

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**



Trabajo de investigación para optar al título de
Master en Derecho de las Contrataciones

**PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
EN NICARAGUA:
EL CONTRATO DE OBRAS**

Autor: Douglas Méndez Talavera

Tutor: Karlos Navarro

Managua, abril de 2011

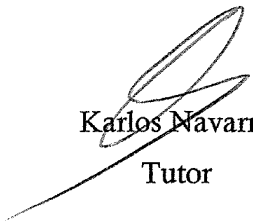
CARTA DE APROBACIÓN

El suscrito tutor hace constar:

Que el estudiante Douglas Jesús Méndez Talavera, carné número dos cero cero tres cero nueve nueve tres ha elaborado su artículo de investigación o paper, de conformidad con lo estipulado en la "*Normativa para la elaboración del trabajo de graduación en los programas de especialización y maestrías*", tanto en las consideraciones técnicas en cuanto al fondo del tema, así como la estructura y metodología al tenor de los artos. 4, 6, 7, 8, 9, 10 y 13 de dicha normativa.

Por lo tanto, al criterio de este tutor, el presente trabajo Final de Graduación reúne los requisitos de fondo y forma que permiten a la *Coordinación de Postgrados y Formación Continua* proceder a su respectiva revisión normativa, como requisito previo a la programación de su defensa.

Dado en la ciudad de Managua, a los veintiséis (26) días del mes de abril de dos mil once (2011).


Karlos Navarro
Tutor

PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA EN NICARAGUA: EL CONTRATO DE OBRAS PÚBLICAS

Resumen

Este artículo de investigación tiene como objetivo estudiar el procedimiento de contratación administrativa, centrándonos particularmente en lo concerniente al contrato de obras públicas; esto, en consideración a la especial incidencia de dicho contrato en la Administración Pública.

Iniciamos nuestro estudio estableciendo la distinción entre proceso y procedimiento, y a partir de esta distinción conceptualizamos el procedimiento de contratación administrativa. A continuación identificamos en la Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público (LCASP) el procedimiento de contratación de obra pública, asumiendo que la licitación pública es el procedimiento comúnmente utilizado para los contratos de obra pública.

Describimos las etapas que componen el procedimiento de contratación analizado, distinguiendo diversos criterios doctrinales frente a lo establecido en nuestra legislación y resaltando las particularidades del contrato de obra pública en el procedimiento de contratación nicaragüense, contenidas principalmente en el Reglamento de la LCASP.

Finalmente señalamos, sin pretensión de exhaustividad, vacíos y limitaciones encontradas en el procedimiento estudiado, presentando algunas recomendaciones para superar lo señalado.

Como resultado de nuestro trabajo concluimos que el procedimiento de contratación es esencial en la actuación de la Administración Pública, ya que asegura una ordenada actuación administrativa al contratar, garantizando, además, la elección de la oferta más adecuada, la igualdad de los distintos candidatos que optan a la selección y la tutela del interés público cuya satisfacción se asegura si la normativa que rige la materia no adolece de vacíos ni limitaciones.

Índice o tabla de contenido

1. El procedimiento de contratación administrativa; 1.1 *Conceptualización del procedimiento administrativo*; 1.2 *Tipos de procedimientos administrativos*; 2. El procedimiento de contratación administrativa en la Ley de contrataciones administrativas del sector público; 2.1 *Etapas comunes del procedimiento de contratación administrativa*; a. Fase preparatoria; b. Fase esencial; c. Fase integrativa; 2.2 *Requisitos previos al inicio de una contratación*; 2.3 *Etapas y procedimientos de la licitación pública*; a. Fase preparatoria; a.1 *Resolución de inicio*; a.2 *Elaboración de pliego de bases y condiciones de licitación*; b. Fase esencial; b. 1. *Convocatoria a licitación*; b2. *Aclaraciones y homologación del pliego de condiciones*; b.3 *Corrección del pliego de base y condiciones*; b.4 *Presentación y apertura de ofertas*; b.5 *Apertura de las ofertas presentadas*; b.6 *Modificación y retiro de ofertas*; b.7 *Aclaración de ofertas*; b.8 *Descalificación del oferente*; b.9 *Rechazo de oferta*; b.10 *Elaboración del dictamen de recomendación*; c. Fase integrativa; c.1 *Resolución de adjudicación*; c.2 *Re adjudicación*; c.3 *Declaración de licitación desierta*; c.4 *Suspensión y cancelación del procedimiento de licitación*; c.5 *Formalización y liquidación del contrato*; 3. El procedimiento de contratación del contrato de obra pública en Nicaragua; 3.1. *Requisitos previos al inicio del procedimiento de contratación para la ejecución de obra pública*; 3.2 *Ejecución del contrato de obra pública*; a. *Intervención de dos o más órganos*

o entidades contratantes; b. Contrataciones de obra pública por secciones o etapas; c. Visita al Sitio en donde se Ejecutara la Obra Pública; d. Ejecución del contrato de obra pública; e. Plazo de ejecución; f. Las condiciones no previstas durante la ejecución del contrato; g. Paralización de la obra pública; h. Pago de la obra pública; i. Anticipo; j. Revisión de precio; k. Supervisión de la obra; l. De la recepción sustantiva y la definitiva; m. Entregas parciales; 4. Conclusiones; 5. Recomendaciones; 6. Bibliografía.

Introducción

Nuestro objeto de estudio es el procedimiento de contratación administrativa respecto al contrato de obra pública, considerando que a éste se le considera el contrato administrativo por excelencia.

Iniciamos nuestro estudio estableciendo la diferencia entre proceso y procedimiento, siendo incorrecto, conceptualmente, en la LCASP el empleo de ambos términos como sinónimos, sin embargo no lo son, como queda evidenciado en este estudio.

Seguidamente, partiendo de esta diferencia, conceptualizamos el procedimiento de contratación administrativa como una serie de actos, internos y externos, a que recurre la Administración Pública, con el fin de seleccionar al contratista idóneo, de acuerdo a los principios de eficiencia, publicidad y transparencia, igualdad y libre competencia.

De los diferentes procedimientos de contratación recogidos en nuestra legislación, nos enfocamos en el procedimiento de licitación pública, por ser el procedimiento de contratación administrativa que se usa preferentemente en los contratos de obra pública y el que sirve de base para el resto de procedimientos de contratación en lo que sea conducente.

El análisis de las diferentes etapas que conforman el procedimiento de contratación administrativa, así como el de los diferentes actos que componen cada una de dichas etapas, se hace siguiendo el esquema o la estructura de la recién aprobada Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público (a continuación LCASP) y su Reglamento.

La metodología seguida ha consistido en analizar la norma reguladora de la materia, que es la Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público y su

Reglamento, tratando de identificar cuáles son los cambios que se han introducido respecto a la anterior Ley de Contrataciones refiriéndonos a la introducción de nuevos elementos, supresión o modificación de ellos.

Desde luego, hemos apoyado nuestro estudio en las opiniones de la doctrina jurídica sobre el contrato administrativo de obra en general y los procedimientos para su contratación en particular.

