

Luces y sombras en las contrataciones administrativas del sector público *Lights and shadows in administrative contracting in the public sector*

MSc. Juan Pablo Medina Arostegui¹
juan.medina@doc.uca.edu.ni
Código ORCID 0000-0001-9320-7163

DOI: <https://doi.org/10.5377/derecho.v1i32.14669>

Fecha de recibido: abril de 2022 / Fecha de aprobación: junio de 2022

Resumen

El décimo aniversario de la entrada en vigor de la Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público y su Reglamento, es un momento muy oportuno para realizar una retroalimentación jurídico-práctica entre los logros obtenidos y las metas para el porvenir de las contrataciones públicas en Nicaragua. Ambas normas trajeron consigo avances que fortalecieron significativamente la transparencia en la gestión estatal, y a la vez han acarreado una serie de dificultades que pueden deberse tanto a contradicciones o vacíos en las referidas normas como a inconsistencias entre lo dispuesto en las mismas y la realidad práctica del día a día. Con la publicación del presente artículo se desea contribuir a este proceso de retroalimentación, presentando un análisis sobre la aplicación práctica que han tenido estas normas a lo largo de estos diez años, y proponiendo los desafíos para el futuro. Se comentarán las principales disposiciones normativas, resaltaremos sus aciertos, discutiremos sus vacíos y propondremos los aspectos que consideramos que pueden ser tomados en cuenta ante eventuales reformas.

Palabras Clave

Contrataciones administrativas / Pliego de Bases y Condiciones / Garantías / Potestades administrativas / Vía administrativa / Recursos administrativos

Abstract

The occasion of the tenth anniversary of the entry into force of the Law of Administrative Contracting of the Public Sector and its Regulations, is a very opportune moment to carry out legal-practical feedback between the achievements obtained and the goals for the future of public contracting in Nicaragua. Both regulations brought with them advances that significantly strengthened transparency in state management, and at the same time have brought about a series of difficulties that may be due both to contradictions or gaps in the aforementioned regulations and to inconsistencies between their provisions and the practical reality of the law. day to day. With the publication of this article, we want to contribute to this feedback process, presenting an analysis of the practical application that these standards have had over these ten years, and proposing challenges for the future. Supported by the reference sources for this research and reinforced by our professional experience, we will comment on the main regulatory provisions, highlight their successes, discuss their gaps and propose the aspects that we consider that can be taken into account in case of eventual reforms.

Key words

Administrative contracts / Bidding Terms and Conditions / Guarantees / Administrative powers / Administrative route / Administrative resources

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua; Especialista en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua; Especialista en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Nicaragua, León (UNAN-LEÓN); Magíster Profesional en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la Universidad Autónoma de Nicaragua, León (UNANLEÓN); Máster con excelencia académica en Derecho de Empresas con Especialización en Asesoría Jurídica por la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua. Autor del Libro: "La necesidad de una Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Nicaragua" y Coautor de los Libros: "Cuestiones actuales de responsabilidad en Nicaragua", "Fundamentos y límites de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y la responsabilidad penal de la persona jurídica en Nicaragua", Comentarios a la Ley de Contrataciones Administrativas del sector público: Nicaragua". Docente Universitario UCA.

Tabla de contenido

Introducción. 1. Definiciones de la Ley y su Reglamento. 2. Los órganos de ejecución. 3. Posibilidad de ampliar hasta el 10% del monto máximo de la modalidad respectiva. 4. La obligatoriedad y supletoriedad del Pliego de Bases y Condiciones. 5. Los plazos para la integración y firmeza del PBC. 6. El aviso de licitación. 7. Ofertas tardías. 8. Ofertas en consorcio. 9. Modificación o retiro de las ofertas presentadas. 10. Presencia del Comité de Evaluación en el acto de presentación y apertura de ofertas. 11. El plazo para evaluación de ofertas. 12. El principio de subsanabilidad. 13. Causales de rechazo de oferta. 14. Aplicación supletoria de la Licitación Pública. 15. Las compras con fondos de caja chica: ¿materia excluida o causal de Contratación Simplificada? 16. Garantías en la contratación administrativa. 17. Formalización contractual. 18. Potestades administrativas exorbitantes. 19. Los recursos administrativos de la Ley No. 737 y su Reglamento. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

Para que la Administración Pública pueda servir con objetividad a los intereses generales, requiere indispensablemente de la colaboración de particulares que le provean de las obras, bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de su misión. La parte del Derecho Administrativo que estudia estas relaciones contractuales es la materia que conocemos como “contrataciones administrativas”.

Tras casi treinta años de evolución histórico-jurídica de esta materia en Nicaragua y después de dos leyes antecesoras, el 19 de octubre de 2010 fue aprobada la Ley No. 737, “Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público” (en adelante denominada simplemente “La Ley”), publicada en La Gaceta, Diario Oficial, números 213 y 214 del 08 y 09 de noviembre de 2010, reglamentada mediante el Decreto No. 75-2010, “Reglamento General a la Ley No. 737, Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público” (en adelante denominado simplemente “El Reglamento”), publicado en La Gaceta, Diario Oficial, números 239 y 240 del 15 y 16 de diciembre de 2010 y reformado mediante Decreto No. 22-2013, publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 119 del 27 de junio de 2013.

Al cumplirse diez años de la entrada en vigor de dichas normas, es necesario hacer un alto en el camino, evaluar los pasos recorridos en el pasado, analizar el contexto actual y preparar los pasos para el futuro. Con este propósito, se ha elaborado este artículo, esperando que sea de gran utilidad e interés para estudiantes de Derecho, colegas abogados, áreas de adquisiciones, proveedores del Estado y público en general, creándoles conciencia del importante papel que juegan las contrataciones administrativas para garantizar la transparencia en la gestión estatal, la seguridad jurídica y el bienestar económico de los nicaragüenses.

I. Definiciones de la Ley y su Reglamento

Sobre las definiciones presentes en la Ley y su Reglamento, coincidimos con Arrién (2014, p. 79) en que es altamente positivo que ambas normas “comiencen con una serie de definiciones y términos, que resultan novedosos, de gran utilidad y aplicación práctica”. Junto con dicho autor, que su vez cita a Talavera Pastora (2011, p. 15), también creemos que la definición de “contrato administrativo” se concentró más en la parte subjetiva (quiénes celebran el contrato) que en la parte objetiva (la finalidad del contrato).

Respecto a las definiciones faltantes, estamos de acuerdo con el mismo autor (2014), cuando señala que:

Se perdió una oportunidad para definir otros términos de igual importancia, como puede ser “la adjudicación, el acto de trámite, la oferta”. Además, se sigue manteniendo en toda la normativa de contrataciones la utilización indiscriminada de los términos “proceso” y “procedimiento”, los cuales en estricto derecho no son lo mismo (p. 79).

Adicionalmente, consideramos que, en una eventual reforma, pueden incorporarse las siguientes definiciones:

- a) “Orden público”, sobre todo para reforzar lo dispuesto en el art. I párrafo segundo de la Ley.
- b) “Oferente”, “proveedor” y “contratista”, sobre todo ante las múltiples confusiones que se dan en la práctica por su utilización indistinta.
- c) “Garantía”, “víveres” e “interés público”, recogidas en la posterior Ley No. 801, “Ley de Contrataciones Administrativas Municipales”, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 192 del 09 de octubre de 2012 y considerada por muchos estudiosos como una versión totalmente mejorada de la Ley No. 737.

2. Los órganos de ejecución

En la Sección Tercera de su Capítulo II, la Ley establece y define a los órganos de ejecución. Entre los encargados de evaluar, calificar y recomendar la mejor oferta, tenemos a un órgano unitario (Área de Adquisiciones) y dos cuerpos colegiados (Comité de Evaluación y Comité Técnico de Contrataciones).

Respecto al Área de Adquisiciones, uno de los logros de la Ley fue dotar a dicha área de una identidad propia, subordinarla directamente a la máxima autoridad de la entidad contratante y colocarla bajo la rectoría técnica de la Dirección General de Contrataciones del Estado (DGCE).

De acuerdo con el art. 8 inciso c) del Reglamento, el Área de Adquisiciones es la encargada de calificar, evaluar y recomendar la mejor oferta en las contrataciones menores cuyos montos sean inferiores o iguales a cincuenta mil córdobas (C\$ 50,000.00), disposición reglamentaria que es cuestionada por Arrién (2014, p. 92) al afirmar que “esta división en el monto de las contrataciones menores no está estipulada en la ley 737, por lo que desde ya dejo planteadas mis dudas sobre su legalidad”. Por nuestra parte, se recomienda incluir en una eventual reforma a la Ley, a fin de reforzar sus disposiciones sobre los órganos de ejecución.

En lo que respecta al Comité Técnico de Contrataciones, tanto el art. 16 de la Ley como el art. 35 de su Reglamento, establecen que deberá ser constituido al inicio de cada período presupuestario. Para ello, la “Normativa administrativa para el desarrollo del procedimiento de contratación menor”, aprobada por la DGCE mediante Circular Administrativa DGCE-SP-10-2020 del 21 de julio de 2020, incluye en sus anexos un modelo de resolución administrativa en el que solamente se indican los cargos de quienes conformarán el Comité, ya que el nombramiento propiamente dicho se hace en cada resolución de inicio. A nuestro criterio, esta disposición de la Ley y su Reglamento debería ser eliminada, pues el mismo art. 35 del Reglamento indica con claridad los cargos, por lo que no tiene sentido hacer anualmente una resolución que repita lo dispuesto por el referido artículo.

3. Posibilidad de ampliar hasta el 10% del monto máximo de la modalidad respectiva

El art. 27 de la Ley define cada una de las modalidades de contratación administrativa. En el párrafo cuarto del numeral 4 de dicho artículo, se permite a las entidades contratantes ampliar los montos disponibles, siempre y cuando el monto ampliado no supere el 10% del máximo que determina la modalidad de contratación respectiva.

