los bienes hayan sido efectivamente recibidos, de acuerdo con las condiciones del contrato. El contratista está obligado a entregar las cosas, objeto del contrato en el tiempo y lugar pactados. Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala tercera, contencioso – administrativa, del 5 de octubre de 1999. Ver: Moreno Molina, José Antonio: La nueva Ley de contratos del Sector Público. Estudio sistemático, 2009, p. 1150.

El suministrado tiene la obligación de recibir los bienes cuando éstos se ajusten a lo pactado, caso contrario, incurrirá en mora y se le aplicarán las disposiciones legales pertinentes. Cuando los bienes no se hallen en estado de ser recibidos se hará constar esta circunstancia en el acta que se elaborará, así como las instrucciones precisas que se den al proveedor para que subsane los defectos o faltantes que existieren o para que proceda a una nueva entrega de conformidad con lo pactado.

- **Plazo de garantía**

El proveedor estará obligado a extender garantía de evicción y saneamiento sobre los bienes objeto del suministro, en el plazo, términos y condiciones establecidos en los documentos del contrato. Esta garantía se entiende implícita en todos los contratos administrativos de suministro y no podrá ser válidamente renunciada.

El plazo de garantía comenzará a correr a partir de la entrega efectiva y a satisfacción de tales bienes.

Si durante el plazo de la garantía se acreditare la existencia de vicios o defectos en los bienes suministrados, el proveedor estará en la obligación, a opción del suministrado, de reducir el precio o sustituir o reparar tales bienes a su propio costo dentro del plazo razonable establecido por la entidad contratante.

Lo anterior, sin perjuicio de cualquier otra acción que procediere de conformidad con los documentos contractuales o con la LCASP.

- **Inspección pendiente la entrega de los bienes**

Cuando concurriere en el proveedor la doble condición de proveedor y fabricante, el órgano o entidad contratante podrá inspeccionar el proceso de fabricación de los productos que deban entregarse, pudiendo ordenar o realizar por si mismo los análisis, ensayos o pruebas de los materiales a emplear o de los productos terminados.

De igual forma, la entidad contratante podrá adoptar otras medidas de control de calidad y tomar cuantas disposiciones estime convenientes para asegurar el estricto cumplimiento de lo convenido.

- **Repuestos**

El proveedor deberá garantizar, cuando fuere requerido según la naturaleza del suministro, la entrega oportuna de repuestos; asimismo, estará obligado, cuando fuere necesario, a entrenar al personal que se hará cargo de la operación de los bienes objeto del contrato.

El proveedor deberá acreditar, según el caso, que tiene derecho al uso de las patentes o que es titular de las marcas y derechos de autor correspondientes.

- **Pacto de exclusividad**

Siempre que no contraviniere el interés público, podrá incorporarse al contrato administrativo de suministro una cláusula de exclusividad establecida en beneficio del proveedor o de la entidad suministrada. Dicha cláusula sólo producirá efectos entre las partes contratantes; por lo tanto, no será oponible a terceros.

- **Prohibiciones**

Cuando la entidad contratante sea el destinatario final de los bienes objeto de consumo y sin perjuicio de lo prescrito por la Ley No. 182, Ley de Defensa de los Consumidores[43], ningún proveedor podrá condicionar el suministro de bienes a la compra de otras mercancías o servicios distintos a los del contrato de suministro o a no usar, adquirir o proporcionar bienes o servicios a un tercero.

- **Terminación del contrato**

El contrato administrativo de suministro podrá terminar:

a. Por vencimiento del plazo.

b. Por rescisión contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones del proveedor.

[43] Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213 del 14 de noviembre de 1994.

- **Procedimientos aplicables**

Los organismos sujetos a la LCASP contratarán el suministro de bienes siguiendo los procedimientos según corresponda de acuerdo con el monto. La LCM señala lo mismo, pero haciendo referencia lógicamente a los procedimientos de contratación que regula.

8.3. El contrato de servicios (arts. 87 LCASP. Arts. 80 al 83 LCM y arts. 71 al 74 RLCM)

- **Definición**

Los de servicios generales

Es aquel contrato en virtud del cual, un tercero, denominado prestatario, se obliga -a cambio de un precio -, a prestar un servicio a un órgano o entidad del Sector Público para la satisfacción de una necesidad. Los contratos de servicios[44] generales presuponen la prestación de un servicio de carácter predominantemente material. Son prestados por personas naturales que ejercen la actividad comercial objeto del contrato, jurídicas o pertenecientes al Sector Público con personalidad jurídica propia.

Cuando el prestatario sea una entidad perteneciente al Sector Público, se entenderá que actúa en su capacidad de derecho privado toda vez que la naturaleza del servicio prestado no implica el ejercicio de competencias públicas.

[44] El art. 10 de la Ley 30 / 2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público español, establece que los contratos de servicios serán aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.
Como novedad importante de la nueva Ley de contratos del Sector Público en España influenciada por el Derecho comunitario europeo, la categoría del contrato de servicios ha pasado a englobar a los contratos de consultoría y asistencia que han perdido así su autonomía regulatoria. La contratación pública en el ámbito de los servicios ha crecido tanto que supone alrededor de un 25 % del total de la contratación pública comunitaria europea. Ver: Moreno, Molina, José Antonio, La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Estudio sistemático, 315.

Entre otros servicios generales[45], pueden contratarse servicios de vigilancia, limpieza, impresiones, lavandería, mensajería, soporte informático, mantenimiento, y cualquier otra actividad relacionada con el apoyo a los organismos o entidades. Los contratos de servicios generales no podrán contratarse por períodos superiores a un año, pudiéndose renovar dicho contrato hasta por dos veces.

8.4 Los contratos profesionales de consultoría (Artos. 88 al 89 LCASP. Artos. 153 al 162 RLCASP)

Estos contratos presuponen la prestación de un servicio de carácter predominantemente intelectual. Son prestados por particulares, personas naturales o jurídicas que, por su nivel profesional, reúnen calificaciones y aptitudes especiales, derivadas de sus conocimientos técnicos, profesionales y científicos.

No originarán relación laboral o de empleo público. Por lo tanto, el profesional prestatario de tales servicios no gozará de los derechos ni estará sujeto a las obligaciones y prohibiciones establecidas por la legislación laboral o por las leyes que regulen el estatuto de los servidores públicos.

No pueden tener carácter general y permanente. Caso contrario, la relación existente será de empleo público[46] y el profesional será tenido como un servidor público.

Los contratos de servicios profesionales[47] de consultoría estarán sujetos a plazos determinados y deberán establecer los objetivos y resultados concretos y específicos que se pretenden lograr.

[45] Estos contratos sugieren la idea de la manualidad opuesta a la de la intelectualidad de los contratos de consultoría que veremos a continuación. Los primeros se definen por dos notas, una positiva y otra negativa, Las primeras son de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro acto de naturaleza análoga de la prestación y en segundo lugar, que esta sea complementaria para el funcionamiento de la Administración, para el mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones. El elemento negativo es que el contrato no se encuentre comprendido entre los de consultoría.

[46] Lo mismo establece el art. 83 de la LCM, señalando que al no originarse relación de empleo, cuando la misma se disuelve no se puede invocar las estipulaciones de las leyes laborales vigentes.

[47] En España, son contratos de consultoría y asistencia aquellos que tengan por objeto: a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución

- **Selección del consultor**

  - Selección basada en la calidad y el costo (art. 153 RLCASP)

La selección basada en la calidad y el costo es un proceso competitivo en el que, para seleccionar la personas físicas o jurídicas a la que se adjudicará el contrato, la ponderación que se asigne a la calidad y al costo se detallará en los términos de referencia[48] y se determinará en cada caso de acuerdo con la naturaleza del trabajo que se ha de realizar.

En los términos de referencia se deberá definir claramente los objetivos, las metas y la extensión del trabajo encomendado y se suministrará información básica con el objeto de facilitar a los consultores la preparación de sus ofertas. Si uno de los objetivos es la capacitación o la transferencia de conocimientos, es preciso describirlo específicamente y dar detalles sobre el número de funcionarios que recibirán capacitación y otros datos similares, a fin de permitir a los consultores estimar los recursos que se necesitarán.

y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones: 1ª Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico. 2ª Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter. 3ª Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. 4ª Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones Públicas. Ver: Fernández Astudillo, Contrataciones administrativas, p. 365. Según Leopoldo Tolivar Alas, en su momento definimos los contratos de consultoría y asistencia como aquellos a los que recurre la Administración para hacer frente a ciertas carencias internas de medios personales, para la realización de estudios y actividades de marcado talante intelectual, que requieren una gran cualificación del contratista, y que normalmente son previas a una posterior actuación de autoridad del ente público. Recuérdese que la diferencia fundamental con los contratos de servicios era precisamente el carácter intelectual de los de consultoría frente al material de los de servicios. Véase Tolivar Alas, Leopoldo, Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios, en Revista de Administración Pública, RAP no. 176, mayo – agosto, 2008, p. 60.

[48] Son una especie de PBC en este tipo de contratos.

En los términos de referencia se deberá enumerar los servicios y los estudios necesarios para llevar a cabo el trabajo y los resultados previstos. Los términos de referencia no deberán ser demasiado detallados ni inflexibles, a fin de que los consultores que compiten puedan proponer su propia metodología y el personal asignado. Se alentará a las firmas a que comenten los Términos de Referencia en sus ofertas y deberán definir claramente las responsabilidades respectivas del organismo adquirente y los consultores.

- **Recepción de las ofertas**

Las ofertas técnicas y financieras deberán presentarse al mismo tiempo. No se aceptarán enmiendas a las ofertas técnicas o financieras una vez cumplido el plazo. Con el fin de salvaguardar la integridad del proceso. Las ofertas técnicas y financieras se presentarán en sobres cerrados y separados.

Las ofertas financieras permanecerán cerradas y quedarán depositadas en poder del asesor legal miembro del Comité de Evaluación hasta que se proceda a abrirlas en público. No se recibirán ofertas presentadas luego de la hora establecida en el acto de apertura.

- **La evaluación de las ofertas.**

Se efectuará en dos etapas; primero la calidad, y a continuación el costo. Los encargados de evaluar las ofertas técnicas no tendrán acceso a las ofertas financieras sino hasta que la evaluación técnica haya concluido.

- **Evaluación de la calidad.**

El Comité de Evaluación evaluará cada oferta técnica teniendo en cuenta entre otros los siguientes criterios:

a. La experiencia del consultor en relación con la tarea asignada,

b. La calidad de la metodología propuesta,

c. Las calificaciones profesionales del personal clave propuesto,

d. La transferencia de conocimientos, y

e. Se calificará cada criterio conforme a una escala de 1 a 100 y luego se ponderará cada calificación, lo que dará un puntaje.

- **Evaluación del costo**

Una vez finalizada la evaluación de la calidad, el Comité de evaluación notificará a los consultores cuyas ofertas no obtuvieron la calificación mínima necesaria o no se ajustaron a los términos de referencia, con la indicación de que sus ofertas financieras les serán devueltas sin abrir después de terminado el proceso de selección. El Comité de evaluación notificará simultáneamente a los consultores que hayan obtenido la calificación mínima necesaria, e indicará la fecha y hora fijadas para abrir las ofertas financieras. La fecha de apertura será por lo menos dos semanas posterior a la fecha de notificación.

Las ofertas financieras serán abiertas en público en presencia de los representantes de los consultores que decidan asistir. Cuando se abran las ofertas financieras, se leerán en voz alta y se tomará nota del nombre de la firma de consultores, el puntaje de calidad obtenido y los precios propuestos. El Comité de evaluación preparará el acta de la apertura.

Si hay errores aritméticos, deberán corregirse, a los fines de comparar las ofertas, los costos deberán convertirse a una sola moneda establecida en el pliego de base y condiciones. Para los propósitos de evaluación, el "costo" excluirá los impuestos locales, pero incluirá otros gastos reembolsables, como viajes, traducciones, impresión de informes y gastos de secretaría. Se podrá asignar un puntaje de 100 a la propuesta de costo más bajo, y puntajes inversamente proporcionales a sus respectivos precios a las demás ofertas. Alternativamente se podrá asignar calificaciones directamente proporcionales al costo o utilizará la metodología. En los términos de referencia se deberá describir la metodología que se utilizará.

- **Evaluación combinada de la calidad y el costo**

El puntaje total se obtendrá sumando los puntajes ponderados relativos a la calidad y el costo. El factor de ponderación del "costo" se elegirá teniendo en cuenta la complejidad del trabajo y la importancia re-

lativa de la calidad. Las ponderaciones propuestas para la calidad y el costo se indicarán en los términos de referencia. Se invitará a negociar al oferente cuya oferta obtenga el puntaje más alto, en el caso que no exista un acuerdo se seguirá el orden de prelación correspondiente.

No se deberá permitir al oferente seleccionado que efectúe sustituciones de personal clave, a menos que las partes convengan en que el retraso indebido del proceso de selección haga inevitable tal sustitución o en que tales cambios son fundamentales para alcanzar los objetivos del trabajo. Si este no fuera el caso y si se determina que en la oferta se ofrecieron los servicios del personal clave sin haber confirmado la disponibilidad de éste, se podrá descalificar al oferente y continuar el proceso con el oferente que corresponda en el orden de prelación. El personal clave que se proponga como reemplazo deberá; tener calificaciones profesionales iguales o mejores que la del personal clave propuesto inicialmente.

- **Selección basada en la calidad (art. 159 RLCASP)**

La selección basada en la calidad se podrá utilizar para los tipos de trabajo siguientes:

a. Trabajos complejos o altamente especializados, en que el pliego de bases y condiciones y la aportación que se requiere de los consultores resultan difíciles de precisar, y en el que el contratante espera que los consultores demuestren innovación en sus ofertas.

b. Trabajos que produce importantes repercusiones futuras y en los que el objetivo es contar con los mejores expertos.

c. Trabajos que se pueden ejecutar en formas sustancialmente distintas, de manera que las ofertas no sean comparables.

Al hacerse la selección sobre la base de la calidad, se pedirá la presentación simultánea de ofertas técnicas y financieras, pero en sobres separados (sistema de dos sobres). En la invitación se podrá dar una estimación del tiempo de trabajo del personal clave, especificando, sin embargo, que esa información sólo se da a título indicativo y que los consultores podrán proponer sus propias estimaciones.

Después de evaluar dichas ofertas, la entidad licitante procederá a abrir la oferta financiera detallada del oferente cuya oferta técnica se clasifique en primer lugar.