Finalmente, como conclusiones principales, advertimos que el cumplimiento de requisitos previos es esencial para el correcto desarrollo del procedimiento de contratación. En ese sentido, que las ambigüedades, imprecisiones, vacíos y limitantes procedimentales atentan contra los principios de eficiencia, transparencia, igualdad y libre competencia tan fundamentales para la consecución del interés público.

Igualmente, que en el ámbito de la contratación administrativa el procedimiento de contratación es un elemento esencial, pues asegura una ordenada actuación de la Administración Pública al contratar, garantizando la elección de la oferta más adecuada, la igualdad de los distintos candidatos que optan a la selección y la tutela del interés público, que va a verse eficazmente beneficiado al optar por la oferta más ventajosa.

1. El procedimiento de contratación administrativa

La Administración Pública ante las necesidades de la comunidad, no puede actuar siempre sola por medio de actos unilaterales. Por ello, el Estado, en la figura de la Administración Pública, necesita contar con el concurso de la iniciativa privada tanto para la provisión de bienes y servicios, como para la ejecución de obras, ya sea para sí o para los ciudadanos.

La relación contractual, que se establece entre los particulares y el Estado, en tanto constituye una relación contractual administrativa, generalmente no se puede realizar de forma directa, sino que la Administración Pública está obligada por ley, en cumplimiento del principio de igualdad y concurrencia, a someter esta relación

contractual a ciertos requisitos y procedimientos, establecidos por ley, con el objetivo de resguardar el interés público y proteger los recursos del Estado.

Tales procedimientos, como requisito formal del contrato a celebrarse, son obligatorios para la Administración Pública cuando el ordenamiento jurídico así lo indique, ya que de no llevarse a cabo darían lugar a la nulidad absoluta del contrato respectivo (López-Elías, 1999, p. 22).

En esta fase de selección del contratista lo que se otorga a la Administración no son privilegios ni prerrogativas, sino formalidades y limitaciones, de tal manera que en esta fase las garantías se ofrecen a los empresarios (igualdad de oportunidades, promoción de la concurrencia competitiva, transparencia en las actuaciones administrativas, secreto de las proposiciones, la motivación o la posibilidad de impugnación de actos administrativos, entre otras). Por el contrario, una vez adjudicado el contrato, aunque el empresario, ya contratista, no queda desamparado, la ley otorga una serie de prerrogativas importantísimas de las que puede (y debe) hacer uso la Administración para asegurar el correcto cumplimiento de la prestación y la satisfacción del interés público subyacente en todo contrato administrativo (Carbonero, 2010).

1.1 Conceptualización del procedimiento administrativo

Habitualmente se emplea en la literatura jurídica e incluso en la práctica contractual, los términos proceso y procedimiento administrativo como sinónimos. Al respecto, Díez (1997) señala que es una posición insostenible, ya que no se pueden identificar ambas instituciones ignorando el problema que presentan. Por tanto, existen sustanciales diferencias entre ambos conceptos que es conveniente aclarar.

Proceso en general, es “un conjunto de actos, acontecimientos o realizaciones que se suceden a través del tiempo y que guardan entre sí determinadas relaciones que los unifican” (Báez, 1979, p. 85).

En tanto, con respecto al Derecho administrativo, Alfredo Rocco, citado por Báez Martínez (1979), afirma que el proceso es el conjunto de las actividades del Estado

y de los particulares con el cual se realizan los derechos de éstos y de las entidades públicas que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de las normas de que se deriva.

Por su parte, Miguel Acosta Romero, citado por Báez (1979) señala que proceso es el conjunto de actos realizados conforme a determinadas formas, que tienen unidad entre sí y buscan una finalidad, que es la resolución de un conflicto, la restauración de un derecho o resolución de una controversia preestablecida, mediante una sentencia.

Se entiende por proceso, dice Bacacorzo (1998), la secuencia de actos destinados a lograr una decisión inobjetable de autoridad judicial. Los elementos que los condicionan y definen serán entonces la utilización de todos los medios de prueba existentes. De modo, pues, que no hay proceso si hay carencia de tales elementos, realizados fundamentalmente en la esfera judicial.

En consecuencia, el proceso siempre resulta materialmente jurisdiccional, aun cuando en el aspecto formal tenga naturaleza administrativa (Valle, Arrién, & Navarro, 2009).

El procedimiento administrativo está constituido por el conjunto de formalidades y actos que proceden y preparan el acto administrativo, de la misma manera que las vías de prevención del acto legislativo y de la sentencia judicial forman, respectivamente, el procedimiento legislativo y el proceso judicial (Fraga, 1968).

En tanto, Arrién (2010) explica que el acto administrativo requiere normalmente para su formación estar precedido por una serie de formalidades y otros actos intermedios, que dan al autor del propio acto la ilustración e información necesarias para guiar su decisión, al mismo tiempo que constituye una garantía de que la resolución se dicta no de un modo arbitrario, sino de acuerdo con las normas legales. Ese conjunto de formalidades y actos es lo que constituye el procedimiento administrativo que a su vez constituye el expediente administrativo.

El procedimiento administrativo está integrado por un conjunto de normas y actos encaminados a producir nuevos actos administrativos. La diferencia consiste en que

en el proceso hay unidad y se busca la solución de un conflicto, en tanto que en el procedimiento no existe conflicto y lo que se busca es la realización de determinados actos administrativos.

Según Gonzales Pérez (1992) para que exista procedimiento es necesario: que cada uno de los actos que lo integran conserve su individualidad; que la conexión entre los actos radique en la unidad del efecto jurídico; que los actos estén vinculados causalmente entre sí de tal modo que uno suponga al anterior y el último a todos los anteriores; a la coordinación de todos estos actos se llama procedimiento.

Según el artículo 2, inciso 13, de la Ley 350, Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se debe concretar la actuación administrativa sujeta al Derecho Administrativo para la consecución de un fin.

El procedimiento administrativo regula la relación que se produce entre la Administración Pública y el administrado o en su lugar con cualquier otro sujeto de derecho, esta relación se construye por una serie de actos ligados entre sí.

Se trata entonces de una pluralidad de actos dotados de un sentido unitario, en cuanto vienen dirigidos a la resolución de un determinado asunto, pero sin que cada uno de esos actos pierda sustantividad propia.

Como señala García de Enterría (1986), el procedimiento administrativo es “un complejo de actos, del administrado y de la Administración, de diverso valor todos ellos, aunque con sustantividad jurídica propia, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final” (p. 387). El procedimiento se presenta, por ello, como una unidad, pero una unidad compuesta de elementos múltiples susceptibles de ser individualizados.

De acuerdo a estas definiciones, podemos decir que el procedimiento de contratación administrativa, es una serie de actos, internos y externos, a que recurre la Administración Pública, con el fin de seleccionar al contratista idóneo, de acuerdo a los principios de eficiencia, publicidad y transparencia, igualdad y libre competencia.