De la lectura íntegra del art. 27, se puede visibilizar que este enunciado se encuentra ubicado dentro del numeral correspondiente a la modalidad de Concurso, la cual no está sujeta a montos máximos y, por consiguiente, no le es aplicable dicho párrafo. En cambio, la Contratación Menor y la Licitación Selectiva son las únicas modalidades que están sujetas a montos máximos de acuerdo con el mismo artículo, de manera que sólo a ellas les es realmente aplicable.

En ese sentido, el art. 24 párrafo tercero de la Ley No. 801 es más claro, ya que, además de colocar esta disposición en el artículo introductorio a los procedimientos de contratación, sustituyó la palabra “concurso” por “procedimiento”. Se considera que, en una eventual reforma a la Ley No. 737, debería retomarse la técnica legislativa de la Ley No. 801 para este párrafo, ya que no han sido pocas las confusiones que en la práctica ha acarreado su actual redacción y ubicación. (Medina Arostegui, 2022).

4. La obligatoriedad y supletoriedad del Pliego de Bases y Condiciones

Todo proceso de contratación administrativa debe estar regido por un documento que establezca las “reglas del juego”. En las licitaciones, la Ley nos indica claramente que es el Pliego de Bases y Condiciones (PBC). En las demás modalidades, aunque la norma no lo dice expresamente, el Documento Base o la misma Carta de Invitación hace las veces de PBC.

La Ley No. 801 es mucho más explícita en este particular, ya que estableció en su art. 32 la obligatoriedad de elaborar PBC en determinadas modalidades y su elaboración facultativa en otras. También es importante destacar que la “Normativa administrativa para el desarrollo del procedimiento de contratación menor”, aprobada por la DGCE mediante Circular Administrativa DGCE-SP-10-2020 del 21 de julio de 2020, incluye en sus anexos un modelo de carta de invitación mucho más completo e integral, con ciertas semejanzas a un PBC. (Medina Arostegui & Torres Castillo, 2021).

Tomando en cuenta lo anterior, no dudamos en proponer como *lege ferenda*:

- a) Que se indique claramente cuáles serán las modalidades en las que será obligatoria la elaboración del PBC.
- b) Que se mencione expresamente cuál será el documento supletorio al PBC en las modalidades donde su elaboración sea facultativa y se le conceda a dicho documento, por imperio de Ley, el mismo valor jurídico del PBC.

5. Los plazos para la integración y firmeza del PBC

Para la emisión de los actos previos a la *integración y firmeza* del PBC (art. 88 del Reglamento), los plazos establecidos en la legislación actual tienen serias diferencias y contradicciones que dificultan su armonización entre sí, el orden lógico que deberían llevar y, ya no digamos, su correcta aplicación en la práctica. Esto se puede comprobar especialmente en las Licitaciones Selectivas, cuyo intervalo entre la convocatoria y la presentación de ofertas es de apenas 7 días hábiles (art. 56 párrafo segundo de la Ley).

Los plazos que han estado vigentes desde hace diez años son los siguientes:

- a) Plazo para modificación simple y/o sustancial al PBC: No mayor de 3 días hábiles después de celebrada la reunión de homologación (art. 35 párrafo primero de la Ley).
- b) Plazo para realizar consultas y/o solicitar aclaraciones al PBC: 7 días contados desde el día siguiente de la sesión de homologación en las Licitaciones Públicas y 2 días hábiles contados desde el día siguiente de la invitación en las Licitaciones Selectivas (arts. 100 y 128 del Reglamento).
- c) Plazo para responder consultas y/o aclaraciones al PBC: 3 días posteriores a la fecha de vencimiento para la presentación de estas en las Licitaciones Públicas y 2 días hábiles contados desde el vencimiento del plazo para la recepción de las consultas en las Licitaciones Selectivas (arts. 100 y 128 del Reglamento).
- d) Plazo para interponer el recurso de objeción al PBC: Primer tercio del plazo para presentar ofertas (art. 34 párrafo tercero de la Ley), es decir, dentro de los primeros 10 días posteriores a la convocatoria en la Licitación Pública y los primeros 2 días en la Licitación Selectiva.
- e) Plazo para responder el recurso de objeción al PBC: 5 días hábiles siguientes a su presentación (art. 34 párrafo tercero de la Ley).

Ante esta situación y sin perjuicio de la debida salvaguarda de las características propias de la Licitación Pública y la Licitación Selectiva, proponemos como *lege ferenda* la unificación de los plazos para la emisión de todos estos actos procedimentales, a fin de que en un mismo día el PBC pueda quedar integrado y firme, habiéndose evacuado toda consulta, observación, objeción o modificación al mismo. (Medina Arostegui, 2022).

Estamos convencidos de que la propuesta de unificar los plazos arriba expuestos reforzará la importancia, fuerza vinculante y firmeza del PBC, elementos que fueron claramente explicados por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia,

mediante Sentencia No. 84 de las 10:30 a.m. del 22 de agosto de 2002 en su Considerando II:

El pliego de bases y condiciones, o *cahier des charges*, es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por la administración que especifican el objeto que se licita, las pautas que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de oferentes y co-contratante y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato... en él se establecerán las condiciones jurídicas, técnicas y económicas a que haya de acomodarse la preparación y desarrollo del contrato. (...). Más allá de una u otra postura con relación a la naturaleza jurídica del pliego de bases y condiciones, cabe señalar que existe unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia en cuanto a que los pliegos de bases y condiciones son «ley del contrato» en el sentido que son fuente principal de los derechos y obligaciones de los participantes en la contratación. Su fuerza vinculante llega a tal punto que ante la discrepancia entre el pliego de bases y la escritura en que se formalice el contrato, prevalece aquél. (...). Las bases de la licitación tienen un carácter vinculante entre el ente público que convocó a la licitación y los oferentes. Los términos y condiciones son de ineludible cumplimiento para las partes. En este sentido, ni el ganador de la licitación ni el ente público tienen la potestad para alterar los términos y condiciones que rigieron para la licitación.

6. El aviso de licitación

Una de las innovaciones significativas que trajeron consigo la Ley No. 737 y su Reglamento fue la creación e implementación del Sistema de Contrataciones Administrativas Electrónicas (SISCAE), el cual, sin lugar a duda, ha coadyuvado considerablemente al fortalecimiento de la transparencia y celeridad en los procesos de contratación administrativa, al punto que se les concede plena validez y eficacia a los actos publicados en dicho Sistema (art. 64 de la Ley).

En este orden de ideas, parece paradójico que tanto la Ley en su art. 33 como el Reglamento en su art. 98 hayan conservado la “obligatoriedad” de publicar el aviso de licitación en La Gaceta, Diario Oficial, publicación que, aunque tiene el ánimo de darle mayor forma legal a los procesos de contratación, no está exenta de dificultades en la práctica por los siguientes motivos:

- a) El Diario Oficial no está al alcance de todo el público en general y su número de ejemplares en físico es bastante limitado.
- b) A diferencia del SISCAE, las publicaciones en La Gaceta suelen ocurrir de forma totalmente desfasada en relación con el tiempo real que lleva un proceso de contratación administrativa, máxime si se trata de una Licitación Selectiva cuyos plazos son mucho más cortos.
- c) En nuestra experiencia profesional, nos hemos encontrado con casos en los que el aviso de licitación es publicado en La Gaceta, incluso, varios días después de haberse realizado la presentación y apertura de ofertas, sobre todo porque hay ocasiones en las que dicho diario da prioridad a la publicación de actos administrativos emanados por la Presidencia de la República.
- d) La “convocatoria” de licitación debe ser tenida como el llamado público oficial que la entidad contratante hace para incentivar la participación de los posibles oferentes, por lo que la figura del “aviso”, a nuestro criterio, no hace otra cosa más que provocar un mayor desgaste, en detrimento del principio de eficiencia (art. 6 numeral I de la Ley) y de la validez y eficacia de los actos publicados en SISCAE (art. 64 de la Ley).

Se considera que este punto debe ser discutido en una eventual reforma, a fin de fortalecer aún más el SISCAE como el medio oficial que garantiza el correcto itinerario de nuestras contrataciones públicas.

Junto con la propuesta de erradicar la figura del “aviso”, no podemos soslayar que actualmente existen enunciados contradictorios en el Reglamento que tienden a pensar que el aviso y la convocatoria son la misma cosa. Por ejemplo, el art. 98 dice: “deberá publicar un aviso en la Gaceta Diario Oficial de la disponibilidad del aviso en el SISCAE”, y el art. 202 expresa: “una vez publicado el aviso de convocatoria y el PBC en el SISCAE”.

Al respecto, advirtió Arrién (2014):

Además, se publica un aviso en La Gaceta, Diario Oficial, sobre la disponibilidad, suponemos que, de la convocatoria en el portal, aunque el art. 98 del reglamento de la ley 737 establece que, del aviso, lo que podría obedecer a una posible falla técnica, porque el aviso es una figura distinta, en contenido y finalidad a la convocatoria (p. 96).

7. Ofertas tardías

El párrafo tercero del art. 36 de la Ley nos dice que “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”.

Aunque habla de una “devolución” de las ofertas tardías, en la práctica lo que ocurre en todas las modalidades de contratación es que simplemente no se reciben del todo. En el caso de las Licitaciones, como el acto público de apertura de ofertas sigue inmediatamente después del acto de presentación de estas (arts. 108 y 110 RLCASP), los PBC suelen disponer que, una vez vencido el plazo límite para la presentación de ofertas, se cerrará con llave la puerta de la sala donde se realice la reunión de recepción y apertura de ofertas, no debiéndose aceptar ninguna oferta que llegue después de la hora indicada, cualquiera que sea el motivo de su retraso. (Medina Arostegui, 2022).

Consideramos que la redacción de este artículo debe ser armonizada con la experiencia práctica que se ha venido desarrollando a lo largo de esta década de vigencia de la Ley y su Reglamento.

8. Ofertas en consorcio

El consorcio (art. 37 de la Ley) es una modalidad de participación que se reviste de dos supuestos elementales, como son la *temporalidad* y la *solidaridad*. La temporalidad se explica al decir que no implica la creación de una persona jurídica diferente, de manera que el consorcio no debe tener ánimo de permanencia absoluta y participación abierta para contratar con el Estado, sino que debe constituirse específicamente para participar en un determinado proceso de contratación y ante una determinada entidad contratante.