Luego la entidad licitante y el consultor negociarán la oferta financiera y el contrato. Todos los demás aspectos de proceso de selección serán idénticos a los de la selección basada en la calidad y el costo. Sin embargo, si se ha pedido a los consultores que presenten inicialmente ofertas financieras junto con las ofertas técnicas, se incorporarán medidas similares a las de ese procedimiento con el fin de asegurarse de que sólo se abrirá el sobre con los precios de la ofertas seleccionada y que los demás sobres serán devueltos sin abrir, después de que las negociaciones hayan concluido exitosamente. En caso que no haya un acuerdo en la negociación, se procederá a negociar en el orden de prelación técnica.

- **Selección basada en presupuesto fijo (art. 160 RLCASP)**

Este método se utilizará cuando el presupuesto es fijo y el trabajo sea sencillo y se pueda definir con precisión. En la invitación se deberá indicar el presupuesto disponible y pedir a los consultores que presenten, en sobres separados, sus mejores ofertas técnicas y financieras dentro de los límites del presupuesto. Los términos de referencia se deberán preparar con especial cuidado a fin de garantizar que el presupuesto será suficiente para que los consultores realicen las tareas previstas. Primero se evaluarán todas las ofertas técnicas, tal como con el método de selección basada en la calidad y el costo. Luego se procederá a abrir en público los sobres con los precios. Las ofertas que excedan al presupuesto indicado serán rechazadas. El consultor que haya presentado las ofertas técnicas mejor clasificadas de todas será seleccionado e invitado a negociar un contrato.

- **Selección basada en el menor costo (art. 161 RLCASP)**

Se podrá utilizar este método para seleccionar consultores que hayan de realizar trabajos de tipo estándar o rutinario (auditorías, diseño técnico de obras poco complejas y otros similares) para los que existen prácticas y normas bien establecidas y en los que el monto de contrato no requiere de licitación pública.

En este método se establece una calificación "mínima" para la "calidad". Se invita a los consultores que integran el Registro de Proveedores a presentar ofertas en dos sobres separados. Primero se abren los sobres con las oferta técnicas, las que se evalúan. Aquellas que obtienen menos del puntaje mínimo se rechazan y los sobres con las propuestas financieras de los consultores restantes se abren en público. A continuación se selecciona a firma que ofrece el precio más bajo. Cuando se aplique este método, la calificación mínima se establecerá teniendo presente que todas las oferta que excedan el mínimo compiten sólo con respecto al "costo". La calificación mínima se indicará en el pliego de bases y condiciones.

- **Selección basada en las calificaciones de los consultores (art. 162 RLCASP)**

Este método se puede utilizar para trabajos por un monto inferior al establecido para la licitación por registro para los cuales no se justifica ni la preparación ni la evaluación de propuestas competitivas. En tales casos, la entidad licitante preparará los Términos de Referencia; solicitará ofertas de interés e información sobre la experiencia y la competencia de los consultores en lo que respecta al trabajo; y seleccionará a la firma que tenga las calificaciones y las referencias más apropiadas. Se pedirá a la firma seleccionada que presente una oferta técnica conjuntamente con una oferta financiera y se le invitará luego a negociar el contrato.

8.5 Los acuerdos marco (Art. 84 al 86 LCASP, 284 al 295 RLCASP)

- **Definición**

Según el art. 2 del RLCASP es la modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las entidades del Sector Público deberán contratar los bienes y servicios estandarizados y de uso común que requieran, que son ofertados a través del catálogo electrónico de bienes y servicios para el acuerdo marco[49].

[49] Esta es una figura novedosa de la LCASP, como vemos consiste en una especie de contratación de bienes y servicios estandarizados, que serán adquiridos de forma centralizada, en pro de una especie de simplificación administrativa de compras o adquisiciones que con carác-

Por su parte, el art. 84 de la LCASP nos dice que son los realizados por el órgano rector del sistema de administración de contrataciones del sector público a través de una licitación pública para establecer las condiciones en que los proveedores ofertan bienes o servicios estandarizados y de uso común, al sector público. Los adjudicatarios de los acuerdos marco se obligan a suministrarlos a la entidad pública que desee contratarlos dentro del plazo establecido en el acuerdo marco, para lo cual esta expedirá una orden de compra con el soporte presupuestario correspondiente.

La definición de los bienes y servicios a contratar mediante esta modalidad, la conducción de los procesos de selección, la suscripción de los acuerdos correspondientes y la administración del acuerdo marco estarán a cargo del órgano rector del sistema de administración de contrataciones del sector público.

El catálogo de bienes y servicios estandarizables y de uso común, así como el catálogo de precios derivados de los acuerdos marco son de acceso público, disponibles en el portal único de contratación y a cargo de la Unidad Normativa.

ter repetitivo necesitan las entidades públicas y que se regirá por un contrato o acuerdo de carácter común, con reglas generales de aplicación. Se convierte en una especie de técnica contractual que permita a los entes públicos reducir trámites, plazos e imprimir dinamismo y flexibilidad a ciertas compras. En la doctrina, especialmente en el Derecho español, se les denomina como un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado en particular las relativas a los precios y en su caso a las cantidades previstas. Ver: Moreno Molina, p. 815 – 816.
El art. 190 de la Ley de contratos del Sector Público de España señala que las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros atribuyéndola a servicios centralizados. Las centrales de contratación podrán actuar adquiriendo suministros y servicios para otros órganos de contratación o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos. Según Francisco Pleite en España estos contratos se desarrollan en dos fases, la primera en la que se selecciona a los empresarios dando lugar a un listado de empresarios, productos y precios. Cuando el acuerdo marco se concluya con varios empresarios, el número de estos deberá ser, al menos de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación. Una segunda fase en la que se adjudican los contratos que se fundamentan en ese acuerdo entre aquellos empresarios. Véase Pleite Guadamillas, Franciso, Racionalización técnica de la contratación, en Revista Documentación Administrativa no. 274 – 275, 2006, p. 118.

La DGCE deberá establecer criterios en los que se fomenten la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas, mediante el uso de instrumentos tales como el establecimiento de topes máximos, la división por zonas geográficas de los acuerdos, la limitación temporal de los acuerdos, las medidas necesarias para evitar la concentración de mercado en un solo proveedor, garantizando la libre competencia y evitando la conformación de monopolios, así como toda medida que contribuya al objetivo perseguido.

- **Reglas de realización y ejecución del acuerdo marco**

Según el art. 285 del RLCASP, la realización y ejecución del acuerdo marco se sujetará a las siguientes reglas:

a. El acuerdo marco para la contratación de bienes y servicios estandarizados y de uso común será iniciado por el órgano rector del sistema de administración de contrataciones del sector público de oficio o a sugerencias de una o más entidades del sector público, previa evaluación de su factibilidad, oportunidad, utilidad y conveniencia.

b. El acuerdo marco se desarrollará a través de actos preparatorios, de selección, de catalogación y de ejecución contractual rigiéndose por lo previsto en el RLCASP.

c. Las fases de actos preparatorios y de selección serán realizadas por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público y la ejecución contractual por cada entidad del sector público. La catalogación le corresponde a la Dirección General de Contrataciones del Estado.

d. El desarrollo de las fases de selección y de ejecución contractual del acuerdo marco serán publicados y difundidos a través del SISCAE.

e. Cada acuerdo marco se regirá en el orden de prelación por lo establecido en: 1) Pliegos de bases y condiciones, 2) Los términos suscritos del acuerdo marco, 3) La correspondiente orden de compra y el contrato.

f. El Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público no asumirá alguna responsabilidad en caso

que un determinado bien o servicio incluido en el catálogo no sea objeto de contratación por parte de las entidades, ni por la falta de pago al proveedor adjudicado por parte de las entidades.

g. Los proveedores adjudicados deberán mantener las condiciones ofertadas en virtud a las cuales suscribieron el respectivo acuerdo marco, no obstante, tienen la posibilidad de proponer mejoras a dichas condiciones, las cuales serán evaluadas por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público, y de ser aprobadas se modificaría el acuerdo marco suscrito con dicho proveedor, debiéndose publicar en el SISCAE la modificación relacionada.

h. Las entidades del sector público tienen la obligación de registrar en el SISCAE las órdenes de compras que hubieran generado en el empleo de esta modalidad.

- **Procedimiento a seguir y órgano tramitador**

El desarrollo de la fase de selección se realizará mediante licitación pública la que estará a cargo de un Comité especial designado por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público. (Art. 286 RLCASP)

Consolidación de bienes y servicios estandarizados y de uso común. Los organismos y entidades del Sector Público, objeto de la Ley, deberán enviar la "Proyección del Programa Anual de Contrataciones" al órgano rector, a más tardar en el mes de octubre del período presupuestario anterior al proyectado. El Área de acuerdos marco deberá elaborar un análisis de las proyecciones recibidas, haciendo un consolidado de los bienes y servicios estandarizados de uso común, para preparar el proceso de licitación de acuerdos marco.

- **El Plan anual de licitaciones de acuerdos marco.**

El Área de acuerdos marco deberá elaborar un plan anual de licitaciones de acuerdos marco y publicarlo en el portal único de contrataciones con una anticipación por lo menos de veinte días a la fecha de iniciación de la primera licitación. La publicación del plan anual de licitaciones de

acuerdos marco es requisito para iniciar el procedimiento de licitación, no tendrá carácter vinculante y, por lo tanto no constituirá obligación de contratar o de iniciar procedimientos. (Art. 288 RLCASP)

Las entidades regidas por la LCASP y su Reglamento, pueden participar en el acuerdo marco, para lo que deberán adherirse al acta correspondiente.

- **Particularidades del procedimiento**

El desarrollo del procedimiento de contratación ordinario se sujeta a lo dispuesto en la parte pertinente del RLCASP. Sin perjuicio de ello, deberán tenerse en cuenta las siguientes particularidades:

a. El otorgamiento de la adjudicación a favor de uno o más proveedores en el acuerdo marco constituye un pre contrato con las dependencias de la Administración Pública que hubieren suscrito el acta de participación con la DGCE, pero no implica obligación de adquirir los bienes y/o servicios, hasta tanto no se ha firmado el acuerdo respectivo, el cual de igual manera vincula directamente a los representados originalmente o que se adhirieron al contrato.

b. La existencia de precios registrados no obliga a la entidad a emitir orden de compra sin evaluar previamente el mercado.

- **Suscripción del acuerdo y de la carta de adhesión**

Una vez otorgada la adjudicación, los resultados obtenidos deberán ser publicados en el portal electrónico de la DGCE. El acuerdo marco se perfecciona con la suscripción del mismo el que se suscribe entre el proveedor o proveedores y la DGCE. (Art. 290 RLCASP)

- **Contratación bajo los acuerdos marco**

Respecto de los bienes y servicios objeto de dichos acuerdos marco, las entidades públicas comprendidas o adheridas al acta pertinente deberán comprar enviando la solicitud a la Unidad Normativa, En los casos en que haya pluralidad de firmantes de un mismo acuerdo, la

respectiva orden de compra será asignada en orden de llegada. (Art. 291 RLCASP).

- **Catálogo de precios**

Los precios vigentes se traducirán en un catálogo que deberá estar publicado en el portal único de contratación y que contendrá una descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus condiciones de contratación, y la individualización de los proveedores a los que se les adjudicó y con quienes se suscribió el acta de adhesión correspondiente.

Las entidades que estén adheridas a determinado acuerdo marco de precio están obligadas a consultar el catálogo antes de proceder a convocar a un procedimiento de contratación. Si el catálogo contiene el bien y/o servicio requerido, la entidad deberá adquirirlo emitiendo directamente la orden de compra al proveedor designado por la Unidad Normativa.

Las órdenes de compra o de servicios que se emitan en virtud del catálogo, deberán ajustarse a las condiciones y beneficios pactados en los acuerdos marco.

- **Vigencia del acuerdo marco (Art. 295 RLCASP)**

La DGCE deberá publicar en el portal único de contratación aquellos acuerdos marco que se encuentren vigentes, así como las condiciones económicas, técnicas y administrativas contenidos en ellos. El plazo de vigencia del acuerdo marco no podrá ser superior a un año.

- **Normativa aplicable (Art. 294 RLCASP)**

Cada acuerdo marco se regirá por sus PBC firmes, el acta de adhesión y la respectiva orden de compra o de servicios.

Las órdenes de compra o de servicios deberán ajustarse a las condiciones consignadas en el acuerdo marco.

Mediante regulaciones administrativas el Órgano Rector normara el desarrollo de lo establecido en el Reglamento de la LCASP para ase-

gurar el cumplimiento de los objetivos de los acuerdos marco. (Art. 295 RLCASP).

9. SANCIONES EN MATERIA DE CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS

- **Generalidades**

Nuestras normativas en materia de contrataciones establecen un régimen de sanciones administrativas, esto no excluye las responsabilidades civiles y penales que puedan atribuirse, tanto para funcionarios públicos como particulares en calidad de oferentes que hubiesen incurrido en incumplimiento de la normativa y violentado los principios contractuales. Al efecto se deben establecer garantías básicas para sustentar el debido proceso.

Las sanciones en general pueden ser impuestas en dependencia de si se aplican al funcionario o al oferente. En el caso de los primeros son interpuestas siguiendo el procedimiento de la normativa del servicio civil y carrera administrativa, por la autoridad máxima del ente contratante o la CGR a través de su Consejo Superior y su normativa. Para los segundos la DGCE y la DGCM. Estas instancias pueden proceder de oficio o por denuncia.

Las sanciones administrativas establecidas para los funcionarios públicos pueden ir desde sanciones leves como apercibimientos hasta graves como despido sin responsabilidad patronal. En el caso de los oferentes puede generarse la suspensión del Registro de Proveedores desde uno hasta cinco años. La aplicación de una sanción leve o una grave, depende de la infracción que se genere. Nuestra normativa de contrataciones administrativas establece taxativamente las causales de esas infracciones y su respectiva sanción.

9.1. Sanciones en materia de contrataciones administrativas según la LCASP

- **Sanciones para funcionarios públicos (Art. 95 al 100 LCASP)**

Los funcionarios públicos tienen la obligación de respetar la normativa que conlleva la función pública que ejercen. También son responsables ante el Estado por los perjuicios que se causaren por abuso, negligencia u omisión en el ejercicio del cargo.