1.2 Tipos de procedimientos administrativos

Miguel Acosta Romero citado por Báez (1979), establece tres tipos de procedimientos administrativos: a) procedimiento interno y procedimiento externo; b) procedimiento previo y procedimiento de ejecución; c) procedimiento de oficio y procedimiento de parte.

El procedimiento interno se da en todo el conjunto de actos que realiza la administración en su ámbito de mero gestor administrativo entre sus órganos, sin interferir en la esfera de los particulares. A su vez, podrá ser previo si es anterior a una decisión o resolución, y posterior de ejecución, que también puede ser interno y externo.

Procedimiento externo, será aquel que interfiera, en mayor o menor grado, dentro de la esfera jurídica de los particulares.

Procedimiento de oficio o vinculado es aquel que lleven a cabo las autoridades en cumplimiento de sus obligaciones.

Procedimiento a petición de parte es el procedimiento que requiere el impulso del particular para la expedición de un acto administrativo o para la ejecución del mismo.

Los procedimientos de contratación aparecen regulados en el art. 27 de la Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público (2010), LCASP de aquí en adelante, en función de la cuantía del contrato o de las circunstancias especiales de tipo contractual previstas por la Ley. Los procedimientos regulados son: Por Licitación, ya sea pública o selectiva, Contratación Simplificada, Contrataciones Menores y Por Concurso.

2. El procedimiento de contratación administrativa en la Ley de contrataciones administrativas del sector público.

Nos enfocaremos en el procedimiento de licitación pública, considerando que es el procedimiento de contratación administrativa que se usa preferentemente en los contratos de obra pública. Adicionalmente este procedimiento sirve de base, en lo conducente, para el resto de procedimientos de contratación.

El análisis de las diferentes etapas que conforman el procedimiento de contratación administrativa, así como el análisis de los diferentes actos que componen cada una de dichas etapas, se hará siguiendo el esquema o la estructura de la recién aprobada LCASP.

Nuestro Derecho positivo, en 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.

Por su parte, López-Elías (1999) expresa que Licitación es un procedimiento administrativo, que tiene por objeto seleccionar al cocontratante de la Administración Pública, evaluando las condiciones técnicas y económicas, a efecto de determinar la idoneidad del sujeto elegido, verificando que ofrezca las condiciones más convenientes para el órgano convocante.

Se ha sostenido que el sistema de licitación pública reporta sensibles ventajas, ya que contribuye a estimular la concurrencia de oferentes, lo que hace que cuando la concurrencia es verdadera, se obtengan mejores precios, es decir, precios más bajos. Sobre el tema de la concurrencia, Escola (1979), expresa:

La licitación pública debe hacerse de forma tal que asegure una concurrencia efectiva y seria de oferentes, ya que una concurrencia restringida desnaturaliza el sistema, y no asegura el correcto comportamiento de las partes intervinientes, que deben guardar un específico *fair play*, sin que pueda haber ventaja para unos que no se otorguen a otros (p. 221).

La licitación pública es un procedimiento administrativo especial integrado por un conjunto de actos preparatorios de la voluntad administrativa contractual, que conforman individualmente sus fases o etapas.

La doctrina distingue generalmente tres fases en el procedimiento de la licitación pública, siendo estas la fase preparatoria, la fase esencial y la fase integrativa (Dromi, 1995).

2.1 Etapas comunes del procedimiento de contratación administrativa

Para Valle, et al. (2009), el ciclo de las contrataciones administrativas 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.

No obstante, el art. 76 del Reglamento General de la Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público (2010), en adelante RGLCASP, establece que los procedimientos de contratación se inician con la Resolución de Inicio y culminan con su Adjudicación o re adjudicación, cancelación, declaración de desierta.

En el presente trabajo, siguiendo principalmente lo expuesto por Dromi (1995) describiremos las tres fases comunes en el procedimiento de la licitación pública, siendo estas la 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).

2.2 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.

2.3 Etapas y procedimientos de la licitación pública

a. Fase preparatoria

a.1 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).

a.2 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 (Dromi, 1995). 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 (López-Elías, 1999).

El pliego de cláusulas particulares, que ha de ser aprobado por el órgano de contratación antes de iniciarse el procedimiento de contratación (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 (Velázquez, 2008).

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.

La actividad discrecional de la Administración no es una actividad sin límites, por el contrario, debe cumplir con los límites flexibles pero jurídicos que le impone el ordenamiento jurídico para que su ejercicio sea legítimo (Dromi, 1995).

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 proceso.

Por la transcendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones, la doctrina lo ha denominado, con todo acierto, “la ley del contrato”, por cuanto establece cláusulas

que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación, y de las partes en la contratación, así como el objeto de la contratación. Dromi (1995) expresa que “el pliego de condiciones es la ‘ley del contrato’ porque es la norma general reguladora del procedimiento de preparación y ejecución de la voluntad contractual. Tanto antes de nacer el contrato como cuando nace, el pliego es su ley” (p. 274).

b. 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.

b. 1. 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.

Entonces, 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.

La convocatoria a licitación reviste forma jurídica de acto administrativo, por cuanto importa una declaración unilateral, dictada en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos individuales y directos (López-Elías, 1999).

El llamado a licitación o convocatoria es la decisión unilateral del ente público licitante, por la que se decide la realización del contrato, sujetándose a las bases y cláusulas elaboradas para su preparación y ejecución. En este acto se determina la

convocatoria a los interesados para que formulen propuestas u ofertas (Dromi, 1995).

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

Las contrataciones que realiza el Estado deben ajustarse a los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad para cumplir con el interés público comprometido y asegurar la responsabilidad de los agentes y funcionarios que autoricen, dirijan o controlen tanto la preparación como la ejecución de los contratos administrativos (Dromi, 1995).

Es fundamental que el llamado a licitación contenga en forma clara y precisa las indicaciones acerca de la prestación solicitada, para que los interesados puedan resolver acerca de la conveniencia de presentarse o no a la licitación, pues una redacción oscura, defectuosa o equívoca puede generar vicios de legitimidad, determinantes de su nulidad (Marienhoff, 1994).

La competencia del ente público que convoca al procedimiento licitatorio, expresa Dromi (1995), se extiende también a la atribución de dejarlo sin efecto, modificarlo o suspenderlo, en cualquiera de sus etapas, antes de la adjudicación. Y concluye que:

El llamado a licitación “no es una oferta de contrato”. Si lo fuera el licitante estaría obligado a mantenerlo. En consecuencia una vez publicado el llamado de licitación si el ente público licitante decide revocarlo, modificarlo o suspenderlo, deberá también publicarse esta nueva decisión en los mismos periódicos y otros medios de difusión en los que se hubiera anunciado el primitivo llamado (p. 288).

b2. 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).

b.3 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).

b.4 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 tratara de irregularidades consideradas irrelevantes por el derecho vigente (Marienhoff, 1994)

Manuel María Díez, citado por Dromi (1995, p. 372) expresa que el acto de presentación de una oferta o propuesta es:

“una declaración de voluntad del particular, dirigida a producir un doble efecto. Por un lado que lo admitan en el procedimiento de selección convocado por la administración, y por el otro, que se acepte su oferta y se cree el vínculo contractual. Se entiende que el primer objetivo lo alcancen todos los que reúnan los requisitos exigidos para ello. El segundo, únicamente, uno de entre todos los oferentes”

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).