La solidaridad consiste en que la entidad contratante puede hacer recaer en todos o en cualquiera de los consorciados la responsabilidad por toda consecuencia derivada de la participación individual de cada uno y de la participación del mismo consorcio en el proceso de contratación o en la ejecución del contrato. (Medina Arostegui & Torres Castillo, 2021).

Respecto al acuerdo de consorcio, el art. 230 del Reglamento establece que “se formaliza mediante documento privado con firmas legalizadas ante Notario Público”. Al respecto, la Ley No. 801 fue más precisa, al disponer en su art. 38, inciso c), que los consorcios se formalicen “mediante un convenio suscrito ante Notario Público”. Por nuestra parte, sostenemos que es mucho más recomendable que se haga en escritura pública.

9. Modificación o retiro de las ofertas presentadas

Las figuras de modificación y retiro de ofertas (art. 41 de la Ley) son escasamente utilizadas en la práctica. Esto puede deberse a que el acto público de apertura de ofertas de las Licitaciones sigue inmediatamente después del acto de presentación de estas (arts. 108 y 110 del Reglamento).

En las demás modalidades de contratación, si bien existe un mayor espacio de tiempo para que los oferentes puedan modificar o retirar sus ofertas, igualmente no suelen hacerlo, seguramente, porque implica un considerable desgaste de tiempo, logística, recursos financieros y recursos humanos. En ese sentido, consideramos que su presencia dentro de la Ley debe ser revisada ante una eventual reforma, sin menoscabo de reforzar lo dispuesto sobre la imposibilidad de modificar o retirar una oferta una vez vencido el plazo para su presentación.

La total firmeza e inalterabilidad de las ofertas presentadas va en línea recíproca con la del PBC (art. 88 párrafo primero del Reglamento). Presentar una oferta no es sólo un mero trámite exterior o una simple cotización que el oferente hace de forma aleatoria, sino que es la creación de un verdadero vínculo jurídico que se manifiesta con el compromiso de mantener la oferta por el tiempo estipulado en el PBC, y que también es sellado económicamente (en el caso de las Licitaciones) por medio de la garantía de seriedad de la oferta.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia No. 84 de las 10:30 a.m. del 22 de agosto de 2002 en su Considerando II expresó:

La sola presentación de la oferta se entenderá como una manifestación de la voluntad del oferente de contratar con pleno conocimiento a las condiciones y especificaciones del pliego de bases y condiciones y a las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes (...). Así pues, se dice que el precio de la oferta será invariable para asegurar que una vez que una oferta ha sido escogida, no sea posible cambiarla. El poder cambiarla sería en detrimento de los otros oferentes, quienes pudieron haber ofertado otro precio si habrían sabido que podían cambiar el precio después de la adjudicación. (...). Otro de los efectos importantes señalados en la doctrina es la «inmodificabilidad de la propuesta». Una vez presentada, la oferta no puede modificarse.

10. Presencia del Comité de Evaluación en el acto de presentación y apertura de ofertas

El art. 110 párrafo segundo del Reglamento dice textualmente: “Una vez concluido el acto de apertura, se levantará un acta que deberá ser firmada por los miembros del Comité de Evaluación y los proponentes que se encuentren presentes”. En cambio, el art. 42 parte in fine de la Ley dispone: “El órgano o entidad licitante que presidió el acto de apertura de ofertas, una vez concluido éste deberá remitir al Comité de Evaluación

las ofertas presentadas para su correspondiente evaluación”.

En estricto derecho y basados en la prevalencia jerárquica de la Ley sobre el Reglamento, el Comité de Evaluación no debe presidir el acto de presentación y apertura de ofertas. Pese a la contradicción de su art. 110 párrafo segundo, el mismo Reglamento dispone en su art. 34 inciso a) que la estricta función de dicho Comité es “evaluar las ofertas presentadas”, a diferencia del Comité Técnico de Contrataciones, a quien sí le corresponde “abrir y evaluar las ofertas presentadas” según lo expresa más adelante en su art. 38 inciso a). No obstante, en atención a la publicidad del acto de presentación y apertura de ofertas en las Licitaciones (art. 42 párrafo primero de la Ley y arts. 108 y 110 de su Reglamento), puede admitirse la presencia física del Comité, pero sin ninguna participación en dicho acto.

11. El plazo para evaluación de ofertas

El art. 43 párrafo primero de la Ley, dice textualmente que “el organismo o entidad licitante establecerá en el pliego de bases y condiciones los criterios para la calificación y evaluación de las ofertas presentadas. La calificación y evaluación de las ofertas será realizada por el Comité de Evaluación y deberá efectuarse dentro de un plazo de hasta siete (7) días hábiles contados a partir de la apertura de las ofertas.

En casos excepcionales, atendiendo a la complejidad del objeto de la contratación y la cantidad de oferentes participantes, este plazo podrá ser prorrogado por la máxima autoridad administrativa, hasta por el cincuenta por ciento (50%) del plazo original, previa justificación, notificándose a los oferentes participantes mediante escrito enviado personalmente, electrónicamente o por medios telemáticos”.

Si analizamos dicho párrafo junto con el art. 111 de la Ley y el art. 116, párrafo primero, de su Reglamento, podremos constatar que el plazo de 7 días hábiles para evaluación se debe distribuir de la siguiente manera:

- a) Del día 1 al día 3 se evalúan las ofertas;
- b) El día 4 se notifican los resultados de la evaluación (informe preliminar o informe de análisis);
- c) Los días 5 y 6 constituyen el plazo para interponer el recurso de aclaración; y,
- d) El día 7 se elabora el dictamen de recomendación junto con la evacuación al recurso de aclaración.

Como podemos ver, ese plazo de 7 días hábiles prácticamente se reduce a 3, ya que los otros 4 son para actos posteriores a la evaluación. Ciertamente es muy difícil (por no decir imposible) que en las Licitaciones se pueda realizar una correcta evaluación en tan poco tiempo, sobre todo en circunstancias particulares como:

- a) Una Licitación para contratar obras públicas, cuyas ofertas son altamente voluminosas y requieren de un examen minucioso;
- b) El número de Licitaciones que paralelamente la entidad contratante puede estar realizando;
- c) Que pueden surgir procedimientos extraordinarios como la subsanación (arts. 43 párrafo tercero de la Ley y art. 111 de su Reglamento) y la aclaración (art. 44 de la Ley), los que obligatoriamente retrasarían la evaluación debido a que poseen sus propios plazos; y,

- d) Que el incumplimiento del plazo de evaluación es uno de los hallazgos más comunes en los procesos de auditoría.

Consideramos que, en una eventual reforma a la Ley y su Reglamento, debe hacerse una reingeniería total del plazo de evaluación en las Licitaciones, partiendo de realizar una clara distinción entre la adquisición de bienes y servicios y la contratación de obras públicas.

12. El principio de subsanabilidad

La subsanabilidad consiste en el saneamiento de la ausencia de documentos o falta de requisitos en la oferta presentada, luego de que ésta ha sido examinada preliminarmente. Va dirigida a la *forma* de la oferta, a diferencia de la aclaración (art. 44 de la Ley) que se dirige al *fondo* de esta. Si el oferente subsana lo requerido, pasa a ser evaluado; pero si no lo hace o lo hace defectuosamente, su oferta es rechazada conforme a la causal 5 del art. 46 de la Ley, ya que, como veremos más adelante, no existe una causal más propia.

El principio de subsanabilidad de la Ley No. 737, a diferencia del establecido en su legislación homóloga en el ámbito municipal (art. 5 inciso e. de la Ley No. 801), no está integrado al catálogo de principios del art. 6, lo cual debería ser corregido en una eventual reforma, en virtud de la importancia que tiene dentro de los procesos de contratación administrativa.

13. Causales de rechazo de oferta

El rechazo (art. 46 de la Ley) tiene un carácter objetivo, pues va dirigido a la oferta, a diferencia de la descalificación (art. 45 de la Ley) que tiene un carácter subjetivo por dirigirse al oferente.

Por lo general, tanto el rechazo como la descalificación suelen ocurrir inmediatamente después del *examen preliminar*, de manera que la oferta rechazada y el oferente descalificado no pasan a ser evaluados ni técnica ni económicamente. Sin embargo, puede darse el caso de que un rechazo o una descalificación realizadas en el informe preliminar sean revertidas en el dictamen de recomendación, al demostrar el oferente respectivo mediante el recurso de aclaración que no ameritaba ser objeto de rechazo o descalificación.

También puede darse lo contrario, es decir, que una oferta u oferente que haya sido evaluado en el informe preliminar sea objeto de rechazo o descalificación en el dictamen de recomendación, al demostrar otro oferente participante mediante el recurso de aclaración que el evaluado sí ameritaba ser rechazado o descalificado.

En el caso específico de las causales de rechazo de oferta que establece la Ley en su art. 46, se analizan detenidamente las siguientes:

- a) Causal No. 1: Cuando la oferta no estuviese firmada por el oferente o su representante legal debidamente acreditado. Esta causal es complementada por el art. 43 párrafo tercero de la Ley: “No se podrá subsanar la falta de la firma en la oferta”, debiendo entenderse como la ausencia de la misma en el formulario o carta de presentación de la oferta. La falta de firma es considerada como un

atentado contra la firmeza e inalterabilidad de la oferta (art. 41 de la Ley), al carecer ésta del respaldo legal necesario para crear un vínculo jurídico con la entidad contratante.