La LCASP establece que procederán las sanciones administrativas o disciplinarias cuando los infractores de dicha normativa fueren servidores o funcionarios públicos regidos por la Ley No. 476, "Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa[50]" o por cualquier otra ley especial relativa al ejercicio de la función pública. En tal supuesto, el órgano sancionador y el procedimiento que deberá observarse en la determinación de las sanciones será el establecido en el estatuto administrativo correspondiente al servidor público. Todo lo anterior, sin perjuicio de las atribuciones que la ley otorga a la Contraloría General de la República, en materia de responsabilidades.

Como es lógico, toda sanción proviene de una infracción, en este caso la LCASP, establece la siguiente clasificación:

- Faltas muy graves

Los servidores públicos[51] cubiertos por prohibición que celebren contratos con cualquier órgano o entidad del Sector Público incurrirán en faltas muy graves de servicio, *sancionables con destitución*, la cual será aplicada por los órganos competentes del Servicio Civil establecidos por la Ley No. 476, Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa[52], o por cualquier otra ley especial relativa al ejercicio de la función pública.

[50] Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 235, del 11 de Diciembre del 2003.

[51] Para los efectos de la LCASP, no serán tenidas como servidores públicos las personas naturales que celebren contratos administrativos de servicios profesionales de consultoría, siempre que estos contratos cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa. (Art. 96 LCASP)

[52] Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 235 del 11 de Diciembre del 2003. Reglamentada mediante el Decreto No. 87 – 2004, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 153 del 6 de agosto del 2004.

De igual forma, el art. 97 de la LCASP sostiene que incurrirán en faltas muy graves de servicios, *sancionables con destitución*, los servidores públicos de cada órgano o entidad contratante, cuando realicen cualquiera de los siguientes actos:

1. Incurrir, después de haber sido sancionado conforme las causales de suspensión sin goce de salario, dentro de los dos años siguientes a la firmeza de la sanción respectiva, en una nueva infracción.

2. Suministrar a un oferente información que le dé ventaja sobre el resto de proveedores potenciales.

3. Recibir dádivas, comisiones o regalías, de los proveedores ordinarios o potenciales del ente en el cual labora.

4. Causar a la Administración Pública pérdidas patrimoniales, como consecuencia de su conducta dolosa o culposa. La destitución del servidor público no extinguirá su obligación de reparar las pérdidas patrimoniales causadas a la Hacienda pública o al patrimonio de la institución.

5. Recibir bienes, obras o servicios que no se ajusten a lo adjudicado, sin advertirlo expresamente a sus superiores.

6. Recomendar la contratación con una persona física o jurídica comprendida en el régimen de prohibiciones para contratar, siempre que haya conocido esta circunstancia antes de la recomendación.

- Faltas graves

Serán sancionados con *suspensión sin goce de salario por tres meses*, los funcionarios o servidores públicos que cometan alguna de las siguientes faltas graves:

1. Incurrir, dentro de los dos años siguientes a la imposición de la sanción respectiva, en una nueva infracción de la misma naturaleza;

2. Propiciar o disponer la división ilegal de contrataciones, definida conforme lo establecido en la LCASP, tramitando contratos que por su monto implicarían un procedimiento más riguroso que el seguido al dividirlas; y

3. Dejar pasar el período de vigencia de las garantías, sin tomar las providencias necesarias para cautelar los intereses de la Administración Pública o ejecutarlas sin respetar el proceso señalado en el Reglamento de la LCASP.

- Faltas leves

Los servidores públicos de cada órgano o entidad contratante serán sancionados con *amonestación escrita* cuando incurran en alguna de las siguientes faltas leves:

1. No incorporar oportunamente, debiendo hacerlo, la documentación atinente al expediente administrativo;

2. Impedir o dificultar de manera injustificada el acceso a un expediente administrativo, de cuyo manejo o custodia esté encargado. Excepto al acceso de las ofertas presentadas por los demás oferentes;

3. No incluir en un informe o dictamen datos relevantes para el estudio de las ofertas, cuando se determine que los conocía al rendir su dictamen;

4. Retrasar injustificadamente el trámite de pagos que deba cubrir el Sector Público a sus proveedores o contratistas;

5. Retrasar de modo injustificado la recepción de bienes u obras, siempre y cuando no hubiere surgido responsabilidad civil para la entidad contratante como consecuencia de la demora injustificada en la recepción;

6. No dar seguimiento a la ejecución del contrato hasta su cumplimiento, conforme lo pactado por las partes contratantes;

7. No resolver dentro de los plazos establecidos en la LCASP los recursos interpuestos por los oferentes, o no desarrollar las etapas del procedimiento de licitación dentro de los plazos legales.

Cualquier otra irregularidad en que incurran los servidores públicos en el curso de los procedimientos de contratación administrativa, será sancionada de conformidad con la Ley No. 476, "Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa" o por cualquier otra ley especial relativa al ejercicio de la función pública. (Art. 100 LCASP)

- **Sanciones a los contratistas (Art. 102 al 109 LCASP)**

En caso que el contratista y/o proveedor particular incurriere en incumplimiento contractual, u otras infracciones, determinado con sujeción al procedimiento establecido en la LCASP y su Reglamento, procederán las correspondientes sanciones.

En tal supuesto, la sanción será determinada por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público, consistiendo ésta en la suspensión del contratista particular como proveedor del Sector Público, por los plazos establecidos en la LCASP.

- **Procedimiento a seguir**

En caso que el órgano o entidad contratante determinare que se produjo un incumplimiento contractual o infracción imputable al contratista particular y hubiere agotado los procedimientos legales y contractuales previstos para solucionar amistosamente dicha situación, dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, deberá denunciar tal situación al Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público, para que emita resolución motivada determinando si procede o no la imposición de una sanción conforme a la LCASP.

El órgano o entidad contratante deberá acompañar su denuncia con todos los antecedentes del caso, adecuadamente ordenados, foliados y rubricados. Cuando la Contraloría General de la República en uso de las facultades de fiscalización que le confiere la Ley No. 681, "Ley

Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control de la Administración Pública y Fiscalización de los Bienes y Recursos del Estado", encontrase irregularidades contractuales que puedan ameritar sanciones para los contratistas particulares lo pondrá en conocimiento de la entidad contratante, para que ésta interponga la denuncia correspondiente al órgano sancionador.

Recibida la denuncia de incumplimiento contractual o de infracción, el Órgano Rector de Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público, emplazará a los interesados por el término de tres (3) días hábiles, para que formulen los descargos o aclaraciones que consideren pertinentes.

Si como consecuencia de ello hubiere necesidad de obtener alguna prueba, luego de producida ésta, se correrá nueva vista a los interesados y al organismo contratante, por el término de cinco (5) días hábiles, con lo que se tendrá por concluido el procedimiento, debiendo dictar resolución definitiva debidamente motivada dentro de un plazo máximo de dos (2) días hábiles.

No obstante, una vez iniciado el procedimiento administrativo, la parte denunciante en cualquier etapa del procedimiento hasta antes de la resolución podrá desistir por escrito ante la misma instancia que conozca el asunto siempre que exista de previo un acuerdo debidamente motivado legal, técnico y económico entre las partes, en la que se determine el beneficio para la Administración Pública, en su caso para la entidad contratante, en cuyo caso se entenderá resuelto el conflicto. La instancia, de parte decretará en la resolución el archivo de las diligencias, lo que pondrá término al procedimiento y se considerará cosa juzgada. En los casos que se presuma responsabilidad civil y penal no cabe el desistimiento.

- **Recurso contra la resolución administrativa de sanción**

La resolución en la que se impone una sanción admitirá recurso de apelación dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación respectiva; el cual se interpondrá ante el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público para que sea

resuelto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El órgano de conocimiento del recurso de apelación deberá dictar su resolución dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la interposición del recurso. Si no lo hiciere dentro de dicho término, se considerará a favor del apelante la resolución recurrida.

- **Registro y publicidad de las sanciones**

El Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público, procederá a registrar en el Registro de Información y publicar las sanciones impuestas a los funcionarios y/o proveedores particulares de conformidad con lo establecido en la LCASP.

- **Sanción de suspensión por tres años**

El contratista particular cuyo incumplimiento contractual o infracción hubiere sido determinado con sujeción al procedimiento establecido en los artículos precedentes, será sancionado con responsabilidad administrativa consistente en la suspensión para participar en procesos de contratación administrativa, por un período de tres (3) años, cuando el contratista particular:

1. Habiendo sido sancionado, incurra nuevamente en incumplimiento contractual.

2. Obtenga ilegalmente información confidencial que le coloque en una situación de ventaja, directamente o por medio de un tercero, respecto de otros competidores potenciales.

3. Suministre dádivas, directamente o por intermedio de otra persona, a los funcionarios involucrados en un procedimiento de contratación administrativa.

4. Suministre un objeto, servicio u obra de inferior condición o calidad del ofrecido.

5. Participe directa o indirectamente, en un procedimiento de contratación, pese a estar cubierto por el régimen de prohibiciones de la LCASP.

- **Sanción de suspensión por un año.**

El contratista particular cuyo incumplimiento contractual, o infracción hubiere sido determinado con sujeción al procedimiento establecido en la LCASP, será sancionado con responsabilidad administrativa consistente en la suspensión para participar en procesos de contratación administrativa por un año, cuando el contratista particular:

1. Incumpla o cumpla defectuosa o tardíamente con el objeto del contrato; sin perjuicio de la ejecución de las garantías de cumplimiento del contrato y cualquier otra garantía que hubiere sido constituida a favor de la entidad contratante.

2. Invoque o introduzca hechos falsos o infundados en los procedimientos para contratar o en los recursos contra el acto de adjudicación.

3. Incumpla con el régimen de garantías regulado para el proceso de contratación respectivo.

- **Límite de las sanciones (Art. 107 LCASP)**

Las sanciones no tendrán efecto retroactivo y por lo tanto no afectarán a los contratos que estén en curso de acción en el momento de la aplicación de las mismas. No se podrán imponer sanciones después de transcurrido el término de un año, contado desde la fecha en que se cometió la infracción.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA

Prof. Dr. Ernesto Jinesta L.

I. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL[53]

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La Contratación administrativa tiene asidero en una serie de normas constitucionales que mencionan algunos contratos administrativos y, en particular, en el artículo 182 constitucional que prescribe el procedimiento de licitación, de acuerdo con el monto que establezca la ley, para ciertos tipos contractuales. Hemos sostenido que nuestro Derecho Constitucional recoge el principio de la libre contratación administrativa, siendo la licitación necesaria –sin calificación de pública o privada- la excepción[54].

[53] V. JINESTA LOBO (Ernesto), Contratación Administrativa –Tomo IV Tratado de Derecho Administrativo-, San José, IUSconsultec S.A.-Editorial Guayacán, 2010, in totum.

[54] V. JINESTA LOBO (Ernesto), El principio constitucional de la libre contratación administrativa: Desmitificación del Voto de la Sala Constitucional No. 998-98, Revista IVSTITIA, año 24, Nos. 277-278, enero-febrero, 2010, pp. 5-16 y JINESTA LOBO (Ernesto), Constitución y Contratación Administrativa, Revista de Derecho Público, Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, No. 4, julio-diciembre 2006, pp. 13-34.

El régimen infra constitucional de la contratación administrativa se encuentra establecido, de modo general, en la Ley de la Contratación Administrativa (LCA) No. 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas y su respectivo Reglamento.

2. COBERTURA SUBJETIVA Y EXCEPCIONES AL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA[55]

En principio la Ley de Contratación Administrativa rige toda la actividad de contratación de los entes públicos –administración central y descentralizada- (artículo 1.1). Se excluyen los entes públicos descentralizados corporativos –base asociativa- cuyos ingresos provengan en más de un 50% de los agremiados, así como las empresas públicas que asumen una forma de organización colectiva del Derecho privado cuyo capital social pertenece mayoritariamente a sujetos privados (artículo 2, p. in fine).

Cuando se trata del uso total o parcial de fondos públicos por sujetos de Derecho privado, se deben aplicar los principios de la contratación administrativa (artículo 1°, p. 2°).

La LCA y su Reglamento tienen una serie de supuestos excluidos, por lo que podemos hablar en tales casos de "contratación directa" o "libre de procedimientos de contratación" que son los siguientes:

a) Excepciones bajo la responsabilidad de la administración pública contratista (artículo 2°): 1) Actividad ordinaria; 2) Convenios y Tratados del Derecho Internacional Público; 3) contratos inter-administrativos; 4) actividad contractual que no pueda o no convenga ser sometida a procedimientos de contratación al existir un único proveedor, por razones especiales de seguridad u otras igualmente calificadas; 5) compras realizadas con fondos de

[55] V. JINESTA LOBO (Ernesto), Cobertura subjetiva y excepciones del régimen de la contratación administrativa. En apuntes de Derecho Administrativo, Tomo II, San José, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2009.

caja chica; 6) Contrataciones para construcciones, instalaciones o la provisión de oficinas o servicios en el exterior; 7) actividades contractuales que resulten excluidas, de acuerdo con la ley o los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica; 8) actividad contractual de escasa cuantía

b) Excepciones bajo el control preventivo de la Contraloría General de la República a través de la autorización respectiva (artículo 2 bis): 1) Número limitado de proveedores por la complejidad o carácter especializado del bien, servicio u obra; 2) normalización o necesidad de compatibilidad en la adquisición de equipo tecnológico por adquisiciones anteriores y 3) otros casos en que sea indispensable para alcanzar la satisfacción del interés general o evitar daños o lesiones a los intereses públicos.

c) Actividades contractuales excluidas de la aplicación de la LCA al estar sometidas a un régimen jurídico específico (v. gr. empleo público y empréstitos públicos, artículo 2°).

d) Contratación administrativa en estados de necesidad o urgencia (artículo 80).