La comparecencia de un solo proponente no invalida los principios del procedimiento licitatorio. La regla de tratamiento igualitario es respetada con el llamamiento a eventuales interesados. Por el contrario, habría una lesión al principio de igualdad si un interesado idóneo, que cumplimentó los presupuestos del llamado, fuese igualado a terceros desinteresados (Dromi, 1995).

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.

El oferente además de que tiene la obligación de mantener su oferta durante el plazo establecido, también está obligado a afianzar sus obligaciones, para lo cual debe otorgar la llamada "garantía de la oferta", cuya forma de hacerla efectiva, el monto de la garantía y el momento de efectuarla están reguladas por las normas aplicables a la respectiva contratación (Marienhoff, 1994).

b.5 Apertura 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 deseen 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 (López-Elías, 1999).

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.

b.6 Modificación o retiro de las ofertas presentadas

Vencido el plazo para la admisión de las propuestas, y antes de iniciarse la apertura de los sobres, los interesados podrán pedir explicaciones o formular reclamaciones o aclaraciones relacionadas con el acto; pero iniciada la apertura de los sobres, no se admitirá observación o explicación alguna (Marienhoff, 1994).

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 (Dromi, 1999).

b.7 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).

b.8 Descalificación del oferente

La oferta debe satisfacer ciertos recaudos de orden jurídico, los que se pueden agrupar en tres categorías: subjetivos, objetivos y formales. Los subjetivos corresponden a la persona del proponente, los objetivos al contenido de la oferta, y los formales a las pautas del trámite, documentación e instrumentación de la propuesta (Dromi, 1999).

Para Marienhoff (1994), un contrato administrativo sólo debe adjudicársele a persona o entidad de solvencia moral, técnica y económica. Estos dos últimos tipos de idoneidad deben apreciarse con relación particular o concreta al contrato a celebrar. En cambio, la solvencia "moral" debe ser igual cualquiera sea el tipo de contrato en perspectiva.

El Comité de Evaluación descalificará al oferente en los siguientes supuestos: 1. Cuando el oferente no satisficiera 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).

b.9 Rechazo de las ofertas

La oferta debe cumplir recaudos externos, propios de ella y del acto mismo de su presentación. Dichos requisitos formales atañen, entonces, a la forma de la oferta y a los deberes de hacer, conexos con su presentación. En este sentido señala Dromi (1995) que:

Sistematizando las exigencias legales y las impuestas en los pliegos de condiciones y en la práctica administrativa, resultan los siguientes requisitos formales que debe reunir la oferta: a) escrita, b) firmada, c) clara, incondicionada e indubitable, d) secreta, e) garantizada, f) presentada en lugar, día y hora correspondientes (p. 364).

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).

La oferta debe cumplir también recaudos atinentes a su objeto o contenido, relativos a la prestación requerida por el licitante: objeto, condiciones, plazos, precios. La materia sobre la que debe versar la oferta no es solo la cosa que eventualmente será punto material de referencia del contrato, ni tampoco únicamente la prestación

comprometida, sino, en general, el clausulado del contrato y los términos y condiciones determinados en el pliego (Dromi, 1995)

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).

La oferta del particular agrega lo que le falta al pliego de condiciones para una total configuración del futuro contrato. Sin embargo, cuando aquella accede al procedimiento licitatorio ya está determinada una gran proporción por la propia Administración a través de los pliegos generales y particulares. El oferente, por el hecho de ingresar voluntariamente al procedimiento, acepta sin reservas los requisitos mínimos o cláusulas invariables de ambos tipos de pliegos (Dromi, 1995).

b.10 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.

La actividad consultiva previa se manifiesta a través de los informes de las comisiones técnicas creadas para ello, de los dictámenes de los órganos jurídicos competentes y de las recomendaciones, De acuerdo a Dromi (1995), esta puede expresarse en dos sentidos:

Por un lado, a través de la evaluación de las diferentes propuestas, con una metodología que tenga en consideración los antecedentes y la capacidad empresarial, técnica, económica y financiera y la aptitud para obtener la adjudicación por responder a los requerimientos del procedimiento licitatorio. Por el otro, mediante la determinación de un orden de merito de las ofertas presentadas, por el que se ordenan las propuestas en escala o grado de ventaja (p. 408).

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.

c. 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.

El acto de adjudicación forma parte integrante del procedimiento administrativo precontractual; es el último de sus actos pero no el primero del contrato. Con ella, la voluntad administrativa contractual se determina en el caso concreto. La elección del contratista habilita la futura celebración del contrato (Dromi, 1995).

Marienhoff (1994), señala que “la ‘adjudicación’ es una de las más fundamentales etapas de la licitación. Todo el procedimiento de esta última tiende, precisamente, a permitir una adecuada ‘adjudicación’, efectuándose así la selección concreta del cocontratante”. Expresa además que:

La “adjudicación” es, entonces, el acto de la Administración Pública en el que ésta, previo examen de las propuestas u ofertas presentadas, decide cuál de ellas es la más conveniente, y la acepta, quedando con ello simultáneamente determinado el cocontratante para ese caso particular. Dicho cocontratante es el licitador que formuló la oferta considerada como más conveniente (p. 243).

c.1 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 (López-Elías, 1999).

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).

c.2 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 hiciera 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.3 Declaración de licitación desierta

Se debe entender que si no hay adjudicación debido a que la mejor oferta es considerada fundamentalmente inaceptable o inconveniente, el procedimiento deberá considerarse desierto (López- Elías, 1999).

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.

c.4 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.

El licitante no se obliga a cumplir el contrato sino después de la adjudicación notificada al adjudicatario. Siendo la adjudicación una aceptación de la oferta, el licitante es libre de aceptarla o no, aunque ello no lo exime de sus responsabilidades precontractuales nacidas al amparo de los vínculos jurídicos previos al contrato (Dromi, 1999). Al respecto señala Marienhoff (1994), “la Administración Pública debe dictar resolución *‘fundada’*, que desde luego, ha de tener adecuada razonabilidad” (p. 260).

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.

c.5 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).

3. El procedimiento de contratación del contrato de obra pública en Nicaragua

Hasta este momento nos hemos referido a las distintas fases que componen el procedimiento de licitación pública y que son comunes independientemente del objeto del contrato.

Sin embargo, como se ha señalado previamente hemos considerado oportuno estudiar, respecto al contrato de obra pública, el procedimiento de contratación administrativa, considerando que al contrato de obra pública se le considera el contrato administrativo por excelencia.

Es uno de los contratos más celebrado por la Administración Pública, además de su importancia en materia económica presupuestal, donde los montos que se destinan para su ejecución, por lo general, son altos.

A continuación señalaremos aquellos aspectos del procedimiento de contratación, propios del contrato de obra pública, establecidos en la LCASP. Inicialmente señalamos los requisitos que se deben cumplir antes del inicio del procedimiento de contratación para la ejecución de obra pública, y a continuación resaltamos los elementos que de manera particular el RGLCASP define para este tipo de contrato.