- b) Causal No. 4: Cuando el oferente no presentare las garantías requeridas. Esta causal, al igual que la primera, es complementada por el art. 43 párrafo tercero de la Ley: “No se podrá subsanar (...) el hecho de no haber presentado la garantía de seriedad de la misma cuando ella se requiera”. Se entiende que una garantía no fue presentada no sólo por estar ausente de la oferta, sino también por su presentación defectuosa. Al igual que la falta de firma, la falta de garantía atenta contra la firmeza e inalterabilidad de la oferta (art. 41 de la Ley), al carecer ésta de un mayor respaldo legal (en el caso de la garantía notariada) y de un respaldo económico (en el caso de la garantía pecuniaria) que asegure que la oferta será honrada.
- c) Causal No. 5: Cuando las ofertas no cumplan con los requisitos esenciales establecidos en el pliego de bases y condiciones. Esta es la causal de rechazo que se utiliza con más frecuencia, ya que se aplica supletoriamente para los casos que no están comprendidos en otras causales específicas.
- d) Causal No. 7: Cuando el oferente no presente las aclaraciones a su oferta en el plazo y condiciones reguladas por el artículo 44 de esta Ley. Esta causal 7 se aplica estrictamente para los casos de aclaración, ya que cita expresamente el art. 44 de la Ley. En los casos de subsanación, se está aplicando la causal No. 5, ya que la Ley no especificó una más propia.

En una eventual reforma a la Ley, la causal No. 7 debería redactarse así: “Cuando el oferente no presente las aclaraciones y/o subsanaciones a su oferta en el plazo y condiciones reguladas por los artículos 43 y 44 de esta Ley”, a fin de reforzar lo dicho por el art. 43 párrafo tercero de la misma Ley: “hecho el requerimiento por la entidad, si el oferente no aporta lo que se le requiera, se rechazará la oferta”. También se cree que debería incorporarse una causal propia para los casos de acreditación de hechos posteriores a la presentación de la oferta, ya que forma parte de las situaciones insubsanables descritas por el mismo art. 43 en su parte in fine.

14. Aplicación supletoria de la Licitación Pública

La Licitación Pública es considerada como la modalidad de contratación por excelencia, siendo ésta la razón de su aplicación supletoria a las demás modalidades en aquello que sea compatible con la naturaleza propia del procedimiento aplicado (art. 84 del Reglamento). Sin embargo, al cumplirse diez años de vigencia del actual marco normativo de las contrataciones públicas, creemos que ya es el momento de que esta aplicación supletoria se reduzca a su mínima expresión, a fin de que se formalice normativamente la identidad propia que cada modalidad ha ido desarrollando a lo largo de esta década.

En ese sentido, la Ley No. 801, pese a que es apenas dos años menor que la Ley No. 737, optó por una técnica legislativa totalmente distinta, al establecer disposiciones comunes (Capítulo V, Sección Segunda) y normas particulares (Capítulo V, Secciones Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta) a sus distintas modalidades, lo cual es mucho más ventajoso.

Basados en nuestra experiencia profesional, se sugiere como *lege ferenda* la inclusión de las siguientes prácticas:

- a) Licitación: Creemos que es más oportuno unificar todo lo relacionado a Licitación en un solo capítulo, salvaguardando, naturalmente, las pocas distinciones procedimentales entre Licitación Pública y Licitación Selectiva.
- b) Contratación Menor: Aunque desde el principio desarrolló su propia identidad y el art. 57 LCASP dispuso expresamente que esta modalidad se regiría por el Reglamento y su normativa correspondiente, es necesario incorporar los recientes cambios que se implementaron con la “Normativa Administrativa para el desarrollo del procedimiento de Contratación Menor”, aprobada mediante Circular Administrativa DGCE-SP-10-2020 del 21 de julio de 2020, cambios entre los que se destaca el plazo máximo de 15 días calendario para la superación de la circunstancia que motive la suspensión de una Contratación Menor (en Licitaciones es de 30 días calendario según el art. 51 párrafo primero de la Ley) y el plazo máximo de 24 horas para que los oferentes respondan aclaraciones a sus ofertas (en Licitaciones es de 2 días hábiles según el art. 44 de la Ley).
- c) Concurso: A nuestro criterio, esta es la modalidad que requiere con más urgencia de una reingeniería total, tomando en cuenta las innumerables confusiones y dificultades que se han suscitado a lo largo de estos años. Debe establecerse un procedimiento claro, preciso, conciso y, sobre todo, ágil y expedito, pues ya no es suficiente con aplicar supletoriamente la Licitación Pública. En el caso de la selección de consultores individuales, proponemos implementar la aplicación supletoria de la Contratación Menor y definir con claridad a qué se refiere el art. 59 numeral 1) de la Ley con “proceso simplificado”. Y en el caso de la selección de firmas consultoras, sugerimos que se elimine la etapa de precalificación por ser excesivamente engorrosa y tardada (casi cuatro meses para llegar a la adjudicación) y se le aplique supletoriamente la Licitación Selectiva. Finalmente, es necesario eliminar el inciso d) del art. 131 del Reglamento que incluye servicios de consultoría dentro de la Contratación Menor, ya que es abiertamente contradictorio al art. 27 numeral 4 de la Ley.

15. Las compras con fondos de caja chica: ¿materia excluida o causal de Contratación Simplificada?

Según Valle, Arrién y Navarro (2011), las materias excluidas (art. 5 de la Ley) obedecen a “situaciones legalmente establecidas cuya fundamentación radique en la imposibilidad de recurrir a los procedimientos ordinarios” (p. 86). Esta “exclusión” debe entenderse específicamente respecto a la Ley No. 737 y nunca del ordenamiento jurídico en general, debido a que son reguladas por otras normas de carácter especial y acordes a su naturaleza.

Respecto a la Contratación Simplificada, somos del criterio de que la Ley No. 737 reviste a esta modalidad de dos supuestos elementales, como son la *taxatividad* (art. 27 numeral 2) y la *excepcionalidad* (art. 58). De acuerdo al espíritu de la Ley, ésta entiende por taxatividad el hecho de que la situación motivadora de la contratación debe estar

íntegramente contenida dentro de las causales estrictamente señaladas en el referido cuerpo legal, sin que exista el más mínimo resquicio de interpretación extensiva, antojadiza o personal de dichas causales; y por excepcionalidad (puesta en mayúscula por el legislador en el art. 58) se entiende de que la contratación debe estar sustentada de tal manera que sea absolutamente imposible satisfacer la necesidad pública por medio de las otras modalidades ordinarias de contratación administrativa. (Medina Arostegui & Torres Castillo, 2021).

Dentro de las causales taxativas para aplicar la Contratación Simplificada, encontramos en el numeral 6 del art. 58 de la Ley a “las compras con fondos de caja chica, las que deberán realizarse conforme a las Normas de Ejecución Presupuestarias y a la reglamentación que dicte cada entidad u organismo del Sector Público”. Si estas compras se registrarán por los procedimientos establecidos en sus normativas específicas, automáticamente se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley No. 737, de manera que esta causal está mal ubicada y debería formar parte del art. 5. En ese sentido, la legislación homóloga en el ámbito municipal superó este defecto y ubicó correctamente estas compras en sus materias excluidas (art. 4 inciso b. de la Ley No. 801), lo cual esperamos que en el futuro sea tomado en cuenta en una eventual reforma a la Ley No. 737.

Pese a esta confusión que lamentablemente pasó por alto durante el turbulento y apresurado proceso de formación de la Ley No. 737, no podemos soslayar que dicha Ley hizo un considerable esfuerzo por superar una vetusta confusión de la legislación anterior entre las materias excluidas y las extralegalmente conocidas como contrataciones directas con exclusión de procedimientos. Muy probablemente, la inclusión de las compras con fondos de caja chica dentro de las causales de Contratación Simplificada fue un rezago de esta confusión. Al respecto, nos dice Arrién (2014):

Como se puede apreciar, la ley 737 ha logrado vencer aquella confusión que había en la ley 323 de contrataciones del Estado, entre materias excluidas y las que popularmente denominábamos como contrataciones directas o con exclusión de procedimientos, en cuanto estaban reguladas al mismo tiempo, en el mismo artículo que las materias excluidas. Hoy con la nueva ley se ha establecido una especie de diferenciación entre ambas figuras, en cuanto a que son excluidas porque se aplica su propia legislación, no así la ley 737 ni su reglamento, y serán directas, término que no existe en dicha normativa, porque se le permite al sector público en determinadas condiciones o en base a ciertas causales contratar directamente obviando procedimientos de competencia, es decir con exclusión de procedimientos (p. 83).

16. Garantías en la contratación administrativa

El administrativista chileno Villar Palasi, citado por Valle, Arrién y Navarro (2011), destaca que las garantías en contrataciones administrativas tienen las siguientes características:

- a) Unilateralidad: ya que solo benefician a una de las dos partes, la Administración, sin que el particular pueda exigirla, a su vez, de aquélla.
- b) Obligatoriedad: a diferencia de las fianzas civiles, que son voluntarias para las partes, las administrativas son obligatorias.
- c) Consustancialidad: a diferencia del Derecho civil, en donde estas garantías son accesorias (por lo que su existencia no influye sobre la validez del contrato principal),

en la contratación administrativa la propia subsistencia del contrato puede depender de la fianza (p. 133).

El art. 65 de la Ley y el art. 207 de su Reglamento, establecen como denominador común de las garantías en la contratación administrativa que las mismas deben ser emitidas por instituciones autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (SIBOIF). La garantía bancaria no ha sido objeto de regulación en nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que su régimen jurídico resulta más bien de los usos y prácticas bancarias, debiendo destacar que esta figura se utiliza tanto en el tráfico interno como internacional. (Castillo Salazar, 2017).

En este sentido, el art. 53 numeral 7 de la Ley No. 561, “Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y Grupos Financieros” publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 232 del 30 de noviembre de 2005, se limita a establecer:

Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: [...]7. Otorgar fianzas, avales y garantías que constituyan obligaciones de pago. Previa verificación de los términos y condiciones pactadas, las fianzas, avales y garantías emitidas por una institución bancaria deberán ser honradas por esta en lo que corresponda, con la presentación del documento original que las contiene y la manifestación del beneficiario acerca del incumplimiento del avalado, afianzado o garantizado. El Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos podrá dictar normas generales que regulen estas operaciones (Medina Arostegui, 2022).