3. PROHIBICIONES[56]

Las prohibiciones para participar como oferente de la LCA cubren a diversos funcionarios públicos que pueden tener un poder de influencia directo o indirecto y personas físicas o jurídicas en las que éstos tienen injerencia, para un manejo trasparente y sano de los recursos públicos. Así, se encuentran incursos en prohibición las siguientes personas (artículo 22 bis): a) Miembros de supremos poderes y titulares de órganos de control, consulta y de influencia en la contratación administrativa; b) miembros juntas directivas, presidentes ejecutivos, gerentes y subgerentes de instituciones descentralizadas, empresas públicas, regido-

[56] V. JINESTA LOBO (Ernesto), Aptitud para contratar con las administraciones públicas: Régimen jurídico de las prohibiciones en la contratación administrativa (Estudios en homenaje a Rafael González Ballar), San José, Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2009.

res propietarios y alcalde municipal; c) funcionarios de proveedurías y asesorías legales; d) funcionarios públicos con influencia o poder de decisión en el procedimiento de contratación; e) asesores de funcionarios incursos en prohibición; f) personas jurídicas en cuyo capital social participe, tenga cargos de dirección o representación un funcionario incurso en prohibición; g) funcionarios incursos en prohibición que participan en personas jurídicas sin fines de lucro; h) cónyuge, compañero de hecho o parientes del funcionario incurso en prohibición; i) personas jurídicas en las que el cónyuge, compañero de hecho o parientes del funcionario público incurso en prohibición sean titulares del capital social o ejercen puestos de dirección o representación; j) personas físicas o jurídicas asesoras en procedimientos de contratación o que hayan participado en elaboración de especificaciones, diseños o planos.

La prohibición se extiende a todas las fases contractuales, puede ser originaria o sobrevenida, se prevén limitaciones (v. gr. proveedor único, actividad ordinaria o interés manifiesto de colaborar con la administración) y su eventual levantamiento (artículos 22 bis y 23).

4. PRINCIPIOS

La LCA recoge explícitamente varios principios que rigen tanto los procedimientos de contratación como la ejecución y extinción del contrato administrativo, tales como los de eficacia y eficiencia, primacía de la sustancia sobre la forma, conservación de los actos y actuaciones, igualdad, libre concurrencia o competencia, publicidad y transparencia (artículos 4, 5 y 6).

5. PREPARACIÓN Y FORMACIÓN DEL CONTRATO: PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

En punto a los requisitos previos de precisa de una resolución de inicio, de disponibilidad presupuestaria y previsión de verificación (artículos 7°, 8° y 9°).

El tipo de procedimiento de contratación a seguir dependerá de lo que paute el legislador y en su defecto se determinará en función de

dos criterios cuantitativos que son el monto del presupuesto autorizado para el período respectivo para la compra de bienes y servicios no personales y el monto del contrato administrativo (artículo 27.1).

Los procedimientos de contratación son los siguientes: a) Licitación pública para los contratos que cumplen con los dos criterios cuantitativos indicados, la venta de bienes del dominio público, concesión de instalaciones públicas, contratos de cuantía inestimable, suministro de bienes de elevada cuantía o cuando se emplea la modalidad según demanda y ejecución por consignación y los convenios marco (artículos 27, 41.a, 63); b) licitación abreviada para los contratos que se ajustan a los parámetros cuantitativos mencionados, con un ámbito de participación limitada puesto que se invita a participar a un mínimo de 5 proveedores inscritos en el Registro de proveedores (artículos 44, 45 y 46); c) Remate para la venta o arrendamiento de bienes del dominio público, cuando sea el medio más apropiado para satisfacer el interés de la administración (artículo 49) y d) subasta a la baja para la adquisición de productos genéricos (artículo 54).

La licitación admite varias modalidades, así la pública puede ser con invitación o publicación internacional (artículo 43), con financiamiento (artículo 52) o con precalificación (artículos 41 y 51).

Se prevé el agravamiento de los procedimientos de contratación con la utilización de uno más riguroso cuando convenga más a la satisfacción del fin público (artículo 28), así como su degradación por uno más flexible cuando el más riguroso ha sido infructuoso (artículo 30). Finalmente, se prevé la prohibición de fragmentar la adquisición de bienes y servicios con la finalidad de variar o eludir un procedimiento de contratación (artículo 37).

6. FORMACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En esta fase tiene gran importancia el cartel o pliego de condiciones y su contenido, el sistema o las bases de evaluación o calificación de las ofertas como requisito indispensable para escoger la que mejor satis-

faga el interés público, sus modificaciones, prórrogas o aclaraciones y la invitación pública a participar (artículo 42).

En garantía de los eventuales oferentes se prevé el recurso de objeción al cartel cuando existen vicios en el procedimiento, se infringen principios fundamentales de los procedimientos de contratación o se cometa cualquier quebranto del ordenamiento jurídico (artículo 82.1).

La oferta tiene un régimen prolijo, en cuanto a su plazo de presentación, formalidades, contenido, requisitos, documentos adjuntos, subsanación de defectos formales, vigencia, modalidades (en consorcio y conjuntas), apertura, aclaración, estudio y calificación de las elegibles.

Se regula la garantía de participación y sus múltiples vertientes como el monto, las formas de rendirla, la insuficiente, su sustitución, vigencia, ejecución y devolución.

7. PERFECCIÓN Y FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El contrato administrativo se perfecciona con el acto firme de adjudicación y la garantía de cumplimiento (artículo 32.2). En lo relativo a la adjudicación se regulan una serie de vicisitudes tales como el plazo para dictarla y comunicarla, su revocación y anulación e impugnación tanto en sede administrativa como jurisdiccional. Por razones de eficacia y eficiencia, se admite un solo recurso administrativo, según el monto de la adjudicación, sea de revocatoria –ante la administración contratista, artículo 91- o el de apelación –ante la Contraloría General de la República, artículo 84- en ambos casos se agota la vía administrativa. El proceso contencioso-administrativo, debe ser interpuesto dentro de los 3 días posteriores a la comunicación de la resolución que resuelve el recurso administrativo (artículos 90.2 y 92.e) y no se admite la suspensión de la ejecución del acto de adjudicación, lo que resulta cuestionable a la luz del Derecho a la tutela cautelar enunciado por la Sala Constitucional en los Votos Nos. 6224-2005 y 17306-2008.

Se prevé la declaratoria de concurso infructuoso o desierto (artículos 29 y 30), que permite la variación del procedimiento de contratación.

La garantía de cumplimiento es regulada de manera completa en cuanto a su monto (artículo 34.1), formas, sustitución, ajuste, vigencia, ejecución, y devolución.

La formalización del contrato es un requisito *ad solemnitatem* o de validez cuando el contrato se debe inscribir en el Registro Nacional o la ley así lo imponga (artículo 32.3), para el resto de los contratos es un requerimiento *ad probationem* (artículo 32.4).

Finalmente, en cuanto a la eficacia se prevé, según el monto del contrato o el carácter inestimable de su objeto, una aprobación interna por la administración contratista o un refrendo por la Contraloría General de la República (artículos 184 de la Constitución, 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República No. 7428 de 7 de septiembre de 1994).

8. EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La fase de ejecución contractual arranca con la orden de inicio del contrato (artículo 32, p. in fine) y comprende el conjunto de derechos y obligaciones de la administración contratista y del contratante.

A. Derechos de la administración

Dentro de los derechos de la administración contratante figuran los siguientes: a) Rescisión unilateral (artículo 11.1); b) la resolución unilateral (ibídem); c) la modificación unilateral (artículo 12) cuyo límite es un 50% del objeto originalmente pactado sea en aumento o disminución; d) la actualización del objeto contractual (artículo 12.2); e) celebrar un nuevo contrato con el mismo contratista (artículo 12 bis); f) fiscalización para la ejecución cabal del contrato (artículo 13); g) ejecución de la garantía de cumplimiento (artículos 14 y 34.2); h) suspensión del contrato e i) acudir a los mecanismos de resolución alterna de conflictos.

B. Derechos de la administración

Dentro del elenco de obligaciones a cargo del ente público figuran las siguientes: a) Cumplimiento de lo pactado y colaboración con el contratista (artículo 15); b) tramitación célere y eficiente de las gestiones del contratista (artículo 16); c) pago del precio y d) la verificación de la legalidad de los procedimientos.

C. Derechos del contratista

El contratista cuenta con derechos tales como los siguientes: a) Ejecución íntegra del contrato (artículo 17); b) equilibrio económico del contrato y reajuste de precios (artículo 18); c) reconocimiento de intereses por atrasos de la administración en el pago de sus obligaciones (artículo 19); d) cesión del contrato y del cobro de su precio y e) la subcontratación (artículo 62).

D. Obligaciones del contratista

Como obligaciones fundamentales figuran el cumplimiento de lo pactado (artículo 20), verificar la corrección o regularidad del procedimiento de contratación y la ejecución del contrato (artículo 21.1).

9. EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La LCA prevé causales de extinción normal (recepción provisional y definitiva del objeto contractual) y anormal o anticipada (v. gr. rescisión unilateral y la resolución).

10. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS Y ATÍPICOS

La LCA contiene una regulación explícita de algunos contratos administrativos tales como los siguientes: a) obra pública (artículos 57-62); b) suministro de bienes con varias modalidades como cantidad definida,

entrega según demanda y ejecución por consignación (artículo 63); c) contratación de servicios técnicos o profesionales (artículos 64-67); d) venta de bienes inmuebles (artículos 68-70); e) compra de bienes inmuebles (artículo 71); f) concesión de instalaciones públicas (artículos 72-73); g) concesión de gestión de servicios públicos (artículos 74-75); h) arrendamiento de bienes inmuebles (artículos 76-77); i) arrendamiento con opción de compra de equipo o maquinaria (artículos 78-79).

La LCA prevé, también, la utilización instrumental de los contratos típicos del Derecho privado para la satisfacción del fin público, como ha sucedido con el fideicomiso celebrado por los entes públicos (artículo 3.2).

Finalmente, el artículo 55 habilita a las administraciones públicas para emplear contratos administrativos atípicos o abiertos, requiriendo una reglamentación previa; de este modo se ha utilizado, hasta el momento, la gestión interesada de servicios aeroportuarios y el contrato de concierto con empresas privadas.

II. RÉGIMEN EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO (TLC) REPÚBLICA DOMINICANA-CENTROAMÉRICA-ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA[57]

1. RÉGIMEN DE COBERTURA

A. General

El Tratado de Libre Comercio celebrado entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos el 5 de agosto de 2004 en Washington D.C. y aprobado por la Ley referendaria No. 8622 de 21

[57] V. RODRÍGUEZ ARANA (Jaime), MORENO MOLINA (José Antonio), JINESTA LOBO (Ernesto) y NAVARRO MEDAL (Karlos), Derecho internacional de las contrataciones administrativas (Estudio comparado de los TLC, de las normas internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa), Fundación Konrad Adenauer, 1ª. Edición, 2011, pp. 277-311.

de noviembre de 2007, ha introducido variables y matizaciones relevantes en el régimen jurídico de la contratación administrativa de Costa Rica.

Uno de los principales problemas que puede enfrentar un régimen jurídico regional de contratación administrativa, radica en definir los contratos administrativos a los que resulta aplicable, habida cuenta de la heterogeneidad y diversidad de los regímenes jurídico-administrativos internos. El TLC hace un esfuerzo de abstracción y generalización para cubrir cualquier expresión tipológica de la contratación pública entre los Estados signatarios de ese acuerdo multilateral de inversión, empleando fórmulas y métodos elásticos que amplíen el radio de cobertura. Incluso, como disposición prospectiva el artículo 9.1.7, admite que los Estados parte pueden desarrollar *"nuevas políticas de contratación pública, procedimientos o modalidades contractuales, siempre que no sean incompatibles"* con el Capítulo 9; de esta manera, se procura una convergencia de sistemas de contratación administrativa para el futuro en la región que cubre el TLC, empleando como Derecho común el prescrito en el precitado capítulo.

Cabe advertir que el artículo 9.1 del Capítulo 9 del TLC prescribe que el régimen formal previsto en el acuerdo multilateral se proyecta y aplica a cualquier *"acto o directriz de una Parte, relativo a la contratación cubierta"*.

B. Los conceptos jurídicos indeterminados de *"contratación cubierta"* y *"contratación de mercancías, servicios o ambos"*

Para referirse al tipo de contratos públicos regulados por el acuerdo de inversión, el artículo 9.1.2 hace referencia a los conceptos jurídicos indeterminados de *"contratación cubierta"* y de *"contratación de mercancías, servicios o ambos"*, los que se concretan, progresivamente, en el articulado subsiguiente y sus anexos.

Cabe advertir que el artículo 9.1.4, le impone a los Estados parte que suscribieron el acuerdo multilateral de inversión el deber de asegu-

rarse que sus entidades contratantes cumplan con el régimen de la contratación pública establecido en el Capítulo 9 del TLC, cuando se trate de *"contrataciones cubiertas"* por éste.

A partir del numeral 9.1.5 se debe concluir que el régimen de la contratación pública que dimana del TLC es excepcional y diferenciado, por cuanto, ningún Estado parte cuando adjudique un contrato excluido por el Capítulo 9 –aunque tenga naturaleza administrativa-, éste no puede *"interpretarse en el sentido de abarcar la mercancía o servicio objeto de dicho contrato"*.

B.1. Criterios objetivos

El inciso a) del artículo 9.1.2 indica que dentro de los contratos cubiertos por el acuerdo multilateral de inversión se encuentran *"la compra, el alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción-operación-transferencia y contratos de concesión de obras públicas"*[58]. En esta enunciación se opta por un criterio mixto, que conjuga otros de carácter subjetivo y objetivo. En efecto, la compra, el alquiler o arrendamiento –con o sin opción de compra- son tipos contractuales que celebran las administraciones públicas cuyas diferencias sustanciales con los contratos del Derecho privado común u ordinario, suelen ser mínimas, razón por la que en algunos ordenamientos jurídicos no se configuran, en sentido estricto, como contratos administrativos, sin embargo en otros sistemas jurídicos, se sigue un criterio subjetivo en la medida en que interviene un poder público y el contrato respectivo tendrá dentro de su contenido una serie de cláusulas exorbitantes del

[58] El TLC procurar normalizar lo que se entiende por contratos administrativos de construcción-operación-transferencia y de concesión de obras, al indicar en su artículo 9.17 (definiciones) que *"significa cualquier arreglo contractual cuyo principal objetivo es disponer la construcción o rehabilitación de infraestructura física, plantas, edificios, instalaciones u otras obras públicas, bajo el cual, en consideración de la ejecución de un contrato por parte de un proveedor, una entidad contratantes otorga al proveedor, por un período determinado, la propiedad temporaria, si tal propiedad es permitida por la Parte, o el derecho de controlar, operar, y exigir el pago para el uso de dichas obras durante la vigencia del contrato"*. Se trata de un intento de conceptualización general que admite un margen considerable de flexibilidad para adaptarlo al que ha sido acuñado por la legislación, jurisprudencia y doctrina en cada ordenamiento jurídico interno.