El art. 80 de la LCASP, define el contrato de obra pública como aquel contrato por medio del cual los organismos y entidades del Sector Público regidas por la presente Ley 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: servir de asiento para el ejercicio de la función pública, entendida ésta como actividad esencial del Estado; servir de uso a la población en general; y servir de infraestructura para la prestación de servicios públicos.

El RGLCASP desarrolla las regulaciones especiales que requiere la ejecución del contrato de obra pública, en particular lo relativo a los requisitos especiales que deban satisfacer los estudios y documentos previos, la vigencia del contrato de obra, el plazo de su ejecución y la manera como se dará por recibida en el proceso de liquidación del contrato.

3.1. Requisitos previos al inicio del procedimiento de contratación para la ejecución de obra pública

Una de las principales especialidades de los expedientes de contratos administrativos de obra se encuentra en una fase previa al propio expediente administrativo de contratación, y radica en la necesidad de elaborar y aprobar el proyecto de obras y llevar a cabo su replanteo, con carácter previo al inicio del expediente administrativo, con la finalidad de conseguir la mayor concreción posible del objeto del contrato a realizar (Velázquez, 2008).

Si bien es cierto, la Sección Tercera del Capítulo III Presupuestos de la Contratación de la LCASP, establece que previo al inicio de un procedimiento de contratación se deben cumplir algunos requisitos, el art. 252 del RGLCASP detalla particularmente los requisitos previos al inicio del procedimiento de contratación para la ejecución 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 (art. 252 RGLCASP). 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 (estudio de impacto ambiental, estudio de suelo, diseños, etc.)

La anterior Ley No. 323, Ley de Contrataciones del Estado (2000), de aquí en adelante LCE, establecía que antes de la orden de ejecución, el organismo contratante debía verificar la regularidad de todas las situaciones existentes desde el

punto de vista legal, presupuestario, técnico y físico del sitio en el cual se realizarán las obras contratadas, que permitan la ejecución ininterrumpida de la obra.

Por su parte, el anterior Reglamento General de la Ley de Contrataciones del Estado (2000), en el capítulo relativo a las regulaciones especiales sobre tipos particulares de contratación, concretamente las relacionadas a obra pública, señalaba que antes de que la máxima autoridad del Organismo adquirente de inicio al proceso de contratación de la obra, se deberá verificar las condiciones existentes relativas a la dimensión geográfica y técnica del terreno, a la situación legal del mismo y a la disponibilidad presupuestaria, que permitan la ejecución ininterrumpida de la obra (art. 112 RGLCE).

Aparentemente, la verificación referida debía realizarse dos veces, antes del inicio del proceso de contratación y antes de la orden de ejecución. El texto del RGLCASP, únicamente lo mandata previo al procedimiento de contratación. Sin embargo debemos señalar que en el texto de la LCASP no encontramos referencia alguna.

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.

La Administración debe determinar la necesidad, conveniencia y oportunidad de la obra que se piensa llevar a cabo y, además, si ella sirve adecuadamente los fines de interés público a cuya satisfacción o logro será destinada.

Esta etapa es, realmente, de fundamental importancia, puesto que atañe al más económico y razonable uso de las posibilidades de la Administración Pública y permite asegurar que la obra pública que se va a emprender habrá de alcanzar con máxima eficiencia la finalidad que la origina. Y así lo expone Escola (1979):

Nada más reprochable que la realización de obras públicas que una vez concluidas se demuestra que no eran necesarias o que no llenan convenientemente su objeto, que no son adecuadas a su finalidad, o son excesivamente onerosas o técnicamente inadecuadas, y habrían podido ser suplidas por otras mejores, más aptas y más baratas. Cuando ello ocurre, se está frente a una grave responsabilidad de la administración pública, que ha

faltado a una de las condiciones que debe presidir su accionar: la eficiencia (p. 214).

d. Aprobar un proyecto de conjunto y detalle que defina la obra a realizar.

El art. 21 LCASP establece que en aquellos proyectos que involucren obra pública, el contenido de los estudios, diseños y especificaciones deberán seguir los parámetros mínimos que para el efecto señale la Dirección General de Contrataciones del Estado mediante instructivo, de manera que se cuente con los requeridos para tal propósito de conformidad con lo que establezca el Reglamento de esta Ley.

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.

Las especificaciones técnicas exigen una muy especial y cuidadosa consideración, puesto que la calidad, rendimiento y aptitud de la obra pública dependerán en gran medida de ellas, al mismo tiempo que facilitaran la función de control que corresponde a la Administración Pública (Escola, 1979).

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 (art. 252 RGLCASP).

La razón de ser de estas peculiaridades deriva precisamente de la propia naturaleza del contrato, pues el de obras es un contrato de resultados, es decir que su objeto, sea cual fuere la clase de obra de que se trate, no es tanto un trabajo o actividad que haya de desarrollarse mediante trabajos o prestaciones de ejecución periódica o repetitiva, sino el futuro resultado final de un trabajo a realizar sobre un inmueble.

Dado el carácter complejo y no inmediato de dicho resultado, éste se ha de definir previamente mediante la elaboración de un proyecto que concrete y anticipe, con la mayor exactitud posible, el resultado que se pretende, al tiempo que se ha de comprobar, mediante el correspondiente replanteo, la viabilidad de su ejecución, en función de la correcta adecuación del proyecto al terreno o inmueble donde la obra se ha de llevar acabo (Velázquez, 2008).

3.2 Ejecución del contrato de obra pública

No cabe duda que la ejecución de una obra supone una gestión administrativa bastante compleja, la cual debe estar bien planificada desde sus inicios para evitar complicaciones posteriores a lo largo de su tramitación, poder terminar la obra en la fecha prevista, y evitar el riesgo de perder los créditos presupuestarios asignados a la obra (Velázquez, 2008).

a. Intervención de dos o más órganos o entidades contratantes

Cuando por las condiciones especiales de la obra se requiera la intervención de dos o más órganos o entidades contratantes, quedará a cargo de cada una de ellas la responsabilidad sobre la ejecución de la parte de la obra que le corresponda; lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad que, en razón de las atribuciones conferidas, tenga la entidad encargada de la planeación y programación del conjunto (art. 253 RGLCASP).

b. Contrataciones de obra pública por secciones o etapas

En los casos en que una obra admita dos o más etapas o secciones, si conviniere a los intereses públicos, podrán iniciarse procedimientos y celebrarse contratos separados para la ejecución de cada una de ellas, siempre que fueren susceptibles de ser utilizadas o puestas al servicio en forma independiente y que puedan ser substancialmente definidas sin menoscabo de las normas de calidad (art. 253 RGLCASP).

c. Visita al Sitio en donde se Ejecutara la Obra Pública

Una de las particularidades en el contrato de obra pública es la visita al sitio en donde se ejecutará dicha obra. De tal manera 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 (art. 255 RGLCASP).