A continuación, se presentan los problemas prácticos que, a nuestro criterio, son los más frecuentes respecto a las garantías en la contratación administrativa y que pueden ser saneados en una eventual reforma a la Ley y su Reglamento:

- a) La necesidad de definir expresamente las formas de emisión de las garantías: Tanto la Ley como su Reglamento se concentraron en la parte subjetiva de las garantías (quiénes las deben emitir), pero guardaron silencio respecto a su parte objetiva (cómo se deben emitir). Por su parte, el art. 179 del Reglamento de la Ley No. 801, publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 24 del 07 de febrero de 2013, es mucho más explícito, ya que menciona, por ejemplo, a los títulos valores, los cuales son frecuentemente utilizados en la práctica para presentar garantías pecuniarias en el Sector Público. Recomendamos que, en una eventual reforma a la Ley No. 737 y su Reglamento, se siga este ejemplo de claridad para erradicar las muchas confusiones que se han dado alrededor de este tema.
- b) La necesidad de definir si los montos garantizados se ejecutarán total o parcialmente: En nuestra experiencia profesional, hemos constatado que las garantías pecuniarias en la contratación administrativa se suelen presentar en cuatro formas: cheques certificados, cheques de gerencia, fianzas y garantías bancarias. Aunque todas cumplen con el requisito de ser emitidas por instituciones autorizadas y supervisadas por la SIBOIF, el problema surge al momento de la ejecución de sus montos garantizados, pues los cheques certificados y de gerencia, por su naturaleza de títulos valores, se deben ejecutar totalmente y sin ningún obstáculo procedimental ante el banco emisor; en cambio, las fianzas y garantías bancarias son sujetas de una ejecución parcial que podrá tasar la entidad emisora durante un proceso previo de reclamo.

Nos dice Castillo Salazar (2017), que, de precipitarse la institución bancaria garante a efectuar el pago sin haber verificado los documentos que acreditan la necesidad de este, podría quedar expuesta a un pago indebido, quedando facultado el cliente a no rembolsar la erogación efectuada por el banco/garante. En este sentido, mediante Circular DS-DL-1504-05-2015/VMUV, de fecha 06 de mayo del año 2015, el Superintendente de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, instruyó a las entidades bancarias, abstenerse de emitir garantías bancarias exigibles a primer requerimiento, con el fin de garantizar el cumplimiento de obligaciones materiales o vinculadas a estas, derivando su cumplimiento, a un procedimiento previo, establecido en la LCASP y su Reglamento.

Esta falta de precisión sobre si ejecutar total o parcialmente los montos garantizados no es sólo un problema práctico, sino que también es un problema jurídico, ya que existe una antinomia a lo interno del inciso c) del art. 215 del Reglamento. Mientras que el enunciado inicial de dicho inciso dice que “la garantía de cumplimiento se ejecutará por el porcentaje objeto de incumplimiento”, el enunciado final expresa que “el monto de las garantías corresponderá íntegramente a la Entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado”. Sin duda, aquí hay un motivo mucho más apremiante para sugerir que en una eventual reforma se haga una reingeniería total a la materia de las garantías, con énfasis en la garantía de cumplimiento. (Medina Arostegui, 2022).

- c) La necesidad de unificar criterio sobre la garantía de cumplimiento en las Contrataciones Menores: Aunque el art. 67 de la Ley exceptúa totalmente a las Contrataciones Menores del requisito de presentar garantía de cumplimiento y el enunciado inicial del art. 210 del Reglamento dice tajantemente “no se constituirán garantías de cumplimiento en los siguientes casos”, el inciso d) de este artículo reglamentario deja abierta la opción de presentar dicha garantía en las contrataciones menores, lo que fue secundado muy ampliamente por la “Normativa Administrativa para el desarrollo del procedimiento de Contratación Menor”, aprobada por la DGCE mediante Circular Administrativa DGCE-SP-10-2020 del 21 de julio de 2020.

Al respecto, coincidimos con Arrién (2014):

Según, Leiva Matamoros (2012) en las contrataciones menores, encontramos una contradicción entre lo planteado en la Ley No. 737 y lo establecido en el Reglamento de la misma, debido a que como se ha señalado, el art. 67 de la Ley No. 737 exceptúa en este tipo de contrataciones la presentación de la garantía de cumplimiento, excepción que confirma el art. 210 de su reglamento, sin embargo en este, se establece un carácter opcional, lo que ocasiona una clara contradicción y un contrasentido entre ambos cuerpos normativos, con posibles consecuencias prácticas. Lógicamente, la ley prima sobre el reglamento, por lo que, en atención a esta, en las contrataciones menores no se debería solicitar la presentación de la garantía de cumplimiento (p. 112).

- d) La necesidad de definir mejor la relación de causalidad entre la rescisión del contrato y la ejecución de la garantía de cumplimiento: El art. 241 párrafo cuarto del Reglamento nos dice que “una vez firme la decisión administrativa de resolver, se procederá a la ejecución de la garantía de cumplimiento”. Ante todo, vale aclarar que, aunque se utiliza el verbo “resolver”, debe entenderse por “rescindir”, pues, como veremos más adelante, existe una contradicción entre la Ley y su Reglamento en el uso de ambos términos.

El sentido del enunciado anterior es que la ejecución de la garantía de cumplimiento siempre seguirá inmediatamente después de la rescisión del contrato. Pero ¿puede ejecutarse dicha garantía sin necesidad de rescindir?

De acuerdo con el art. 211 del Reglamento, se prevé la posibilidad de ejecutar esta garantía sin previa rescisión, pues el párrafo cuarto dice textualmente: “Cuando la ejecución de la garantía de cumplimiento no afecte la continuación de la ejecución del contrato, el contratista deberá rendir una nueva garantía que respalde el cumplimiento de sus obligaciones contractuales durante la vigencia del contrato y hasta su ejecución total”.

No obstante, somos del criterio de que no tiene sentido ejecutar una garantía de cumplimiento si el contrato no ha sido previamente rescindido, ya que se desnaturalizaría totalmente la esencia de la misma garantía, equiparándola prácticamente con una multa que no tendría mayor consecuencia jurídica. En nuestra experiencia profesional hemos constatado que este criterio es compartido, incluso, por las mismas entidades emisoras de las garantías, las cuales han exigido la previa rescisión contractual para dar inicio al proceso de reclamo.

Consideramos que es de imperiosa necesidad que una eventual reforma establezca más claramente que el requisito *sine qua non* para ejecutar la garantía de cumplimiento sea el agotamiento del proceso de rescisión contractual. Sólo así podrá dársele el verdadero sentido a dicha garantía.

- e) La necesidad de una mayor regulación normativa de las garantías adicionales o discrecionales: El art. 69 de la Ley dispone que se podrán establecer otras clases de garantías, tales como: garantía de calidad y rendimiento, garantía contra vicios ocultos y redhibitorios y otras, las que serán emitidas por entidades autorizadas y supervisadas por la Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras, sin darnos mayor explicación al respecto. Recomendamos como *lege ferenda* tomar en cuenta lo dispuesto en el art. 74 de la Ley No. 801, en el cual se estableció claramente el objetivo, porcentaje y forma de presentación de cada una de estas garantías.

17. Formalización contractual

Uno de los grandes logros de la Ley No. 737 fue la prescindencia, salvo cuando lo exija el derecho común, de la escritura pública para la formalización de los contratos administrativos, ratificándolos a éstos como documentos públicos con fuerza ejecutiva y permitiendo al Estado una economía de procedimientos y en consecuencia de costos.

El art. 70 párrafo tercero de la Ley nos dice que, “en los procesos de licitación y concurso, una vez se encuentre firme la resolución de adjudicación, el organismo o entidad contratante deberá 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”.

De la disposición legal arriba referida, en sintonía con el art. 218 del Reglamento, podemos destacar, en primer lugar, la importancia de que el contrato que se firme sea conforme al modelo incluido en las bases de la contratación. Al respecto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia No. 84 de las 10:30 a.m. del 22 de agosto de 2002, estableció en su Considerando II:

El contrato que se firmará entre el oferente ganador y el ente licitador es el mismo que se estableció en las bases. La razón para ello es que todos los oferentes conozcan los términos y condiciones del contrato que se está ofreciendo. El cambiar los términos y condiciones sería en detrimento de los oferentes, quienes, si hubiesen sabido de otros términos, quizás habrían ofertado de diferente manera.

En segundo lugar, tenemos que la formalización de un contrato escrito es obligatoria únicamente en las modalidades de Licitación y Concurso, ya que son las que se rigen, respectivamente, por un PBC y un Documento Base que incluye el modelo de contrato. En las Contrataciones Simplificadas, el mismo artículo expresamente indica que la formalización de contrato escrito es opcional, lo que puede aplicarse también para las Contrataciones Menores al no existir ninguna disposición en la Ley o el Reglamento que obligue a formalizarlo.

Para los casos en que no se requiere de un contrato escrito, la DGCE emitió la Circular Administrativa DGCE-SP-09-2019 del 30 de agosto de 2019, mediante la cual se aprobó un formato de condiciones contractuales que las entidades contratantes tienen la opción de incorporar a las órdenes de compra en datos estructurados, a fin de que éstas puedan contener cláusulas básicas que rijan la ejecución contractual. De la lectura de los artículos 219 y 227 párrafo primero del Reglamento, se infiere que la orden de compra tiene el mismo valor jurídico de un contrato propiamente dicho, aunque sugerimos que, en una eventual reforma, se utilice una redacción más explícita al respecto.

Finalmente, es importante recordar que la palabra "contrato" indica un vínculo y no un documento, de manera que el hecho de que no exista un tipo específico de documento formal no menoscaba la naturaleza del contrato. El art. 2435 del Código Civil de la República de Nicaragua dice textualmente que "contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o aclarar entre las mismas un vínculo jurídico", y el art. 2447 del mismo Código establece los dos requisitos esenciales para su validez: *consentimiento* de los contratantes y *objeto* cierto que sea materia del contrato. Lo que suele cambiar es la *forma*, ya que ésta suele ser impuesta por las leyes o va en dependencia de la relevancia jurídica del caso concreto. (Medina Arostegui, 2022).

18. Potestades administrativas exorbitantes

En los contratos privados, “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a

la moral, ni al orden público”, y “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (arts. 2437 y 2438 del Código Civil de la República de Nicaragua). En cambio, los contratos administrativos rompen totalmente con estos principios civilistas, imponiendo la inalterabilidad de los procedimientos y la irrenunciabilidad de los derechos (art. I párrafo segundo de la Ley) y estableciendo potestades administrativas exorbitantes del Derecho Común con el exclusivo objeto de proteger el interés público (art. 71 de la Ley).