Derecho común o al reputarse como administrativo –por la participación de un ente público- incorpora todo un régimen jurídico administrativo de excepción –legal y reglamentario- que faculta a la administración contratante a ejercer ciertos privilegios o potestades tales como las de la rescisión unilateral, la modificación del objeto del contrato, etc. Adicionalmente, es preciso observar, que para precisarse el concepto de contratación cubierta se utilizan los conceptos de *"contratación de mercancías, servicios o ambos"*, el que puede funcionar como una cláusula abierta para someter al régimen de la contratación administrativa del TLC, contratos que por su objeto y naturaleza, aunque intervenga un ente u órgano público, se encuentre regido, estrictamente, por el Derecho privado o común.

Ese mismo precepto del TLC sí incluye en el elenco de contratos cubiertos, siguiendo un criterio de carácter objetivo, algunos contratos administrativos, que por su contenido y objeto, clásica y pacíficamente, han sido aceptados como propios del Derecho Administrativo tales como el contrato de concesión de obra y de servicios públicos o de construcción de obras públicas.

B.2. Criterios subjetivos

El inciso c) del artículo 9.1.2 del TLC refuerza el criterio subjetivo, al indicar que se entiende por "contratación cubierta" la *"que se lleva a cabo por una entidad contratante"*. Cabe advertir que en el Anexo 9.1.2 (b) (i) del TLC se especifican los órganos y entes públicos de cada una de las partes del Tratado que se encuentran cubiertas por el Capítulo 9. A grosso modo, se disponen tres niveles fundamentales que son los siguientes: a) órganos o *"entidades del gobierno a nivel central"* –Sección A Anexo 9.1.2 (b) (i)- (lo que incluye órganos desconcentrados de los tres clásicos poderes del Estado, Ministerios, Departamentos o Secretarías de Estado, agencias federales, etc.); b) *"entidades del gobierno a nivel sub-central"* –Sección B Anexo 9.1.2 (b) (i)- que cubre, preponderantemente, entes descentralizados por razones territoriales, a nivel centroamericano comprende a diversas Municipalidades, en el caso dominicano a las Gobernaciones y en el supuesto estadounidense a los Estados que conforman la Federación y sus departamentos; y c) *"otras entidades cubiertas"* –Sección

C Anexo 9.1.2 (b) (i)- que, para la hipótesis centroamericana y dominicana alcanza a varios entes descentralizados funcionalmente o por servicios –administración pública instrumental-. De esta manera se cubre casi todo el universo de las administraciones públicas o entes públicos de cualquier Estado, al proyectarse el régimen de la contratación administrativa del Capítulo 9, a la Administración central y la descentralizada institucional, funcional o por servicios y la territorial.

Esta precisión del TLC, permite concluir que un contrato celebrado entre un inversionista privado de un Estado que es parte del Tratado y cualquier otra entidad pública de otro Estado que también lo ha suscrito –incluida en la lista del Anexo 9.1.2 (b) (i)-, asume la condición y naturaleza jurídica de un "contrato público".

El artículo 9.1.2, inciso b), del TLC contiene una cláusula abierta que se traduce en las listas de contratos sujetos a condiciones que pactan o negocian las partes del acuerdo de inversión de manera específica y que son incluidas en los anexos. Esas listas, básicamente, se refieren a tres segmentos subjetivos de contratación que son las siguientes: a) La aplicable a la contratación entre los Estados Unidos y cada una del resto de las partes; b) la que se aplica entre las partes centroamericanas y c) la aplicable entre cada parte centroamericana y la República Dominicana. Estas listas contenidas en los anexos, lo que procuran es ajustar el régimen de contratación pública del TLC a las particularidades propias de cada sistema de contratación administrativa nacional, lo que le brinda un margen considerable de flexibilidad y de adaptación para asegurar las posibilidades de su aplicación y observancia por cada una de las partes. De esta manera, se logra, también, la coexistencia de los regímenes regional e interno de contratación administrativa para evitar distorsiones que puedan afectar la adecuada implementación del primero.

B.3. Criterio del umbral monetario o económico mínimo

Este es un parámetro de carácter objetivo que permite extender el régimen de cobertura de la contratación administrativa, según participe una entidad u órgano público incluida en la respectiva lista –criterio

subjetivo-, en función del monto económico mínimo del objeto del contrato. Estos umbrales monetarios, deben variar y ajustarse con el paso del tiempo, por razones obvias, para tal efecto resulta aplicable la Sección H del Anexo 9.1.2 (b) (i) del TLC que contiene una *"fórmula de ajuste de umbrales"*, en la cual se aclara que "*1. Para efectos de calcular el valor de un contrato e identificar si la contratación está cubierta por el Capítulo, una entidad contratante deberá incluir el total máximo estimado de la contratación durante toda su duración, considerando todas las opciones, pagarés, multas, comisiones, intereses y otras corrientes de ganancia u otras formas de remuneración proporcionadas en dichos contratos*". Esta norma tiene gran utilidad, para evitar que sea eludido el régimen jurídico de la contratación administrativa establecido en el Capítulo 9. Algunos han sostenido que se tratan de umbrales económicos bajos para facilitarle a las empresas centroamericanas y dominicanas el acceso al mercado de compras del sector público estadounidense[59].

Para las contrataciones celebradas por los órganos y entes mencionados en las Secciones A y B del Anexo 9.1.2 (b) (i), respectivamente, "*Entidades de Gobierno de Nivel Central*" y *"Entidades Gubernamentales a Nivel Sub-central*", se prevé un ajuste cada dos años, empezando a regir el 1° de enero de cada período (Sección H.2).

Debe señalarse que se establecen umbrales monetarios mínimos diferenciados para el período de los tres años siguientes a la entrada en vigor del Tratado, en beneficio de las economías más vulnerables como las centroamericanas y la dominicana y, sobre todo, de la competitividad de los inversionistas originarios de esos países (Secciones A.1, B.1 y C.1).

Es preciso advertir que no fueron establecidos umbrales monetarios mínimos para la contratación administrativa entre los Estados Centroamericanos o entre estos y la República Dominicana[60].

[59] V. ALONSO (Eduardo), Contratación Pública. En Aportes para el análisis del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos –Programa Estado de la Nación-, San José, 9 Serie aportes para el análisis del Desarrollo Humano Sostenible, 2005, p. 83 y VASQUEZ ÁLVAREZ (Susana), La contratación pública en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. En Ensayos temáticos sobre el TLC República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, San José, EUNED, 2005, p. 258.

[60] V. ALONSO (Eduardo), op. cit., pp. 81-82.

B.4. Criterio residual

Por su parte el inciso d) emplea un criterio de inclusión de naturaleza residual, al preceptuar que se aplicará el Capítulo 9, relativo a la "contratación pública" del TLC a toda aquella contratación *"que no esté excluida de la cobertura"*. Entendemos que la exclusión debe ser expresa o razonablemente implícita, consecuentemente, un contrato entre dos inversionistas privados de cualquiera de los Estados parte del acuerdo multilateral de inversión debe tenerse como excluido de la aplicación del régimen de la contratación pública dispuesto en éste. De otra parte, el artículo 9.1.3, a través de seis incisos, señala, explícitamente, los contratos, acuerdos o convenios entre las partes que están excluidos de la aplicación del régimen de la contratación pública contenido en el Capítulo 9 del TLC.

2. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

De manera general el artículo 9.1.3 del TLC establece un régimen expreso de excepción, sea de contratos, acuerdos o convenios excluidos de la aplicación del Capítulo 9 relativo a la "Contratación Pública".

A. Acuerdos no contractuales o diversas formas de asistencia internacional

El inciso a) del artículo 9.1.3 del TLC, preceptúa que el régimen de la contratación pública no se aplica a "acuerdos no contractuales". Dentro de este segmento podemos ubicar los acuerdos celebrados entre Estados o entre éstos y cualquier sujeto del Derecho Internacional Público, que se rigen por esa rama jurídica y sus diversos instrumentos jurídicos (v. gr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 y Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986).

En punto a las diversas formas de asistencia o cooperación internacional se hace una especificación que cubre figuras clásicas como los

empréstitos internacionales y otras que otorgue un Estado o una de sus agencias, tales como *"donaciones, préstamos, transferencias de capital, incentivos fiscales, subsidios, garantías, acuerdos de cooperación, suministro gubernamental de mercancías y servicios a personas o gobiernos estatales, regionales o locales, y compras con el propósito directo de proveer asistencia extranjera"*.

B. Compras financiadas con préstamos o donaciones internacionales

Se parte del supuesto que tales contrataciones son incompatibles con los fines y propósitos del acuerdo multilateral de inversión, por tales razones, el inciso b) del artículo 9.1.3, las excluye expresamente.

C. Contratación de servicios de agencias o depósitos fiscales, servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reguladas y servicios de venta y distribución para la deuda pública (inciso c del artículo 9.1.3).

D. Contratación de funcionarios o empleados públicos

De manera tradicional y congruente con casi todos los ordenamientos jurídicos internos, que tienen un régimen jurídico especial de contratación de los funcionarios o servidores públicos a través de la carrera administrativa o el sistema de méritos (concurso de antecedentes y oposiciones), se excluye este segmento en el inciso d) del artículo 9.1.3., por no ser congruente con los fines y propósitos del acuerdo bilateral de inversión.

E. Cualquier contratación de mercancías, servicios o ambos de órganos o entidades públicas no incluidas en las listas de los anexos 9.1.2 (b) (i), (ii) e (iii) y sus diversas secciones (artículo 9.1.3. inciso e).

F. Compras efectuadas bajo condiciones excepcionalmente favorables que se realizan esporádicamente, como enajenaciones extraordinarias efectuadas por entes u órganos públicos que, ordinariamente, no son proveedoras o la enajenación de activos de tales entidades en liquidación o bajo administración judicial (artículo 9.1.3, inciso f).

G. Servicios, entidades y mercancías en las listas excluidas de cada Estado parte

El Anexo 9.1.2 (b) (i) del TLC, con la finalidad de brindarle al acuerdo multilateral de inversión una mayor flexibilidad y margen de adaptación a cada realidad nacional interna, incorpora listas de servicios excluidos del Capítulo 9, destacan, a título de ejemplo, dentro del primer segmento (Sección E), los servicios de investigación y desarrollo, administración de instalaciones propiedad del gobierno, servicios públicos tales como de distribución de electricidad, agua y gas, servicios de educación, de la seguridad social y salud (llamados sociales),

Por su parte el Anexo 9.1.2 (b) (iii), Sección A, contiene listas excluidas de carácter subjetivo, destacando, grosso modo, las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares, entidades del sector público financiero (Bancos públicos que tienen una naturaleza mixta al ser entes públicos y efectuar operaciones de crédito según su capacidad de derecho privado), la administración militar o de las fuerzas armadas –para los casos de los países que cuentan con ejército- y, en general, cualquier entidad excluida, según la legislación interna, de los procedimientos de contratación administrativa.

En punto a las mercancías (Anexo 9.1.2 (b) (iii), Sección B), se indica que el Capítulo 9, no se aplica, respecto de Centroamérica y República Dominicana, en lo concerniente a *"la compra de armas, municiones, material de guerra o cualquier otra contratación indispensable para la seguridad nacional, seguridad pública o para fines de defensa nacional*".

3. PRINCIPIOS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

Pese a la heterogeneidad de principios de los procedimientos de contratación en cada legislación nacional, el TLC, en cuanto acuerdo multilateral de inversión, procura establecer una serie de principios generales o comunes de la contratación administrativa.

A. Principios de "trato nacional", igualdad y libre concurrencia

En el TLC encontramos una simbiosis entre la actuación efectiva de la cláusula del trato nacional y los clásicos principios de la contratación administrativa de igualdad y libre concurrencia. En efecto, este acuerdo multilateral contiene importantes disposiciones que tienden a reforzar los principios de igualdad y libre concurrencia entre todas las partes signatarias en la contratación de servicios y mercancías cubiertos por ese acuerdo comercial, todo con el propósito de evitar las medidas y normas nacionales[61] que privilegian a los proveedores y productos nacionales, restringen la libre competencia o discriminan a los proveedores y productos extranjeros[62], como instrumento para

[61] Es emblemático el caso de los Estados Unidos de América que estableció una política interna de discriminación positiva a favor de sus proveedores mediante la "Buy American Act" de 1933, la que obligaba a las entidades públicas a comprar bienes y servicios nacionales, exclusivamente, de proveedores también nacionales, situación que varió con la "Trade Agreement Act" de 1979 que exime de la primera ley las compras sujetas a obligaciones internacionales como en el caso del TLC. Esa normativa le impedía a los estados centroamericanos el acceso al mercado de compras públicas norteamericano, de ahí el interés de incluir un capítulo sobre la contratación pública en el TLC V. ALONSO (Eduardo), Contratación Pública. En Aportes para el análisis del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos, San José, Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, 2005, p. 75 y VÁSQUEZ ÁLVAREZ (Susana) La contratación pública en el tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. En Ensayos Temáticos sobre el TLC República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, San José, EUNED, 2005, p. 248. Esta última afirma que "quienes se verán más beneficiados al abrirse el acceso a los mercados de contratación pública de los Estados parte del CAFTA serán precisamente los centroamericanos, ya que los proveedores estadounidenses tiene, de hecho, abierto el mercado de compras en la región" p. 249.