De esta visita la entidad contratante deberá levantar un acta, en la cual entre otras 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 procedimiento de contratación y se facilitará una copia a cada uno de los oferentes que hayan concurrido.

d. Ejecución del contrato de obra pública

La ejecución del contrato de obra pública presenta particularidades especiales, que se derivan, sobre todo, de las dificultades que normalmente ofrece la construcción de una obra de ese tipo, por su complejidad, la diversidad de elementos personales y materiales que intervienen en ella, la coordinación que exige, los problemas técnicos económicos y financieros que se suscitan, y su duración, que a veces suele ser muy larga, con las naturales consecuencias que ello irroga (Escola, 1979).

En línea con lo expuesto anteriormente, el art. 256 RGLCASP establece que las obras se ejecutarán con apego estricto al contrato y sus anexos, incluyendo eventuales modificaciones. Asimismo, las obras se ejecutarán 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.

La obra pública debe ser ejecutada, y debe serlo dentro de las previsiones del contrato celebrado, con arreglo a sus disposiciones y cláusulas, pero teniendo en cuenta que llevándosela a cabo para lograr la realización o satisfacción de un interés público, alcanzar plenamente esa finalidad es la exigencia mínima, lo que origina que la Administración Pública tenga poderes y prerrogativas que le permiten ir más allá de lo convenido contractualmente, modificando o alterando la obra o cualquiera de sus partes (Escola, 1979).

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 (art. 256 RGLCASP).

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 (art. 256 RGLCASP).

e. Plazo de ejecución

La iniciación de los trabajos constituye un acto de importancia, que generalmente es revestido por formalidades especiales, ya que es a partir de ese momento que las obligaciones y derechos de ambas partes –la Administración Pública y el cocontratante particular– se ponen en marcha, y que comienza a contarse el plazo de ejecución de la obra, contractualmente fijado (Escola, 1979).

Con relación al plazo de ejecución, 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 (art. 257 RGLCASP).

Pero para que los trabajos comiencen y corran las obligaciones del cocontratante, es preciso que la Administración Pública haga entrega a éste del lugar en que se realizará o construirá la obra, pudiendo el cocontratante verificar que ese lugar sea el previsto en el contrato, y que reúna todas las condiciones y requisitos que sean debidos, lo que se evidencia en los ensayos y pruebas del terreno que se hayan efectuado o que se realicen en ese momento (Escola, 1979).

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 (art. 257 RGLCASP).

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 (art. 257 RGLCASP).

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 (art. 257 RGLCASP).

f. Las condiciones no previstas durante la ejecución del contrato

Puede ocurrir que al comenzar la ejecución del contrato de obra pública, o estando en curso la misma, el cocontratante se encuentre ante circunstancias materiales, de carácter anormal, que razonablemente pudieron no ser previstas al contratar, las cuales dificultan o encarecen el cumplimiento de lo convenido. Tales hechos constituyen lo que la doctrina denomina "dificultades materiales imprevistas" (Marienhoff, 1994).

La aparición de esas dificultades materiales imprevistas no le es imputable al Estado ni al cocontratante. Por tanto, 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 RGLCASP).

g. Paralización de la obra pública

Iniciada, pues, la ejecución de una obra pública, es deber del cocontratante particular continuar ininterrumpidamente los trabajos, siguiendo el ritmo previsto en el plan y cronograma aprobados por la administración, sin que pueda suspenderse, salvo que se produzcan situaciones que constituyan casos de fuerza mayor, o hechos de la administración que impidan o hagan imposible la ejecución del contrato, o trastornen de manera definitiva la existencia de la relación

contractual, o hechos que, previstos en el contrato, se haya admitido que produzcan ese resultado (Escola, 1979).

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 RGLCASP).

El debido cumplimiento por la administración de sus obligaciones es un factor importante en la buena marcha de los contratos de obra pública, y debe procurar llevarse a cabo con toda puntualidad y cuidado.

El incumplimiento de la administración puede dar lugar a diversas medidas a su respecto, que van desde la justificación de demoras o retardos en el cumplimiento y ejecución de las prestaciones o aun la suspensión de ellas, cuando correspondiere, hasta el pago de intereses o el de las indemnizaciones que sean procedentes, por los daños o perjuicios ocasionados al cocontratante. (Escola, 1979).

h. Pago de la obra pública

Si el cocontratante particular afronta el cumplimiento de las diversas y muchas veces complejas obligaciones que le impone el contrato de obra pública, lo hace entendiendo que con ese cumplimiento se genera su derecho a percibir el precio correspondiente, que es un elemento esencial del contrato, y que constituye la obligación principal que pesa sobre la administración pública (Escola, 1979).

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 (art. 260 RGLCASP).

No es común que en el contrato de obra pública el pago del precio tenga lugar de una sola vez, al quedar concluida totalmente la obra, sino que lo corriente es que se vayan efectuando pagos parciales, correlativos al avance de los trabajos (art. 260 RGLCASP).

Para Escola (1979) esta modalidad de pago tiene gran importancia para el cocontratante “ya que en obras públicas de envergadura y cuya ejecución demanda un

largo tiempo, le permite ir efectuando reinversiones, eximiéndolo de la pesada y a veces imposible carga de tener que financiar por sí solo todos los trabajos” (p. 266).

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 (art. 260 RGLCASP).

i. Anticipo

El anticipo es la suma de dinero que se entrega al cocontratante para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual.

Según el art. 261 del RGLCASP el importe de los anticipos será establecido en el Pliego de Bases y Condiciones. Los anticipos, 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.

j. Revisión de precio

Una vez fijado en el contrato el precio que deberá pagarse al cocontratante particular o establecidas las bases que permitirán determinarlo, ese precio debe ser considerado, como principio general, irrevocable. En tal carácter no podrá ser alterado ni por la Administración Pública, cuyo poder de variabilidad no se extiende a este elemento contractual, ni por el contratista, que no puede, bajo ningún pretexto, volver sobre el precio que ha consentido al contratar (Escola, 1979).

Sin embargo, si éste es el principio general que debe aplicarse, él no puede considerarse como absoluto, ya que la irrevocabilidad del precio admite

excepciones, además de las que pueden surgir de un acuerdo de partes (Escola, 1979).

De tal manera que, 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 (art. 262 RGLCASP).

Según Escola (1979, p. 276), “en materia de contratos de obra pública, se suele confundir lo atinente a ‘revisión del precio’ con los casos de ‘variación del precio’ o ‘reconocimiento de mayores costos’”.

Como enseña Marienhoff (1994), la revisión del precio se refiere a la posible realización de trabajos que significan una alteración de la cantidad o el volumen de los que fueron previstos originalmente al celebrarse el contrato, de manera que si implican un aumento de ellos, el precio también aumente, mientras que si disminuyen, el precio disminuye en forma correlativa.

En la variación del precio, en cambio, la cantidad o el volumen de los trabajos permanece invariada, lo que se modifica son las bases, las pautas o ítems tenidos en cuenta para fijar y determinar el precio. De suerte que al producirse esa modificación, se origina una alteración en la cantidad de dinero a pagarse al contratista, alteración que puede ser en más, que es lo corriente, pero que puede ser también en menos.