El párrafo introductorio del art. 71 de la Ley establece una diversidad de nombres para referirse a estas facultades inconcebibles en la contratación privada. Al respecto, nos dice Valle (2019):

Del análisis del art. 71 de la Ley No. 737, se evidencia que el legislador, emplea distintos términos para referirse a las prerrogativas, entre ellos sobresalen: “Potestades administrativas exorbitantes” (ubicado en el título del art. 71), “prerrogativas exorbitantes” (ubicado en el primer párrafo del art. 71) y “cláusulas exorbitantes” (ubicado en el séptimo párrafo del art. 71) (p. 124).

Ante esta miscelánea de tecnicismos, coincidimos con dicho autor (2019, p. 125) en que el más apropiado es el de “potestad”, en virtud del “contexto actual en donde, la mayoría de los textos constitucionales vienen sujetando, cada vez más, a la Administración Pública a una serie de principios”, lo que se ha acentuado, en el caso de nuestro país, a partir de la reforma constitucional de 2014.

En el caso del Derecho Administrativo nicaragüense, a partir de la Reforma Parcial Constitucional del año 2014 publicada en La Gaceta, Diario Oficial 32, del Martes 18 de febrero de 2014, artículos como el 131 párrafo cuarto y 160 párrafo tercero, han ubicado a la Administración pública nicaragüense en ese contexto, precisando que ésta sirve con objetividad a los intereses generales, y su actuación se somete al principio de legalidad, eficacia, eficiencia, calidad, imparcialidad, objetividad, igualdad, entre otros, y por todas estas razones, en una próxima reforma a la Ley No. 737, se propone que el término a emplear sea potestad, el cual agrupe a cada una de las potestades concretas - potestad de modificación, de suspensión, de resolución, etc.-, y que la misma Ley sea la encargada de su conceptualización, y de esa forma dejar atrás los términos de cláusulas exorbitantes y prerrogativas (p. 126).

Por otra parte, pareciera que la intención del legislador fue restringir la aplicación de las potestades a los tipos contractuales expresamente citados: contratos de obra pública, arrendamiento, suministro, consultoría y servicios generales. Ante esta duda, consultamos a Mesa de Ayuda de la DGCE, la que nos confirmó que dichas potestades se aplican plenamente a todo contrato administrativo, remitiéndonos a los arts. I párrafo segundo y 79 de la Ley, que nos indican que la naturaleza de un contrato no dependerá de su denominación formal y que los tipos de contratos administrativos regulados en la misma son meramente enunciativos, lo cual no excluye la posibilidad de que se celebre cualquier otro tipo de contrato. No obstante, proponemos como *lege ferenda* que se elimine del art. 71 cualquier mención a tipos contractuales.

En el caso específico de las potestades que establece la Ley en su art. 71, se propone el siguiente análisis:

- a) Potestad para dirigir, controlar y supervisar el contrato: Sobre esta potestad, recomendamos como *lege ferenda* que se incluya dentro de los numerales del art. 71 y no como introducción al mismo, a como lo señala Valle (2019):

Resulta llamativo el hecho que, al momento de la elaboración de la Ley No. 737, el legislador decidió ubicar estas potestades dentro del primer párrafo del artículo antes señalado, lo cual ocasionó que quedasen fuera del listado taxativo de potestades. No obstante, constituyen potestades puesto que están ubicadas dentro del mismo art. 71 de la Ley (p. 129).

- b) Potestad para modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público: Coincidimos con Valle (2019) en que existen dos omisiones dentro de esta potestad que podrían ser subsanadas en una eventual reforma:

La omisión de unir la potestad de modificación contractual a una causa imprevisible –más adelante se verá que el legislador sí la establece como requisito para los casos de la potestad para ampliar unilateralmente los contratos- y la omisión de regular un procedimiento para ejercitar la potestad en análisis (p. 133).

- c) Potestad para ampliar unilateralmente los contratos sin exceder en un veinte por ciento (20%) del valor del contrato original: Al establecer esta potestad en el numeral 2) del art. 71 de la Ley, el legislador se concentró únicamente en disponer la posibilidad de ampliar un contrato hasta el 20%, omitiendo expresarse sobre la posibilidad de disminuir. En ese sentido, consideramos que la Ley No. 737 quedó prácticamente aislada, ya que tanto su legislación antecesora (art. 136 numeral 2 del Reglamento de la Ley No. 323) como su legislación homóloga en el ámbito municipal (art. 89 de la Ley No. 801) permiten expresamente la disminución.

Ante este “aislamiento”, la DGCE, a través de los modelos de PBC, ha incorporado en los modelos de contrato una redacción similar al art. 89 de la Ley No. 801, estableciendo las siguientes condiciones para el aumento o disminución: 1) Que no afecte la funcionalidad de la obra, el bien o el servicio; 2) Que se cuente con la disponibilidad presupuestaria para responder al compromiso; y 3) Que no exceda el límite establecido para determinar el procedimiento de contratación original aplicada. No obstante, es necesario que esto sea formalizado normativamente en una eventual reforma, por lo que secundamos la siguiente recomendación de Valle (2019):

Se recomienda establecer que el monto de la suma de la contratación original, más el incremento adicional de la modificación, no supere el límite previsto por la Ley para el tipo de procedimiento seguido. Este límite estaba previsto en el reglamento de la Ley No. 323, en su art. 136 numeral 3 (p. 135).

- d) Potestad para suspender o resolver el contrato por razones de interés público: En el numeral 3) del art. 71 de la Ley, se agrupan dos potestades en una, teniendo como denominador común las razones de interés público.

Sobre la potestad de suspensión contractual, el legislador no estableció un plazo máximo para la superación de su circunstancia motivadora, a diferencia de la

suspensión del procedimiento de contratación (art. 51 párrafo primero de la Ley). Al respecto, nos dice Valle (2019):

Pese a que el reglamento señala la existencia de la figura jurídica de la suspensión temporal, se omitió establecer un plazo expreso para saber a cabalidad cuándo estamos ante una suspensión de ese tipo. En una futura reforma, por la importancia que reviste la figura de la suspensión temporal del contrato como prerrogativa ligada siempre a otras prerrogativas, habría que desarrollar con mayor precisión su regulación, en temas como sus características y su duración, en pro de una mayor claridad (pp. 137 – 138).

En cuanto a la potestad de resolución, coincidimos con Arrién (2014) en que existe una severa contradicción entre su parte sustantiva regulada en la Ley y su parte procedimental regulada en el Reglamento:

Resulta confuso que el art. 71 de la ley 737, al regular la causal de la resolución del contrato establezca razones de interés público, mientras que al consultar el reglamento de dicha normativa en busca del procedimiento a tramitar, se establezca en su art. 241 el incumplimiento contractual como causal para tal fin, originándose una clara contradicción normativa, en la que si bien prima la ley, el procedimiento estaría en el reglamento, en base a una causal distinta a la establecida en la misma, ¿cómo se resolvería esto? (p. 88).

Esta discrepancia del Reglamento respecto a la Ley afecta también a la siguiente potestad de rescisión, ya que esa fue la destinada originalmente por el legislador para los casos de incumplimiento.

- e) Potestad para rescindir el contrato por incumplimiento del contratista particular de una condición esencial del mismo: En línea similar con la contradicción legal expuesta en la potestad anterior, la Ley y su Reglamento vuelven a contradecirse en cuanto a la parte sustantiva y procedimental, según nos explica Valle (2019):

La potestad de rescisión del contrato administrativo está reconocida en el art. 71 numeral 4 de la Ley No. 737. En el mismo, se regula que la rescisión contractual surge por causas del incumplimiento. Por otra parte, el reglamento regula el procedimiento para rescindir el contrato, específicamente, en el art. 242. No obstante, este último, establece que la rescisión se genera por motivos de caso fortuito y fuerza mayor, generándose una contradicción con la disposición legal del art. 71 numeral 4, que instituye que la causa de la rescisión es el incumplimiento del contratista. Atendiendo al principio de jerarquía normativa del ordenamiento jurídico, la Ley prima sobre el reglamento, no obstante, el procedimiento administrativo está regulado en éste, pero con una causal de distinta naturaleza a la reconocida en la Ley (p. 142).

Esta nueva discrepancia reglamentaria contradice también el art. 76 de la Ley, donde el legislador estableció la figura de la terminación por caso fortuito o fuerza mayor, la cual no tiene absolutamente nada que ver con el incumplimiento.

- f) Potestad de imponer multas y ejecutar garantías: Sobre esta potestad, nuestro cuestionamiento estriba en el hecho de que el art. 211 del Reglamento abre la

posibilidad de hacer uso del arbitraje para el caso de la ejecución de la garantía de cumplimiento. En este sentido, coincidimos con Arrién (2014):

Se permite el uso del arbitraje, pero no se dice si es aplicable en cuanto a decidir si hubo o no incumplimiento o para decidir sobre la ejecución de la garantía señalada, lo cual estaría prohibido por el art. 78 segundo párrafo de la ley 737, en caso del ejercicio de potestades exorbitantes o actos de autoridad del Estado, siendo la ejecución de garantías una de ellas (art. 71 ley 737) (p. 113).

Para finalizar nuestro análisis a la temática de las potestades, el art. 71 LCASP concluye estableciendo la ejecutividad y ejecutoriedad de estas, además de establecer la posibilidad de que sean recurridas en la vía administrativa y jurisdiccional. Al respecto, nos dice Arrién (2014):

Tal y como establece la ley 737 en el sexto párrafo de su art. 71, todas estas prerrogativas son ejecutivas, pero pueden ser recurridas mediante los recursos de revisión y apelación regulados por la Ley No. 290, de Organización, competencias y procedimientos del Poder Ejecutivo hasta llegar a la vía judicial contencioso – administrativa. Hasta aquí todo bien, pero en la parte in fine de dicho párrafo se afirma que la ejecutoriedad del acto administrativo no hace cosa juzgada, lo que tal vez por la redacción, llama la atención, debido a que el acto administrativo se caracteriza por su ejecutividad y ejecutoriedad, y si la ley ya estableció la forma de recurrir contra el mismo, lo lógico es que, agotada la última instancia, o sin haber recurrido en tiempo, el acto administrativo adquiera firmeza y sea ejecutorio. Me parece que sería conveniente una reforma en la redacción técnica de este punto, para dejar claro cuando el acto administrativo es ejecutorio (pp. 89 – 90).