[62] V. CHACÓN (Francisco), La contratación pública en el TLC. En Estudios Jurídicos sobre el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, San José, ASE-TLC, 2005, p. 412.

fomentar el desarrollo de la industria nacional. Se trata, en esencia, de la aplicación, en materia de acuerdos multilaterales de comercio e inversión, del principio o la cláusula del "trato nacional"[63]. En efecto, el Capítulo Nueve, relativo a la *"Contratación pública"* de ese acuerdo de libre comercio, establece en el artículo 9.2 atinente a los *"Principios Generales"*, que *"1. (...) cada Parte concederá a las mercancías y servicios de otra Parte y a los proveedores de otra Parte de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el otorgado por dicha Parte o entidad contratante a sus propias mercancías, servicios y proveedores"*. De igual manera, se acordó que ninguna parte podrá *"2. (...) (a) conceder a un proveedor establecido localmente un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor establecido localmente, en razón del grado de asociación o de propiedad extranjera; o (b) discriminar contra un proveedor establecido localmente en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una compra particular sean mercancías o servicios de otra Parte"*. Luego, el artículo 9.8, concerniente a los *"Requisitos y condiciones para la participación en las contrataciones"*, establece que cada entidad contratante deberá *"2. (...) (a) limitar toda condición para participar en la contratación, a aquellas que sean esenciales para garantizar que el proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y especificacio-*

[63] Este principio de no discriminación de los proveedores, productos y servicios extranjeros, fue incorporado en la Declaración de Tokio de 14 de septiembre de 1973, el "Acuerdo GATT sobre Compras del Sector Público" de Ginebra de 12 de abril de 1979 –que forma parte de la Ronda Tokio (1973-1979) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio o GATT- y, ulteriormente, en el "Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)" de Marrakech de 15 de abril de 1994 –forma parte de la Ronda Uruguay- que negociaron los países de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sobre la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico interno del ACP de la Ronda Uruguay, cabe indicar que en la medida en que se encuentra incluido en el Anexo IV "Acuerdos comerciales plurilaterales", resulta obligatorio para los países que los han suscrito y Costa Rica no lo ha hecho, razón por la cual se ha estimado que no tiene vigencia interna, sobre el particular puede consultarse el Voto de la Sala Constitucional No. 7004-94 de las 9:18 hrs. de 2 de diciembre de 1994 y PGR O.J.-127-2006 de 13 septiembre de 2006. Este principio del "trato nacional y no discriminación" fue incorporado, por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio con República Dominicana, Ley No. 7882 de 9 de junio de 1999, artículo 12.03, el Tratado de Libre Comercio con México, Ley No. 7474 de 20 de diciembre de 1994, artículo 12-04, el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Chile, Ley No. 8055 de 4 de enero de 2001, artículo 16.04. Por su parte, en el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá, Ley No. 8300 de 10 de septiembre de 2002, artículo IX.7 se indica que las partes acuerdan cooperar *"con el objetivo de alcanzar mayor liberalización de sus mercados de contratación pública"*.

nes técnicas de la contratación", siendo que también se dispone que "*4. Ninguna entidad contratante establecerá como condición para participar en una contratación que un proveedor haya sido adjudicatario previamente de uno o más contratos por parte de una entidad contratante, o que el proveedor tenga experiencia de trabajo previa en el territorio de la Parte. Una entidad contratante evaluará la capacidad financiera y técnica de un proveedor de acuerdo con la actividad comercial del proveedor fuera del territorio de la Parte de la entidad contratante, así como su actividad, si la tuviera, en el territorio de la Parte de la entidad contratante*".

El principio de libre concurrencia en el TLC pretende lograr la máxima participación del mayor número de oferentes en los procedimientos de contratación y se refleja en el Capítulo 9 en los artículos 9.5 (le impone a las partes otorgar plazos suficientes para preparar y presentar la oferta), 9.6 (ordena proporcionar a los proveedores interesados los documentos de la contratación que incluya la información necesaria para preparar y presentar las ofertas), 9.7 (en cuanto impide la inclusión de especificaciones técnicas que tengan por propósito afectar o crear obstáculos innecesarios al comercio entre las partes) y 9.8 (al exigir publicar, con antelación, para preparar y presentar las solicitudes, los requisitos de registro, calificaciones y condiciones exigidas para participar en una contratación[64]).

Una excepción general al principio de la libre concurrencia, se encuentra establecida en el artículo 9.8.6 del TLC, en cuanto faculta a la entidad contratante para prohibir la participación de un proveedor en una contratación por motivos tales como la quiebra o declaraciones falsas, circunstancias calificadas y suficientemente justificadas que dan sustento a la quiebra del principio medular de comentario, en aras de garantizar el principio de la integridad.

De otra parte, el artículo 9.14 del TLC establece que una parte puede adoptar o mantener medidas necesarias, siempre que no sea un medio de discriminación arbitrario o injustificable o una restricción encu-

[64] V. CHACÓN (F.), op. cit., pp. 418-421.

bierta del comercio, para proteger *"la moral, la seguridad o el orden públicos"*, *"la salud o la vida humana animal o vegetal"*, *"la propiedad intelectual"* y las *"mercancías o servicios de personas discapacitadas, de instituciones filantrópicas o del trabajo penitenciario"*.

Es menester indicar, finalmente, que las medidas *"medioambientales para proteger la salud y la vida humana, animal y vegetal"* (artículo 9.14.2) o las *"especificaciones técnicas para promover la conservación de los recursos naturales"* (artículo 9.7.5) incluidas en una contratación administrativa –que fomentan las compras o adquisiciones "verdes"-, no se reputan como mecanismos que discriminen, hagan nugatoria la libre concurrencia o que lesionen la cláusula del trato nacional.

En el caso costarricense la única excepción al principio del trato nacional y, por consiguiente, a los principios de igualdad y libre concurrencia, lo constituye el supuesto de la PYMES, puesto que, en el Anexo 9.1.2 (b) (i), Sección G "Notas Generales" del TLC República Dominicana-Centroamérica-EE.UU- se dispuso que el Capítulo 9 de Contratación Pública no se aplica a los programas de compras de la Administración pública para favorecer a las pequeñas, medias y micro empresas (PYMES), con lo que se les concede una posición preferente por virtud de una acción afirmativa dada su posición sustancialmente en desventaja y la necesidad de fomentarlas como factor esencial de cohesión social y económica y de desarrollo de las regiones detraídas[65].

B. Publicidad y transparencia

El TLC, contiene en el Capítulo 9, algunos acuerdos -respecto de los servicios, mercancías y entes públicos que cubre- para que la publicidad funcione como una garantía en favor de los proveedores extranjeros de cualquiera de las partes, para evitar una exclusión o discriminación por falta de transparencia. Así el artículo 9.3 denominado *"Publicación de medidas para la contratación"* dispone que cada parte

[65] V. MORENO MOLINA (José Antonio), Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español, Madrid, MacGraw-Hill, 1996, pp. 64-65

debe, oportunamente, *"(a) publicar*[66] *toda ley y reglamento, y sus modificaciones, relacionada con la contratación; (b) poner a disposición del público cualquier procedimiento, sentencia judicial y decisión administrativa de aplicación general, relacionada con la contratación; y (c) a solicitud de una Parte, facilitar a esa Parte una copia de un procedimiento, una sentencia judicial o una decisión administrativa de aplicación general, relacionada con la contratación"*.

En lo relativo a la *"Publicación del aviso de contratación futura"*, el artículo 9.4 del TLC dispone que *"1. (...) una entidad contratante publicará con anticipación un aviso invitando a sus proveedores interesados a presentar ofertas para cada contratación cubierta. 2. La información en cada aviso incluirá, como mínimo, una indicación de que la contratación está cubierta por el Capítulo, una descripción de dicha contratación, cualquier condición requerida de los proveedores para participar en la misma, el nombre de la entidad contratante, la dirección donde se puede obtener cualquier documentación relacionada con la contratación, si fuere aplicable, cualquier monto que deba pagarse por los documentos de contratación, los plazos y la dirección para la presentación de ofertas y el tiempo para la entrega de las mercancías o servicios contratados. 3. Cada Parte incentivará a sus entidades contratantes a publicar información relativa a los planes de futuras contrataciones, lo antes posible en su respectivo año fiscal"*.

Por su parte, el artículo 9.6 *"Documentos de contratación"*, establece que la entidad contratante debe proporcionarle *"1. (...) a los proveedores interesados los documentos de la contratación que incluyan toda la información necesaria que les permita preparar y presentar ofertas adecuadas. Los documentos de contratación incluirán todos los criterios que la entidad contratante considerará para adjudicar el contrato, incluyendo todos los factores de costo y sus ponderaciones, o según el caso, los valores relativos que la entidad contratante asignará a esos criterios en la evaluación de las ofertas"*. Ese mismo numeral en el punto 2, permite que la entidad contratante cumpla con esa obligación a través

[66] El artículo 9.17 del TLC define "publicar" como *"difundir información a través de un medio electrónico o en papel, que se distribuye ampliamente y se encuentre fácilmente disponible al público en general"*.

de una publicación electrónica[67] accesible para todos los proveedores interesados, caso contrario debe proveerlos en forma escrita a los que no hayan podido accederlos. El punto 3 del artículo 9.6 le impone a la entidad pública contratante el deber de hacerle llegar las modificaciones de los criterios para adjudicar a todos los proveedores cuya identidad sea conocida y en caso contrario de la misma manera en que se transmitió la información original, todo con tiempo suficiente para que los proveedores modifiquen la oferta y la vuelvan a presentar. El artículo 9.11.1 del Capítulo 9 del TLC le impone a las administraciones públicas informar a los proveedores participantes la adjudicación y suministrarle al proveedor cuya oferta no fue elegida la información pertinente sobre la decisión y las ventajas relativas de la oferta ganadora. Luego, el numeral 9.11.2 impele a la entidad pública contratante a publicar un aviso donde se indique, entre otros extremos, el nombre del proveedor adjudicado y el valor de la adjudicación. Finalmente, el artículo 9.11.3 del TLC, también, obliga a la entidad pública contratante a mantener registros e informes relacionados con los procedimientos de contratación y la adjudicación de contratos, durante al menos 3 años después de la fecha de la adjudicación de un contrato.

C. Principio de integridad

El artículo 9.13 del TLC establece, en aras de garantizar la lucha contra la corrupción, que cada Estado parte del Tratado debe incorporar al ordenamiento jurídico interno o mantener vigentes los procedimientos necesarios *"para declarar la inelegibilidad para participar en las contrataciones (…) ya sea indefinida o por un período establecido, de los proveedores que la Parte determine que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación*".

[67] Las referencias a los procedimientos de contratación electrónicos en el TLC son prácticamente nulas, esta es la única norma que hace referencia parcial a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) en el TLC, por lo que puede concluirse que su desarrollo en este acuerdo comercial de carácter multilateral es embrionario, pudo haberse aprovechado la ocasión para estandarizar los procedimientos de contratación electrónicos en la región. Sobre las administraciones públicas electrónicas en general V. JINESTA LOBO (Ernesto), Administración pública electrónica: Retos y desafíos para su regulación en Iberoamérica. En Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo,Tomo I –Víctor Hernández-Mendible, coordinador-, Caracas, Ediciones Paredes, 2009, pp. 171-191.

Esta norma resulta de gran importancia para garantizar no solo la capacidad técnica, económica y legal de un oferente eventual, sino también, la solvencia moral, lo que transparenta y sanea los procedimientos de contratación administrativa, evitando la corrupción y fomentando el uso racional de los recursos públicos.

4. DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

El TLC incluye una serie de normas, como parte de la fase de preparación de los contratos administrativos cubiertos, para determinar el procedimiento de contratación que debe ser observado, las que sistematizaremos a continuación.

A. Regla: *"Licitación abierta"*

En términos generales, el artículo 9.9.1 TLC establece como el procedimiento de contratación general y de regla la *"licitación abierta"*. El artículo 9.17 entiende por *"procedimientos de licitación abiertos" "cualquier método de contratación de una Parte, excepto métodos de contratación directa según lo establecido en el artículo 9.9.2, siempre que dichos métodos sean consistentes con este Capítulo"*. Por supuesto que cada ordenamiento jurídico interno o nacional de cada uno de los Estados parte del acuerdo multilateral admite diversas modalidades de procedimientos de licitación (v. gr. para el caso costarricense se tiene la licitación pública y la abreviada que supone un registro de proveedores).

Cabe advertir que el artículo 9.1.6 del TLC establece, expresamente, la prohibición para los Estados parte de fragmentar ilícitamente la adquisición de mercancías y servicios con el fin de eludir los procedimientos de licitación abierta y, en general, las obligaciones que dimanan del acuerdo multilateral, lo que supone un reforzamiento y voto de confianza para los procedimientos de licitación abierta.

B. Modalidades específicas de licitación abierta (registro de proveedores y precalificación)

El artículo 9.8.1 del TLC, hace referencia a la licitación abierta con fundamento en un registro de proveedores previamente conformado e indica que cuando una entidad exija que los proveedores se registren como requisito o condición para participar en una contratación, debe publicarse un aviso invitando a los proveedores a postularse en tal registro, debiendo publicarse con suficiente antelación para que el proveedor disponga de tiempo para plantear la gestión. Esta norma pretende evitar que la inclusión en el registro de proveedores, se convierta en un obstáculo temporal o formal para que los proveedores extranjeros de una de las partes del acuerdo comercial participen en las contrataciones de otra de las partes.

En lo concerniente a la modalidad de la licitación abierta con precalificación, el artículo 9.8.1 del TLC prescribe que cuando una entidad exija que los proveedores sean calificados de antemano como requisito o condición para participar en una contratación, debe publicarse un aviso invitando a los proveedores a postularse para tal calificación, debiendo publicarse con suficiente anticipación para que el proveedor disponga de tiempo para plantear su solicitud y para que la entidad evalúe. Esta norma pretende evitar que la calificación previa se convierta en un obstáculo temporal o formal para que los proveedores extranjeros participen en las contrataciones de otras partes. En todo caso, el artículo 9.8.2 preceptúa que la entidad contratante debe limitar toda condición de participar a aquellas esenciales para garantizar que el proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación, reconocer como proveedor calificado a cualquiera de otra parte que haya cumplido las condiciones necesarias para participar y fundar las decisiones de calificación en las condiciones de participación establecidas de antemano en los avisos o documentos de la contratación. El numeral 9.8.5, de su parte, dispone que la entidad contratante debe comunicar, oportunamente, a cualquier proveedor que haya solicitado la calificación, su decisión y cuando se trata del rechazo o del no reconocimiento a un proveedor como calificado, debe, a solicitud del proveedor, proporcionarle sin demora una explicación por escrito de las razones de la decisión.

C. Excepciones: Otros procedimientos de contratación diferentes a la "licitación abierta"

El artículo 9.9.2 TLC admite una serie de supuestos excepcionales en los que puede emplearse procedimientos diferentes a la "licitación abierta", previstos en los ordenamientos jurídicos nacionales *"A condición de que (…) no se utilicen como medio para evitar la competencia o para proteger a proveedores nacionales"*. La condición indispensable, será, entonces, que ese procedimiento de contratación diverso a la "licitación abierta", no suprima la libre concurrencia y no se transforme en un mecanismo que enerve la aplicación del principio o cláusula del "trato nacional".