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 (art. 262 RGLCASP).

Las variaciones económicas pueden ser imprevistas y adquirir una magnitud tal que el equilibrio económico financiero del contrato se trastoque de modo tan grave que ponga en peligro la ejecución del mismo, si no se adoptan las medidas indispensables para restaurar dicho equilibrio.

Por tal razón, el cocontratante, sin dejar de estar obligado a soportar el riesgo normal en cualquier contrato, que puede generarle ya sea ganancias o pérdidas, no debe cargar con un riesgo anormal, que va más allá de lo razonable y de lo que en mira del contrato, debe estar dispuesto a enfrentar (Escola, 1979).

Para la aplicación de las fórmulas, los precios e índices de precios serán proporcionados por el Banco Central de Nicaragua en su informe macroeconómico mensual y el Ministerio del Trabajo dentro de los diez días del mes siguiente, de acuerdo con su propia reglamentación y en su defecto los valores de mercado avalados por la Cámara Nicaragüense de la Construcción (art. 263 RGLCASP)

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 Avalúo por avance de obras por la fiscalización o unidad de control de cada obra tramitándolo conjuntamente con el Avalúo por avance de obra (art. 264 RGLCASP)

k. Supervisión de la Obra

En el contrato de obra pública la potestad de dirección y control está particularmente desarrollada, y se ejerce con especial amplitud e intensidad, en razón de que en este contrato la obra no constituye un resultado que corre por cuenta del cocontratante particular, sino un resultado que el contratista debe lograr de manera determinada, siguiendo los planos, diseños, pliegos, especificaciones, etc., que integran la convención, y que deben tender a lograr la satisfacción del interés público de la mejor manera posible (Escola, 1979).

Esa intensidad de las facultades de dirección en la obra pública, da lugar a una permanente relación entre la administración pública y su cocontratante, por medio de la inspección de la obra que aquella haya constituido y del representante técnico designado por el contratista, en el transcurso de la cual la administración imparte órdenes, directivas, recomendaciones, etc., y formula rechazos, objeciones y toda una serie de actos dirigidos a efectivizar esa dirección (Escola, 1979).

Siendo una potestad propia de la Administración Pública, esa efectiva dirección, la entidad contratante la puede ejercer, por medio de su personal o de consultores debidamente seleccionados, quienes supervisarán la correcta ejecución del contrato (art. 265 RGLCASP). El Reglamento determinará las facultades y las obligaciones de los supervisores.

Entre las facultades de control y fiscalización que tiene la Administración Pública, las cuales pueden ser desarrolladas por los supervisores, Escola (1979) menciona que puede inspeccionar talleres y bodegas del contratista y pedir todos los datos e informaciones que considere necesarios; vigilar e investigar al personal que trabaja en la obra, exigiendo el cambio o el despido de algunos de ellos; comprobar la calidad de los materiales que se empleen, rechazando los que no se ajusten a las especificaciones técnicas; ordenar la demolición o reconstrucción de partes de la obra que hayan sido ejecutadas incorrectamente, o sean viciosas, o no respondan a los planos y diseños; imponer determinadas medidas de custodia y protección de la obra, dictando los reglamentos necesarios para ello; etc.

1. De la recepción sustantiva y la definitiva

Marienhoff (1994) expone que, desde un punto de vista formal, la conclusión del contrato de obra pública tiene lugar cuando la Administración Pública ha llevado a cabo la recepción y se ha hecho el su correlativo pago al cocontratante.

En los contratos de obras públicas habrá una recepción sustancial y una definitiva (art. 268).

La recepción sustancial, será solicitada por el contratista, cuando la obra pueda ser utilizada para el fin que fue concebida (art. 269 RGLCASP).

Al recibir esta solicitud, el órgano o entidad contratante procederá al levantamiento 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 (art. 269 RGLCASP).

El derecho del cocontratante a percibir el precio no impide que el monto de cada avalúo emitido no sea íntegramente pagado a aquél, procediéndose a retener determinada parte de cada uno para constituir el llamado “fondo de reparos”, cuya existencia puede estar determinada legal o contractualmente. Este fondo sirve para garantizar a la Administración Pública el valor de los trabajos que deban efectuarse para corregir deficiencias en la ejecución de las obras en que haya incurrido el contratista (Marienhoff, 1994).

El organismo contratante 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 o entidad contratante, si los trabajos pendientes de la lista de detalles están concluidos a satisfacción.

m. Entregas parciales

Tanto la recepción provisional como la definitiva pueden ser parciales, o sea, referidas a una parte o partes de la obra ejecutadas, o totales, cuando se refiere a la obra concluida y completa.

Adicionalmente a la recepción sustancial o definitiva, 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 (art. 270 RGLCASP).

4. Conclusiones

Para analizar el procedimiento de contratación de obras públicas en Nicaragua hemos estimado necesario hacer un análisis comparativo entre la nueva LCASP y la derogada LCE, considerando sus respectivos Reglamentos pero sin obviar los criterios doctrinales.

A continuación presentamos las principales conclusiones alcanzadas:

4.1 En la ya derogada Ley de Contrataciones del Estado y en la nueva Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público se sigue usando, de manera incorrecta, como quedó claramente expuesto en este trabajo, como sinónimos los conceptos jurídicos proceso y procedimiento, lo cual vuelve confusa la interpretación de la norma jurídica.

4.2 Un aspecto fundamental en la contratación de obra pública, es el referido a la verificación que el órgano contratante debe realizar de las condiciones físicas y jurídicas del sitio donde se construirá la obra, a fin de garantizar la ejecución ininterrumpida de la misma.

La LCE, establecía que esta verificación debía realizarse *antes de la orden de ejecución* (art. 60 LCE), por su parte, el RGLCE, señalaba que había que hacerla *antes de dar inicio al proceso de contratación* de la obra (art. 112 RGLCE).

Aparentemente, la verificación referida debía realizarse dos veces, antes del inicio del proceso de contratación y antes de la orden de ejecución. Ahora el texto del RGLCASP, únicamente lo mandata previo al procedimiento de contratación. Sin embargo debemos señalar que en el texto de la LCASP no encontramos referencia alguna y ello viene a ser una omisión o incongruencia evidente que puede provocar interpretaciones discrecionales.

4.3 El cumplimiento de requisitos previos es esencial para el correcto desarrollo del procedimiento de contratación. En el caso de los contratos de obra pública uno de esos requisitos previos se refiere a que se debe aprobar un proyecto de conjunto y detalle que defina la obra a realizar.

De acuerdo a lo establecido en el art. 21 LCASP, para los proyectos que involucren obra pública, el contenido de los estudios, diseños y especificaciones deberán seguir los parámetros mínimos que para el efecto señale la Dirección General de Contrataciones del Estado mediante instructivo, de manera que se cuente con los requeridos para tal propósito de conformidad con lo que establezca el Reglamento de esta Ley.