19. Los recursos administrativos de la Ley No. 737 y su Reglamento

Arrién (2014), tomando como referencia a varias sentencias de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, define de la siguiente manera a los recursos administrativos:

Son los medios legales de que disponen los particulares que han sido afectados en sus derechos o intereses por una autoridad administrativa a través de un acto de la misma naturaleza, para que la autoridad competente lleve a cabo la revisión del mismo, a fin de que lo revoque o lo anule de comprobarse su ilegalidad o su inoportunidad (p. 118).

El art. 131 párrafo cuarto de la Constitución Política de la República de Nicaragua, expresa en su enunciado final que “la ley regula el procedimiento administrativo, garantizando la tutela administrativa efectiva de las personas interesadas, con las excepciones que ésta establezca”.

Este procedimiento puede desembocar en el agotamiento de la vía administrativa, cuya definición encontramos en el art. 2 numeral 5) de la Ley No. 350, Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, números 140 y 141 del 25 y 26 de julio de 2000: “Consiste en haber utilizado en contra de una resolución administrativa producida de manera expresa o presunta, o por vía de hecho, los recursos administrativos de Revisión y Apelación, cuando fueren procedentes, de tal forma que dicha resolución se encuentre firme causando estado en la vía administrativa”.

La intención de este agotamiento, conocido también como principio de definitividad, fue particularmente destacada en el Considerando II de la Sentencia No. 220 dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las 08:30 a.m. del 30 de agosto de 2005:

La Doctrina ha sostenido concurrentemente que la exigencia del agotamiento de la vía previa, persigue como finalidades: producir una “etapa conciliatoria” previa a la controversia judicial; dar a la Administración Pública la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover su autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores y reforzar la presunción de legitimidad de los actos administrativos.

La Ley No. 737 y su Reglamento establecen un procedimiento administrativo propio, compuesto por los siguientes recursos:

- a) Aclaración: Se interpone ante el Comité de Evaluación por los oferentes participantes y en contra del informe preliminar o de análisis (art. 111 de la Ley y arts. 116, 297 y 298 de su Reglamento).
- b) Impugnación: Se interpone ante la Procuraduría General de la República (PGR) por los oferentes participantes y en contra de la resolución de adjudicación o de la resolución de declaración desierta (arts. 112 – 114 de la Ley y art. 299 de su Reglamento).
- c) Nulidad: Se interpone ante la Contraloría General de la República (CGR) por los oferentes participantes, cuando la PGR haya declarado sin lugar la impugnación o no haya sido resuelta dentro del plazo señalado (arts. 115 y 116 de la Ley y arts. 300 y 301 de su Reglamento). Con la resolución dictada por la CGR, se agota la vía administrativa.

Habiéndonos empapado sobre los conceptos básicos de los recursos, tanto a nivel del Derecho Administrativo en general como en la materia de contrataciones administrativas en particular, a continuación, se presentan los problemas prácticos más frecuentes que hemos podido constatar, así como nuestra propuesta de *lege ferenda* para resolverlos:

- a) La necesidad de aclarar si es necesario o no agotar el recurso anterior para interponer el siguiente: El art. 110 párrafo segundo de la Ley dispone textualmente lo siguiente: “Por razones de economía procesal y certidumbre jurídica, en el proceso administrativo de contratación, los oferentes que participen en la misma deberán formular oportunamente los recursos en las etapas que sean recurribles. El tránsito a la siguiente etapa del proceso de contratación, sin que hubiere sido formulado el recurso correspondiente, será tenido, por imperio de la Ley, como renuncia de los oferentes participantes a todo reclamo originado por supuestos vicios incurridos en la etapa que precluye”.

Basados en nuestra experiencia profesional, podemos afirmar que no han sido pocas las confusiones que este párrafo nos ha suscitado.

Algunos lo interpretan en el sentido de que los oferentes deben agotar el recurso anterior como presupuesto procesal para interponer el siguiente. Por ejemplo, que es requisito *sine qua non* interponer primero el recurso de aclaración para

luego interponer la impugnación y éste, a su vez, es requisito para interponer el recurso de nulidad, a fin de agotar la vía administrativa y estar habilitados para la vía jurisdiccional. Este es el criterio que maneja la mayoría de oferentes, siendo frecuente que lo plasmen en sus escritos de interposición al estilo de una “reserva de acciones”.

Otros, en cambio, consideran que cada recurso obedece a naturaleza jurídica distinta, de manera que, por ejemplo, no necesariamente un oferente debe recurrir primero de aclaración para ir de impugnación, ya que son de objetos o fines distintos. Este es el criterio de la DGCE de acuerdo con consultas evacuadas en Mesa de Ayuda. Adicionalmente, la Ley nos da los siguientes insumos para reforzar esta postura:

- La existencia de un recurso de objeción al PBC (art. 34 párrafo tercero de la Ley y art. 101 de su Reglamento), el cual, por su naturaleza, peculiaridad y escasa utilización en la práctica, no es imprescindible para el agotamiento de la vía administrativa.
- Las entidades contratantes siempre esperan los tres días para la firmeza y consentimiento de la resolución de adjudicación (art. 48 parte in fine de la Ley y art. 122 párrafo primero de su Reglamento), independientemente si hubo o no un previo recurso de aclaración.
- La Ley establece en su art. 115 la preexistencia del recurso de impugnación como presupuesto procesal objetivo para interponer el recurso de nulidad, aunque a nivel subjetivo no exija presupuesto alguno, ya que permite su interposición a cualquier oferente participante que no necesariamente haya sido el que recurrió de impugnación.

Por nuestra parte, hemos optado por una postura mixta entre las dos interpretaciones anteriores. Reconocemos que cada recurso es distinto en su naturaleza y objeto, y a la vez consideramos que el agotamiento de la vía administrativa debe empezar con el recurso de aclaración. La interposición aislada de un recurso o el salteamiento discontinuo de los mismos puede provocar una desnaturalización de la esencia de la vía administrativa como proceso gradual de revisión y autocontrol de las decisiones de la Administración Pública. Ojalá que en una futura reforma pueda establecerse un criterio único e indubitable sobre este tema.

- b) La necesidad de indicar explícitamente cuáles son las modalidades en las que cabe el recurso de aclaración: La Ley en sus arts. 112 y 115 señala taxativamente que los recursos de impugnación y nulidad, respectivamente, caben en las modalidades de Licitación Pública, Selectiva y Concurso. Sin embargo, guardó silencio respecto al recurso de aclaración.

Pese a este vacío, existen algunos elementos que infieren que este recurso cabe en las mismas modalidades arriba mencionadas. Por ejemplo, el art. 111 de la Ley habla de Comité de Evaluación, órgano evaluador en Licitaciones y Concurso a tenor del art. 15 de la misma Ley, lo que es secundado por el art. 116 del Reglamento al mencionar nuevamente a dicho Comité y al establecer las

disposiciones sobre el informe preliminar o de análisis, siendo éste último un acto propio de la modalidad de Licitación que supletoriamente se puede aplicar al Concurso.

Siendo que estamos ante una ley de orden público (art. 1 párrafo segundo de la Ley), recomendamos que en una eventual reforma se incorporen explícitamente a las modalidades de Licitación Pública, Selectiva y Concurso al artículo regulatorio del recurso de aclaración. (Medina Arostegui, 2022).

- c) La necesidad de establecer disposiciones sobre el retroceso de la vía administrativa al haberse declarado la nulidad parcial por parte de la Contraloría General de la República: El art. 116 parte in fine de la Ley dice textualmente que “con la resolución dictada por la Contraloría General de la República, se agota la vía administrativa” y el art. 301 párrafo primero del Reglamento (numeración modificada por la reforma de 2013) nos dice que “en caso de que la Contraloría General de la República declare la nulidad parcial, mandará al Organismo Contratante evaluar nuevamente las ofertas debiendo continuarse con el proceso de contratación a partir del acto que está siendo declarado nulo”. No obstante, ambas normas no dispusieron nada más sobre cómo proceder ante este retroceso de la vía administrativa.

Al respecto, coincidimos con Arrién (2014):

En cuanto a la posibilidad de retrotraer el procedimiento, comparto la inquietud de Santos Barquero (2014) en cuanto a que podría quedar la inseguridad de si se podría o no volver a interponer los recursos administrativos correspondientes, iniciándose nuevamente el procedimiento de revisión (p. 122).

Esta posibilidad de retrotraer un proceso de contratación desde la cúspide de la vía administrativa hasta el cimiento de la evaluación es una cuestión muy peculiar que muy difícilmente veremos en otras especialidades del Derecho Administrativo. Por tanto, exige imperiosamente de una regulación precisa y explícita por parte del legislador.

Conclusiones

1. La Ley No. 737 como su Reglamento trajeron consigo avances que fortalecieron significativamente la transparencia en la gestión estatal. En el presente artículo hemos destacado los siguientes: la creación e implementación del Sistema de Contrataciones Administrativas Electrónicas (SISCAE), la superación de una vetusta confusión de la legislación anterior entre las materias excluidas y las extralegalmente conocidas como contrataciones directas con exclusión de procedimientos, y la prescindencia, salvo cuando lo exija el derecho común, de la escritura pública para la formalización de los contratos administrativos, ratificándolos a éstos como documentos públicos con fuerza ejecutiva.
2. A lo largo de estos diez años se han podido identificar una serie de dificultades en la aplicación de la Ley No. 737 y su Reglamento. Estas dificultades afectan tanto a las entidades contratantes como sus proveedores, y pueden deberse tanto a contradicciones o vacíos en las referidas normas como a inconsistencias entre lo dispuesto en las mismas y la realidad práctica del día a día.