C.1) Degradación del procedimiento de licitación abierto

El inciso a) del artículo 9.9.2, establece como excepción al procedimiento de licitación abierta cuando *"ante la ausencia de ofertas que cumplan con los requisitos esenciales establecidos en los documentos de contratación establecidos en un aviso previo de contratación futura o invitación a participar, incluyendo cualquier condición para la participación, siempre que los requisitos del aviso o invitación inicial no se hayan modificado sustancialmente"*. Este precepto admite la degradación lícita de los procedimientos de "licitación abierta" cuando han resultado infructuosos, por lo que se podrán utilizar otros que brinden mayor flexibilidad, el único requisito es que de manera sobrevenida no se hayan variado sustancialmente los requisitos o condiciones originalmente dispuestos, lo que, obviamente, contraría los principios de igualdad y libre concurrencia y, eventualmente, podría impactar la cláusula de "trato nacional".

C.2) Prestaciones personalísimas, mercancías exclusivas y el proveedor único

El artículo 9.9.2 (b) contempla la hipótesis de prestaciones contractuales que incluyen obligaciones personalísimas por el contratista, la adquisición de mercancías exclusivas cuando no existan en el merca-

do artículos sucedáneos similares o de los proveedores únicos, casos en los que no resulta conveniente o razonable someter a un procedimiento de "licitación abierta" el objeto de contratación al suponer un uso irracional de los recursos y complicar, innecesariamente, la contratación. Este precepto dispone que se exceptúa de la "licitación abierta" *"en el caso de obras de arte o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos de propiedad intelectual, tales como patentes o derechos de autor, o información reservada, o cuando por razones técnicas no haya competencia, las mercancías o servicios sólo pueden ser suministrados por un proveedor determinado y no exista otra alternativa o substituto razonable".*

C.3) Entrega de mercancías o productos adicionales a los contratados previamente

El artículo 9.9.2 c), incluye como excepción de los procedimientos de "licitación abierta" el caso de las *"entregas adicionales del proveedor original que tengan por objeto ser utilizadas como repuestos, ampliaciones, o servicios continuos para equipo existente, programas de cómputo, servicios o instalaciones, cuando un cambio de proveedor obligue a la entidad a adquirir mercancías o servicios que no cumplan con los requisitos de compatibilidad con los equipos, programas de cómputo, servicios o instalaciones existentes."*

Este supuesto debe concordarse con el anterior de las mercancías exclusivas o del proveedor único, por cuanto, cuando se trata de la adquisición de productos originales que sirven de repuesto, se suele dar tal circunstancia. El acudir a un proveedor diferente del original, como lo apunta el numeral de comentario, podría generar un riesgo y efecto negativo por la eventual incompatibilidad con los productos y mercancías previamente adquiridas. Este supuesto excepcional puede obedecer, también, a necesidades de normalización y estandarización de los programas y productos empleados por un ente u órgano público.

C.4) Mercancías adquiridas en mercado de productos básicos

El artículo 9.9.2 (d), excluye de los procedimientos de "licitación abiertos" la adquisición de mercancías en un *"mercado de productos básicos"*, en tales supuestos, dado lo rutinario de tales adquisiciones y el carácter genérico de los productos comprados, lo recomendable es que se adquieran mediante una subasta o remate a la baja.

C.5) Adquisición de prototipos o productos o servicios desarrollados a petición del adquirente

El artículo 9.9.2 (e) contempla como excepción de los procedimientos de licitación abiertos, cuando una entidad contratante *"adquiera prototipos o un primer producto o servicio que se desarrolle a petición suya en el curso de, y para la ejecución de, un determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o desarrollo original"*. Las razones de la excepción resultan obvias, por cuanto, el prototipo, proyecto o desarrollo han sido concebidos, específicamente, para el potencial adquirente y por virtud de su requerimiento, siendo que ningún otro proveedor está en condiciones de ofrecerlo.

La salvedad que introduce este inciso del TLC en esta materia es que *"Una vez ejecutados dichos contratos, las adquisiciones posteriores de productos o servicios se ajustarán a lo dispuesto en este Capítulo"*.

C.6) Servicios adicionales de construcción no incluidos en el contrato original

El artículo 9.9.2 (f), excluye de los procedimientos de licitación abiertos los *"servicios adicionales de construcción que no fueron incluidos en el contrato original, pero que figuran dentro de los objetivos de la documentación original de la contratación y que debido a circunstancias no previstas resulten necesarios para complementar los servicios de construcción descritos (…)"*.

Esta hipótesis se encuentra vinculada a la contemplada en el inciso c), con la diferencia, que está referida de manera exclusiva a los "servicios adicionales de construcción", por lo que debe existir un contrato original en fase de ejecución exitosa o plena y satisfactoriamente ejecutado. El único límite a esta excepción es de orden cuantitativo, ya que, *"el valor total de los contratos adjudicados para dichos servicios adicionales de construcción no excederá el 50% del monto del contrato original"*, de manera que si se excede de tal porcentaje, se entiende que se trata de un contrato administrativo nuevo y diferente y no de uno adicional o complementario, que debe ser sometido a la regla procedimental sentada en el artículo 9.9.1, salvo si concurre otra de las excepciones contempladas en el numeral 9.9.2.

C.7) Contratación en situaciones de emergencia o urgencia

De manera congruente con la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos de la región y el reconocimiento del principio constitucional y administrativo de la necesidad que desplaza, ante circunstancias anormales, al de legalidad y permite un ordenamiento jurídico ad hoc ajustado a la situación anómala, el artículo 9.9.2 (g) reconoce como excepción de los procedimientos de licitación abiertos los procedimientos de contratación en estados de necesidad o urgencia para solventar una calamidad pública provocada por un acontecimiento imprevisible derivado de una causal de fuerza mayor o de un caso fortuito (v. gr. huracanes, terremotos, tsunamis, erupciones volcánicas, golpes de Estado, guerras civiles, etc.) y evitar daños y perjuicios más graves a las cosas y a las personas. Ese numeral dispone que *"en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando, por razones de urgencia ocasionadas por acontecimientos imprevisibles para la entidad contratantes, sea imposible obtener las mercancías o servicios a tiempo mediante los procedimientos de licitación abiertos y el uso de estos procedimientos ocasionaría perjuicios graves a la entidad contratante, a sus responsabilidades con respecto a su programa, o a la Parte"*.

5. FORMACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO PÚBLICO

A. Cartel

El cartel de un procedimiento de licitación abierta es un conjunto de especificaciones o condiciones técnicas[68], financieras y legales, generales o especiales que deben ser claras, suficientes, concretas y objetivas, en atención al objeto específico del contrato administrativo. Otro propósito fundamental del cartel lo constituye el respeto y observancia efectiva de los principios rectores de los procedimientos de contratación referidos supra.

El TLC contiene normas relevantes sobre el particular. En primer término el artículo 9.6.1 indica que *"Una entidad contratante proporcionará a los proveedores interesados documentos de contratación que incluyan toda la información necesaria que les permita preparar y presentar ofertas adecuadas. Los documentos de contratación incluirán todos los criterios que la entidad contratante considerará para adjudicar el contrato, incluyendo todos los factores de costo y sus ponderaciones, o según el caso, los valores relativos que la entidad contratante asignará a esos criterios en la evaluación de las ofertas"*. De esta manera se garantizan los principios de libre concurrencia, igualdad, transparencia y publicidad y de trato nacional, el contenido de los "documentos de contratación", es de suma importancia, por cuanto, debe ser claro y preciso, facilitando la formulación de ofertas adecuadas, además debe incluirse el sistema de evaluación de las ofertas y los factores a ponderar.

De manera general el artículo 9.8.2 (a) establece que toda entidad contratante debe *"limitar toda condición para participar en la contra-*

[68] El artículo 9.17 del TLC define la especificación técnica de la siguiente manera: *"significa una especificación que establece las características de las mercancías a ser adquiridas o sus procesos o métodos de producción conexos, o las características de servicios a ser adquiridos o sus métodos de operación relacionados, incluyendo las disposiciones administrativas aplicables y los requisitos relacionados con los procedimientos de evaluación que una entidad fija. Una especificación técnica también puede incluir o referirse exclusivamente a materias relativas a terminología, símbolos, embalaje, o requisitos de marcado o etiquetado aplicables a una mercancía, proceso, servicio o método de producción u operación"*.

tación, a aquellas que sean esenciales para garantizar que el proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación", esto es, las condiciones y requisitos para participar como oferente deben ser aquellas necesarias y razonables para garantizar la idoneidad legal, técnica y financiera del eventual adjudicatario.

En lo referente a la modificación sobrevenida de los criterios del cartel o condiciones establecidas en los "documentos de contratación", el artículo 9.6.3 dispone que si una de las partes del acuerdo multilateral *"en el curso de una contratación"* modifica los criterios apuntados en el párrafo 1°, debe comunicarlo por escrito a todos los oferentes que participan en la contratación al momento de la modificación que sean identificables y por publicación a los que no sean conocidos, todo con antelación suficiente, para permitirles ajustar la oferta y volverla a presentar. La normativa no establece si se trata de modificaciones esenciales o no, estimamos que se refiere a las no esenciales, pues de lo contrario, varía el objeto del contrato y sus fines, tampoco se especifica en cuántas ocasiones se pueden modificar o un límite temporal para introducirlas.

En punto al contenido de las especificaciones técnicas del cartel, el artículo 9.7, establece ciertos límites en aras de lograr la vigencia de los principios de la libre competencia, la igualdad y la cláusula de trato nacional. Así, se impide establecer especificaciones técnicas que tengan por *"propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las partes"* (párrafo 1°), que refieran a características específicas *"de diseño o descriptivas"* (párrafo 2°, inciso a) y que no se funden en normas internacionales aplicables o, en su defecto, nacionales reconocidas (párrafo 2°, inciso b). Asimismo se impide utilizar especificaciones técnicas *"que requieran o hagan referencia a determinadas marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos, ni orígenes específicos o productores o proveedores"*, salvo que no exista otra manera precisa o comprensible de describir los requisitos de la contratación, en cuyo caso se debe incluir expresiones como la de "equivalente" (9.7.3). Finalmente, se impide incluir cualquier estipulación contractual para brindar asesoría previa y que pueda aprovecharse por el asesor para preparar o adoptar una especificación técnica que le favorezca en una contratación futura y que impida la libre competencia (artículo 9.7.4).

El artículo 9.8.4 también dispone que ninguna entidad contratante puede establecer como condición para participar en una contratación que *"un proveedor haya sido adjudicatario previamente de uno o más contratos por parte de una entidad contratante, o que el proveedor tenga experiencia de trabajo previa en el territorio de la Parte"*, la norma impone que la evaluación de la capacidad financiera y técnica de cualquier proveedor se realice *"de acuerdo con la actividad comercial fuera del territorio de la parte de la entidad contratante, así como su actividad, si la tuviera, en el territorio de la Parte de la entidad contratante"*. El fin de estas normas es actuar el principio del trato nacional.

B. Publicación del aviso de contratación

El artículo 9.4.1 establece que la entidad contratante debe publicar *"con anticipación un aviso invitando a proveedores interesados a presentar ofertas para cada contratación cubierta"*, no se establecen con claridad los plazos, de manera que resultan aplicables las legislaciones internas, en cuanto resulten compatibles con los fines y propósitos del acuerdo multilateral.

El contenido del aviso es definido en el artículo 9.4.2 al preceptuar que incluirá *"como mínimo, una indicación de que la contratación está cubierta por el Capítulo, una descripción de dicha contratación, cualquier condición requerida de los proveedores para participar en la misma, el nombre de la entidad contratante, la dirección donde se puede obtener cualquier documentación relacionada con la contratación, los plazos y la dirección para la presentación de las ofertas y el tiempo para la entrega de las mercancías o servicios contratados"*.

C. Oferta

C.1) Contenido y requisitos

A grosso modo el TLC se ocupa de establecer el contenido y requisitos de las ofertas para que sean consideradas elegibles, así el artículo 9.10.1 establece que para que una oferta pueda ser considerada para

la adjudicación *"debe ser presentada por escrito y cumplir, al momento de ser presentada, con los requisitos esenciales de los documentos de contratación suministrados de antemano por la entidad contratantes a todos los proveedores participantes y proceder de un proveedor que cumpla con las condiciones de participación que la entidad contratante ha comunicado de antemano a todos los proveedores participantes"*.

El TLC no se ocupa de aspectos esenciales como la subsanación de los defectos formales de las ofertas, su plazo de vigencia, la subcontratación, las diversas modalidades de ofertas (en consorcio o conjuntas), de su apertura y aclaración, la garantía de participación y sus diversas vicisitudes (monto, insuficiencia, formas de rendirla, sustitución, vigencia, ejecución y devolución) con lo que se trata de extremos que quedaran –con no pocos problemas de certeza y seguridad jurídica- librados a la aplicación de los ordenamientos jurídicos nacionales, en cuanto resulten compatibles con los fines y espíritu del acuerdo multilateral de inversión.

C.2) Confidencialidad de la información brindada

El artículo 9.12 le impone a los Estado parte, sus entidades contratantes y autoridades de revisión de la ofertas, el deber de no divulgar información de carácter confidencial contenida en las ofertas, sin la autorización formal del proveedor u oferente que la haya proporcionado con el fin de participar en un procedimiento de contratación, cuando dicha divulgación puede perjudicar los intereses comerciales legítimos de una persona –proveedores o entidades-, incluyendo la protección de la propiedad intelectual, perjudicar la competencia leal entre proveedores, constituir un obstáculo para el cumplimiento de la ley o ir en contra del interés público.

Esta es una norma indispensable para asegurarle a los oferentes o proveedores una mayor soltura y certeza al momento de formular ofertas adecuadas y completas, sabiendo que la información confidencial o no divulgada, cubierta por secreto industrial, comercial, bancario o financiero o de otra índole, se mantendrá en reserva y que todo los entes públicos y sus funcionarios que intervienen tienen un acusado deber

de sigilo. Desde luego que en aquellos ordenamientos jurídicos internos donde no existe un precepto específico en el régimen de la contratación debe ser aplicado con todo rigor y lo enriquece ostensiblemente.

C.3) Plazo de presentación

En lo relativo al plazo de presentación de las ofertas, el artículo 9.5.1 dispone, como principio general, que se debe otorgar *"tiempo suficiente para preparar y presentar las ofertas, tomando en cuenta la naturaleza y complejidad de la contratación"*, en todo caso este artículo estipula que en *"ningún caso"* se *"otorgará un plazo menor de 40 días"* desde la fecha de publicación del aviso de contratación hasta la data límite para presentar ofertas. El límite superior del plazo –fijado en 40 días-, le permite un amplio margen de discrecionalidad al ente público contratante, limitado solo por los conceptos jurídicos indeterminados de "tiempo suficiente" para preparar y presentar la oferta y "naturaleza y complejidad de la contratación".