Hasta el momento de elaboración del presente artículo dicho instructivo no se había publicado y ello nos permite afirmar que este aspecto no está regulado en la LCASP ni en su Reglamento.

4.4 En todo procedimiento de licitación es fundamental establecer de manera adecuada los plazos, ya que de ellos dependen derechos y obligaciones de las partes involucradas. En este sentido, la LCASP adolece de confusión en algunos de los plazos establecidos. Tal es el caso del plazo que tienen los oferentes para formular objeciones al pliego de bases y condiciones y el plazo que tiene el órgano licitante para efectuar modificaciones de oficio, o a petición de cualquier proveedor participante.

4.5 Otro aspecto sumamente importante es el relacionado a los plazos de ejecución de los contratos de obra pública. Los contratos de obra pública, más que plazos de duración, relativos a la extinción o finalización de los contratos, contienen verdaderos plazos de ejecución o cumplimiento, puesto que además de precisar las obras que deben realizarse, determinan el término dentro del cual deben cumplirse y quedar concluidas.

Reviste especial importancia establecer el momento a partir del cual comienza a correr el plazo contractual fijado, pero para que los trabajos comiencen y corran las obligaciones del cocontratante es preciso que la Administración Pública haga entrega a éste del lugar en que se realizará o construirá la obra.

Lo señalado anteriormente no ha sido establecido taxativamente en la ley 737, ni en su Reglamento.

4.6 Con respecto a la potestad que tiene la Administración Pública para supervisar la ejecución de las obras públicas, el art. 265 del RGLCASP

establece que la entidad contratante la puede ejercer, por medio de su personal o de consultores debidamente seleccionados, quienes supervisarán la correcta ejecución del contrato. Sin embargo, en el mismo artículo precitado se establece que el “Reglamento determinará las facultades y las obligaciones de los supervisores”. Opinamos que si se está refiriendo al mismo Reglamento hay un círculo vicioso, por llamarlo de alguna manera, porque dichas facultades y obligaciones no se establecen en dicho Reglamento.

- 4.7 El procedimiento de contratación es un elemento esencial en la actuación de la Administración pública, ya que asegura la ordenada actuación de la misma al contratar, garantizando la elección de la oferta más adecuada, la igualdad de los distintos candidatos que optan a la selección y la real tutela del interés público.

5. Recomendaciones

Como resultado de esta investigación presentamos las siguientes recomendaciones, aclarando que el orden en que se presentan no está en función de su importancia:

- 5.1 Es necesario corregir la confusión de la cual adolece la LCASP y su Reglamento con relación a los conceptos jurídicos proceso y procedimiento.
- 5.2 Al margen de lo establecido actualmente, tanto en la LCASP como en su Reglamento, la verificación de las condiciones físicas y jurídicas del sitio donde se construirá la obra tiene poca aplicación por parte del órgano contratante. A nuestro criterio la disposición de que dicha verificación debe hacerse de manera previa al procedimiento de contratación puede provocar retraso para el inicio del mismo, pudiendo efectuarse de manera paralela, pero sí debe hacerse antes de que inicie de la ejecución del contrato de obra. Debe establecerse la obligatoriedad de cumplir con el requisito de la verificación previa de las condiciones de las condiciones físicas y jurídicas del sitio donde se construirá la obra, de lo cual se debe dejar constancia en el expediente de contratación administrativa.

- 5.3 Para garantizar lo anterior sugerimos que se integre un artículo en la LCASP que establezca que antes de la orden de ejecución el organismo contratante, en conjunto con el contratista, verificará la regularidad de todas las situaciones existentes desde el punto de vista jurídico, presupuestario, técnico y físico del sitio en el cual se realizarán las obras contratadas, estipulando además la obligatoriedad de redactar un acta de dicho acto.
- 5.4 La LCASP establece que en todos los contratos que involucran obra pública la Dirección General de Contrataciones del Estado, mediante instructivo, definirá el contenido de los estudios, diseños y especificaciones. A nuestro criterio, aunque este contenido puede calificarse de técnico no hay razón para que no se defina en la Ley o en el Reglamento.
- 5.5 En vista de la especial importancia que tiene el establecer en qué momento comienza a correr el plazo contractual fijado, y aunque es frecuente que en el contrato se incluyan previsiones concretas en ese sentido, consideramos conveniente que la LCASP defina particularmente ese momento, de tal manera que no quede al arbitrio del redactor de los documentos del contrato.
- 5.6 Sugerimos que, respecto a la potestad de supervisión que tiene la Administración Pública, la Ley o en su defecto el Reglamento de la misma defina expresamente las facultades y obligaciones de los supervisores.

6. Bibliografía.

- Arrien Somarriba, J. B. (2010). *Derecho administrativo. Acto, procedimiento, recursos, contratos y el contencioso administrativo*. (Primera ed.). Managua: UCA.
- Bacacorzo, G. (1998). El procedimiento administrativo en el Perú. En J. C. Cassagne (Dir). *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff*(pp. 565-581). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Báez Martínez, R. (1979). *Manual de Derecho administrativo*. Mexico: Editorial Trillas.
- Carbonero Gallardo, J. (2010). *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual*. Tesis doctoral no publicada, Universidad de Granada. España. Recuperado el 17 de febrero de 2011 de <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/4867/1/18654538.pdf>
- Diez, M. (1997). *Manual de Derecho administrativo*. (6ª. ed., vol. 2). Buenos Aires: Plus Ultra.
- Dromi, R. (1995). *Licitación pública*. (2ª. ed.). Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Dromi, R. (1997). *Derecho administrativo*. (6ª. ed.). Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Escola, H. (1979). *Tratado integral de los contratos administrativo*. (Vol. 2). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Fraga, G. (1968). *Derecho administrativo*. (12ª. ed.). México: Porrúa. S.A.
- García de Enterría, E. (1986). *Curso de Derecho administrativo*. (Vol. 2, 2ª. ed.). Madrid: Civitas.
- González Pérez, J. (1992). *Manual de Derecho procesal administrativo*. (2ª. ed.). Madrid: Civitas.
- López-Elías, J. (1999). *Aspectos jurídicos de la licitación pública en Mexico*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Marienhoff, M. (1994). *Tratado de Derecho administrativo. Tomo 3-A-B.* (4ª. ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Valle, D., Arríen, J. B., & Navarro, K. (2009). *Contrataciones administrativas - Compendio normativo. Estudio introductorio.* Managua: Facultad de Ciencias Jurídicas - UCA

Legislación:

- Ley No. 323, Ley de Contrataciones del Estado, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 001 y 002 del 3 y 4 de enero del 2000.
- Decreto No. 21-2000, Reglamento General de la Ley de Contrataciones del Estado, publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 46 del 06 de Marzo del 2000.
- Ley No. 350, Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 140 y 141 del 25 y 26 de julio de 2000.
- Ley No. 737, Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213 y 214 del 8 y 9 de noviembre del 2010.
- Decreto No. 75-2010, Reglamento General a la Ley No. 737 “Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público”, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 239 y 240 del 15 y 16 de diciembre de 2010.