3. La Ley No. 801, “Ley de Contrataciones Administrativas Municipales”, conforme lo dispuesto en el art. 120 de la Ley No. 737, fue creada con el objetivo de homologar el marco jurídico de la contratación administrativa municipal con el marco jurídico de las contrataciones administrativas del Sector Público. En este proceso de homologación, la Ley No. 801 hizo un considerable esfuerzo por recoger y sanear la mayoría de las deficiencias presentadas por la Ley No. 737 en sus primeros dos años de vigencia, tanto en su técnica legislativa como en la solución de problemas prácticos. Por ello, no dudamos en concluir y recomendar que sea tenida como un importante punto de referencia ante una eventual reforma a la Ley No. 737 y su Reglamento, de tal manera que ahora sea la norma filial quien refuerce a su norma matriz.
4. Debe afianzarse el logro alcanzado hace diez años en dotar a la Ley No. 737 y su Reglamento de un amplio catálogo de definiciones. Sin duda, esto coadyuvará a una mejor aplicación de dichas normas.
5. A fin de fortalecer a los órganos de ejecución, es necesario elevar a rango de Ley la facultad del Área de Adquisiciones de calificar, evaluar y recomendar la mejor oferta en las Contrataciones Menores cuyos montos sean inferiores o iguales a cincuenta mil córdobas (C\$ 50,000.00). También debe eliminarse la figura de la “constitución del Comité Técnico de Contrataciones”, pues no tiene sentido hacer anualmente una resolución que repita lo dispuesto por la Ley y el Reglamento.
6. Debe retomarse la técnica legislativa de la Ley No. 801 sobre la posibilidad de ampliar hasta el 10% del monto máximo de la modalidad respectiva, ya que no han sido pocas las confusiones que en la práctica ha acarreado su actual redacción y ubicación en la Ley No. 737.
7. Es necesario que la Ley No. 737 siga el ejemplo de la Ley No. 801 en indicar claramente cuáles serán las modalidades en las que será obligatoria la elaboración del PBC y que se mencione expresamente cuál será el documento supletorio al PBC en las modalidades donde su elaboración sea facultativa, concediéndole a dicho documento, por imperio de Ley, el mismo valor jurídico del PBC.
8. Sin perjuicio de la debida salvaguarda de las características propias de la Licitación Pública y la Licitación Selectiva, proponemos la unificación de los plazos para evacuar toda consulta, observación, objeción o modificación al PBC, a fin de que éste pueda quedar integrado y firme en un mismo día.
9. La figura del “aviso de licitación”, a nuestro criterio, no hace otra cosa más que provocar un mayor desgaste, en detrimento del principio de eficiencia y de la validez y eficacia de los actos publicados en SISCAE, por lo que recomendamos la erradicación tanto de dicha figura como de los enunciados contradictorios referidos a ella dentro del Reglamento.
10. La redacción del art. 36 de la Ley debe ser armonizada con la experiencia práctica que se ha venido desarrollando, ya que las ofertas tardías, en lugar de devolverse, simplemente no se reciben del todo.

11. La disposición de la Ley No. 801 sobre el acuerdo de consorcio es mucho más precisa que la del Reglamento de la Ley No. 737, a la vez que sostenemos que lo ideal es que se haga en escritura pública.
12. Las figuras de modificación y retiro de ofertas son escasamente utilizadas en la práctica, por lo que su presencia dentro de la Ley debe ser revisada ante una eventual reforma, sin menoscabo de reforzar lo dispuesto sobre la imposibilidad de modificar o retirar una oferta una vez vencido el plazo para su presentación.
13. En estricto derecho y basados en la prevalencia jerárquica de la Ley sobre el Reglamento, el Comité de Evaluación no debe presidir el acto de presentación y apertura de ofertas. No obstante, en atención a la publicidad del acto de presentación y apertura de ofertas en las Licitaciones, puede admitirse la presencia física del Comité, pero sin ninguna participación en dicho acto.
14. Debe hacerse una reingeniería total del plazo de evaluación en las Licitaciones, partiendo de realizar una clara distinción entre la adquisición de bienes y servicios y la contratación de obras públicas.
15. El principio de subsanabilidad de la Ley No. 737, a diferencia del establecido en su legislación homóloga en el ámbito municipal, no está integrado al catálogo de principios del art. 6, lo cual debería ser corregido en una eventual reforma, en virtud de la importancia que tiene dentro de los procesos de contratación administrativa.
16. En nuestra opinión, en una eventual reforma a la Ley, la causal de rechazo No. 7 del art. 46 debería redactarse así: “Cuando el oferente no presente las aclaraciones y/o subsanaciones a su oferta en el plazo y condiciones reguladas por los artículos 43 y 44 de esta Ley”, a fin de reforzar lo dicho por el art. 43 párrafo tercero de la misma Ley: “hecho el requerimiento por la entidad, si el oferente no aporta lo que se le requiera, se rechazará la oferta”. También creemos que debería incorporarse una causal propia para los casos de acreditación de hechos posteriores a la presentación de la oferta, ya que forma parte de las situaciones insubsanables descritas por el mismo art. 43 en su parte in fine.
17. Creemos que ya es el momento de que la aplicación supletoria de la Licitación Pública se reduzca a su mínima expresión, a fin de que se formalice normativamente la identidad propia que cada modalidad ha ido desarrollando a lo largo de esta década.
18. Las compras con fondos de caja chica son una materia excluida y no una causal de Contratación Simplificada, por lo que debe estar ubicada en el art. 5 y no en el art. 58 de la Ley No. 737, siguiendo el ejemplo de la legislación homóloga en el ámbito municipal.
19. Respecto a las garantías en la contratación administrativa, es necesario definir expresamente las formas de emisión de estas, definir si los montos garantizados se ejecutarán total o parcialmente, unificar criterio sobre la garantía de cumplimiento en las Contrataciones Menores, definir mejor la relación de causalidad entre la rescisión del contrato y la ejecución de la garantía de cumplimiento y establecer una mayor regulación normativa de las garantías adicionales o discrecionales.

20. De la lectura de los artículos 219 y 227 párrafo primero del Reglamento, se infiere que la orden de compra tiene el mismo valor jurídico de un contrato propiamente dicho, aunque sugerimos que, en una eventual reforma, se utilice una redacción más explícita al respecto.
21. Sobre lo dispuesto en el art. 71 de la Ley, coincidimos en que el término a emplear sea potestad y se deje atrás los términos de cláusulas exorbitantes y prerrogativas. Debe eliminarse de dicho artículo toda mención a tipos contractuales y debe hacerse una reingeniería total en el catálogo de potestades propiamente dichas.
22. Finalmente, en los recursos administrativos de la Ley No. 737 y su Reglamento, se debe aclarar si es necesario o no agotar el recurso anterior para interponer el siguiente, indicar explícitamente cuáles son las modalidades en las que cabe el recurso de aclaración y establecer disposiciones sobre el retroceso de la vía administrativa al haberse declarado la nulidad parcial por parte de la Contraloría General de la República. (Morales, 2022).

Referencias bibliográficas

- Arrién, J. (2014). Análisis, interrogantes y recomendaciones sobre la Ley de contrataciones administrativas del sector público de Nicaragua. *Revista de Derecho*, (17), 75-129.
- Castillo Salazar, E. (2017). *Derecho Bancario Nicaragüense*. Managua, Nicaragua. Hispamer.
- Circular Administrativa DGCE-SP-09-2019, “Uso Modelo de Condiciones Contractuales en la Orden de Compra en Datos Estructurados”, emitida por la Dirección General de Contrataciones del Estado el 30 de agosto de 2019.
- Código Civil de la República de Nicaragua. Cuarta edición oficial 2019. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 236 del 11 de diciembre de 2019.
- Constitución Política de la República de Nicaragua. Texto íntegro con sus reformas incorporadas. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 32 del 18 de febrero de 2014.
- Decreto No. 21 – 2000, Reglamento General a la Ley No. 323, Ley de Contrataciones del Estado, publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 46 del 06 de marzo de 2000.
- 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.
- Decreto No. 08 – 2013, Reglamento General a la Ley No. 801, Ley de Contrataciones Administrativas Municipales, publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 24 del 07 de febrero de 2013.
- Decreto No. 22 – 2013, reformas y adiciones al Decreto No. 75 – 2010, Reglamento de la Ley No. 737, Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público, publicado en La Gaceta, Diario Oficial, No. 119 del 27 de junio de 2013.
- Ley No. 737, de Contrataciones Administrativas del Sector Público, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 213 y 214 del 8 y 9 de noviembre de 2010.
- Ley No. 801, de Contrataciones Administrativas Municipales, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 192 del 9 de octubre de 2012.
- Medina Arostegui, J. (2022). *Análisis y desafíos: Contratos Administrativos*. 1era edición. Managua, Nicaragua. Gutenberg Impresiones.

- Medina Arostegui & Torres Castillo. (2021). *Comentarios a la Ley de Contrataciones Administrativas del sector público: Nicaragua*. Managua, Nicaragua Gutenberg Impresiones.
- Morales Márquez, O. (2022). *Temas de Derecho Administrativo en Nicaragua*. Managua, Nicaragua. SENICSA.
- Normativa Administrativa para el desarrollo del procedimiento de Contratación Menor, aprobada por la Dirección General de Contrataciones del Estado mediante Circular Administrativa DGCE-SP-10-2020 del 21 de julio de 2020.
- Sentencia CSJ No. 84, Sala de lo Constitucional, de las 10:30 a.m., del día 22 de agosto de 2002.
- Sentencia CSJ No. 220, Sala de lo Constitucional, de las 08:30 a.m., del día 30 de agosto de 2005.
- Torres Castillo, K. (2022). *Curso de Contrataciones Administrativas*, 1era edición. Managua, Nicaragua. SENICSA.
- Valle, D.; Arrien, J. B. & Navarro, K. (2011). *Compendio normativo de contrataciones administrativas*, 2da edición. Managua, Nicaragua: Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana, UCA.
- Valle, K. (2019). Las prerrogativas o potestades exorbitantes reguladas por la ley 737, ley de contrataciones administrativas del sector público y su reglamento. *Revista de Derecho*, (26), 121-148.