El artículo 9.5.2 admite plazos menores a 40 días, *"pero en ningún caso menor a 10 días"*, por ejemplo, cuando se trata de la adquisición de bienes y servicios comerciales que se venden u ofrecen para la venta o son regularmente comprados o utilizados por compradores no gubernamentales para propósitos no gubernamentales o ante situaciones de emergencia imprevistas justificadas por la entidad contratante.

Estos plazos establecidos en el TLC para presentación de las ofertas tienen un fuerte impacto en las legislaciones internas de los Estados parte, sobre todo, cuando se le concede a los tratados o convenios internacionales un rango supra legal, por lo que deberá haber un ajuste progresivo del derecho interno a tales disposiciones.

C.4) Calificación y evaluación

En cuanto a la calificación el artículo 9.8.2 c) establece que toda decisión de calificación debe sustentarse *"únicamente en las condiciones de participación que han sido establecidas de antemano, en avisos, o en los documentos de contratación"*.

Por su parte el artículo 9.8.5 le impone a toda entidad contratante el deber de comunicar, oportunamente, a todo proveedor que se someta a la calificación, su decisión al respecto.

D. Adjudicación

El acto de adjudicación es esencial en la perfección del contrato administrativo, y se define como el acto administrativo de voluntad unilateral por el que se le pone término normal al procedimiento respectivo de contratación, por su medio uno de los oferentes o proveedores elegibles es seleccionado por la entidad pública contratante para que asuma su ejecución cabal e íntegra y, en general, el cumplimiento del objeto del contrato[69].

D.1) Criterios para la adjudicación

De acuerdo con el artículo 9.10.2 del TLC el acto de adjudicación debe recaer, después de la calificación y evaluación de las ofertas elegibles, sobre el oferente o proveedor que la entidad haya determinado *"plenamente capaz para ejecutar el contrato"* y *"cuya oferta resulte la más ventajosa según los requisitos y criterios de evaluación establecidos en los documentos de contratación"*. Dos son los criterios de carácter objetivo que emplea el TLC para el acto de adjudicación la plena capacidad del oferente y que la oferta sea la más ventajosa para el respectivo ente público, tales criterios reducen la discrecionalidad y, sobre todo, cualquier arbitrariedad al respecto e imponen un reto de adecuación a tales parámetros de los ordenamientos jurídicos internos o nacionales. Los desafíos que estos criterios objetivos que determinan el contenido del acto de adjudicación, se proyectan, al propio tiempo, a los sistemas o métodos nacionales de evaluación de las ofertas y sus diversos factores o componentes que deben ser fiel reflejo y garantía de aquellos.

[69] V. JINESTA LOBO (Ernesto), Contratación administrativa –Tomo IV Tratado de Derecho Administrativo-, p. 315.

D.2) Comunicación de la adjudicación

En aras de garantizar el debido proceso y la defensa del resto de los oferentes elegibles, el TLC establece un régimen de comunicación del acto de adjudicación, así el artículo 9.11.1 dispone que la entidad pública contratante debe informar *"sin demora a los proveedores participantes las decisiones sobre la adjudicación de contratos"* y a requerimiento de un oferente elegible no seleccionado debe facilitarle la *"información pertinente a las razones de dicha decisión y las ventajas relativas de la oferta ganadora"*. En suma, no basta con comunicar debidamente motivado el acto de adjudicación si un oferente elegible que no fue adjudicatario requiere información de su no escogencia, puesto que, en tal supuesto debe motivarse, también, su exclusión y cuáles fueron las ventajas comparativas ofrecidas por el que resultó adjudicatario.

El artículo 9.11.2 garantiza, también, una publicidad general de las adjudicaciones, pues se obliga a la entidad contratante a publicar –suponemos en diarios de considerable circulación y oficiales- un aviso contentivo del nombre de la entidad, la descripción de las mercancías o servicios objeto del contrato, el nombre del proveedor que resulto adjudicatario, el valor económico de la adjudicación y, en caso de no haberse utilizado el procedimiento de licitación abierto, las circunstancias que justificaron emplear otro procedimiento de contratación.

Finalmente, la entidad debe mantener registros e informes sobre la adjudicación de los contratos, al menos durante tres años después de la fecha de adjudicación de un contrato (artículo 9.11.3).

6. RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Unos de los aspectos medulares en todo régimen de contratación administrativa, lo constituye las posibilidades efectivas de recurrir contra los actos administrativos de efectos jurídicos propios que se dictan durante el curso del procedimiento respectivo de contratación que se

haya sustanciado, en aras de garantizar los derechos fundamentales y humanos al debido proceso y la defensa.

El TLC en su artículo 9.15 establece un régimen común o general de impugnación o revisión que se proyecta a todas las etapas del respectivo procedimiento de contratación seguido y, desde luego, respecto de aquellos actos administrativos que producen un efecto jurídico directo e inmediato, por cuanto, rige la regla general según la cual los actos de trámite que no tienen ese tipo de efecto jurídico son inimpugnables, en cuanto no suspenden o le ponen término, de manera directa o indirecta, el curso de los procedimientos.

A. Autoridad administrativa o jurisdiccional imparcial o independiente

El artículo 9.15.1 se encarga de establecer que cada Estado parte debe contar, *"al menos"* con *"una autoridad administrativa o judicial imparcial o independiente de sus entidades contratantes para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a las obligaciones de la Parte y sus entidades bajo este Capítulo y para emitir resoluciones y recomendaciones pertinentes"*. El precepto, le ofrece a los Estados parte, la opción de contar con tal garantía sea en la sede administrativa o bien en la jurisdiccional, sin embargo, lo idóneo resulta que en sendas órbitas intervenga una autoridad imparcial o independiente.

En la vía administrativa se logra a través de la creación de órganos desconcentrados en grado máximo que garanticen independencia del criterio político, una sujeción al principio de objetividad y la utilización de parámetros estrictamente técnicos y que conozcan y resuelvan de las impugnaciones administrativas por virtud de una jerarquía impropia. Esto se obtiene a través de la creación de Tribunales Administrativos encargados de la Contratación Administrativa o bien mediante las denominadas "entidades de fiscalización superior" que son las Contralorías Generales –con la competencia de supervisar o fiscalizar los aspectos hacendarios y presupuestarios- o Tribunales de Cuentas.

En el terreno jurisdiccional, debe existir una jurisdicción contencioso-administrativa universal, plenaria y robusta, que le permita a los eventuales oferentes o proveedores acceder fácilmente a la tutela judicial, mediante procesos contencioso-administrativos especiales diseñados para conocer y resolver de los extremos concernientes a la contratación administrativa, de manera sumaria, preferente y célere, habida cuenta del interés público o general que existe en la satisfacción pronta de las necesidades del conglomerado social. Como se ve el artículo 9.15.1 impone serios retos a las legislaciones nacionales para su plena conformidad con el acuerdo multilateral de inversión.

Otra vía factible que combina la esfera administrativa y jurisdiccional, es la posibilidad de establecer un recurso de apelación por jerarquía impropia bifásica contra los actos de la administración pública activa contratante que sea conocido y resuelto por un órgano jurisdiccional, solución que resulta factible si hay previsión constitucional habilitante para evitar la lesión de los principios de separación de funciones y de reserva de jurisdicción.

El artículo 9.15.1 va más allá, al preceptuar que *"Cuando una autoridad que no sea dicha autoridad imparcial revise inicialmente una impugnación presentada por un proveedor, la Parte garantizará que los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial, independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación*". A tenor de esta norma del TLC, se admite que haya órganos de la administración activa contratante que conozcan y resuelvan de un recurso horizontal (v. gr. de una revocatoria), sin embargo, se establece que el recurso vertical –alzada o apelación- debe ser conocido o resuelto por una autoridad administrativa o jurisdiccional independiente y separada de la entidad contratante.

B. Tutela cautelar[70]

El artículo 9.15.2 del TLC impone la necesidad de incluir dentro de cada ordenamiento jurídico interno un sistema de medidas cautelares abierto y flexible, que le permita al proveedor u oferente solicitar medidas provisionales oportunas y necesarias, de carácter positivo o negativo, en tanto se resuelve el mérito del asunto. Las medidas cautelares, forman parte del contenido esencial del derecho fundamental y humano a la tutela judicial efectiva, para garantizar, provisionalmente, la eficacia de una resolución de fondo cuando es impugnado un extremo determinado.

Tales medidas cautelares tienen como presupuestos fundamentales el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro en la mora que deriva del tiempo insumido para resolver, definitivamente, la impugnación administrativa o jurisdiccional. Las medidas cautelares deben tener ciertas características estructurales básicas e indeclinables tales como la provisionalidad, instrumentalidad, urgencia y sumariedad.

Así el referido numeral dispone que *"Cada parte estipulará que la autoridad establecida o designada en el párrafo 1 podrá tomar medidas precautorias oportunas, mientras se encuentre pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad de corregir un potencial incumplimiento del presente Capítulo, incluyendo la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado*". Esta norma impone serios desafíos a las le-

[70] V. JINESTA LOBO (E.), La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo, San José, Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996, in totum; JINESTA LOBO (E.), Últimas orientaciones jurisprudenciales y doctrinales en materia de suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada en el Contencioso-Administrativo, Revista Ivstitia, año 10, Nos. 109-110, enero-febrero, 1996, pp. 4-21; JINESTA LOBO (E.), La tutela sumaria cautelar. En La gran reforma procesal, San José, Editorial Guayacán, 2000, pp. 237-248; JINESTA LOBO (E.), Fundamentos constitucionales de la nueva jurisdicción contencioso-administrativa, Revista de Derecho Público No. 6, Julio-Diciembre, 2007, pp. 26-28; JINESTA LOBO (E.) et alt, El nuevo proceso contencioso-administrativo Tomo I, San José, Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 173-224 y JINESTA LOBO (E.), Manual del proceso contencioso-administrativo, San José, IUSconsultec y Editorial Jurídica Continental, 1ª. Reimpresión 1ª. Edición, 2008, pp. 81-107.

gislaciones nacionales que no cuentan, en materia de contratación administrativa, con un sistema cautelar abierto y flexible, que deben modificarlo y modernizarlo o, incluso, crearlo cuando es francamente restrictivo –como sucede en el caso costarricense, que en los artículos 90, párrafo 2° y 92, inciso e), de la Ley de la Contratación Administrativa se dispone que la impugnación en sede jurisdiccional del acto de adjudicación será *"sin efecto suspensivo"*[71].

C. Transparencia, publicidad y seguridad jurídica en los procedimientos de impugnación

El artículo 9.15.3 del TLC le impone a los Estados parte del acuerdo multilateral de inversión, lograr niveles aceptables de transparencia y publicidad en cuanto a los procedimientos de impugnación o revisión, lo que abona la seguridad jurídica de los proveedores inversionistas. Así en ese precepto se manda que tales procedimientos *"estén disponibles en forma escrita al público y que sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del respeto del debido proceso"*. El numeral 9.15.4 obliga a los Estados parte que *"todos los documentos relacionados a una impugnación de una contratación estén a disposición de cualquier autoridad imparcial (…)"*.

Estos ordinales le imponen al derecho interno de cada Estado parte un deber de adecuación y concordancia con el Tratado, a través de reformas legislativas sustanciales que aseguren la simplicidad, celeridad, eficiencia y eficacia de tales procedimientos administrativos de revisión, lo que se obtiene con su simplificación y desregulación y, sobre todo, estableciendo procedimientos comunes o generales sencillos que eviten la dispersión y atomización mediante regulaciones especiales o sectoriales innecesarias por alambicadas que generan en los proveedores incertidumbre y confusión.

[71] Exclusión legislativa radical que hemos criticado por ser, eventualmente inconstitucional, al lesionar el derecho fundamental a la tutela cautelar proclamado en las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica Nos. 6224-2005 y 17306-2008 V. JINESTA LOBO (E.), Contratación Administrativa –Tomo IV Tratado de Derecho Administrativo-, pp. 331-335.

D. Derechos de los proveedores en la fase de impugnación

Un primer derecho de los proveedores u oferentes elegibles es que se les comunique por escrito lo que la autoridad administrativa o judicial independiente e imparcial resuelvan (artículo 9.15.5), obviamente, de manera motivada.

El numeral 9.15.7 del TLC estipula que cada parte debe garantizarle al proveedor que cuando plantea una impugnación no le perjudicará para participar en procedimientos de contratación en curso o futuros. De esta manera se garantiza que se puedan ejercer los derechos al debido proceso, el contradictorio y la defensa sin sufrir represalias de ningún tipo.

El artículo 9.15.6 establece los siguientes derechos a favor de los proveedores:

a) Plazo suficiente para preparar y presentar las impugnaciones por escrito –en aras del debido proceso y la defensa-, el que no puede ser "en ningún caso" menor a 10 días, contado a partir del momento en que el fundamento de la resolución que es impugnada fue conocida por el proveedor o de aquel en que debió ser razonablemente conocido por éste.

b) Oportunidad para revisar los documentos relevantes y para ser oídos por la autoridad de manera oportuna.

c) Oportunidad para contestar o ejercer el contradictorio respecto de las alegaciones de la entidad contratante frente al reclamo del proveedor

d) Entrega por escrito, sin demora, de lo resuelto en cuanto a la impugnación, incluyendo la motivación o explicación de los fundamentos utilizados para adoptar la resolución.

Para los coordinadores de esta obra colectiva su publicación supone un enorme orgullo y un verdadero honor haber podido contar con la valiosísima colaboración de tan prestigiosos autores, verdaderos especialistas en cada uno de sus países en materia de contratación pública y, sobre todo, haber unido en el libro a estos países hermanos y a los que tantos lazos unen entre sí.

Ha sido un lujo poder contar con la destacada participación de los Profesores Jorge Fernández Ruíz, Henry Alexander Mejía, Edmundo Orellana, Karlos Navarro y Ernesto Jinesta.

El libro que ahora se presenta tiene como principal objetivo ofrecer un panorama general de la más reciente evolución legislativa y de la normativa vigente, así como de las reglas claves de funcionamiento, de los sistemas nacionales de los contratos administrativos.

Se abordan de esta forma en la obra los principales problemas que hoy se plantean en una materia de tanta importancia económica, jurídica y social en la actualidad.

JOSE ANTONIO MORENO MOLINA
Catedrático de derecho administrativo
Universidad de Castilla la Mancha, España

ISBN 978-99924-21-27-0