

Evolución histórica de la Contratación Administrativa del Estado: la ficción de fiscalizar

Pauni Obregón Ortega *

Resumen. - El Estado tiene el deber de crear un marco jurídico adecuado para seguridad y eficiencia de las Contrataciones Administrativas. No obstante, nuestra historia legislativa nos demuestra que predomina una falta de visión y voluntad para regular lo referente a esta materia, y por consiguiente establecer controles que garanticen la actividad fiscalizadora de los órganos competentes.

La creación de un Estado ágil y eficiente se ha vuelto una prioridad en las últimas décadas, donde la participación de los particulares y la opinión de la sociedad civil son piedras angulares para una adecuada administración. Para ello se necesita armonizar la legislación de acuerdo a las necesidades de la población, involucrando a los diferentes sectores. De esta manera se vuelve necesario establecer disposiciones que reglamenten el comportamiento de la Administración Pública, sobre todo cuando incorpore actividades referentes a la utilización de los bienes estatales.

El Estado, al fungir como sujeto activo de las contrataciones de bienes y servicios debe adecuar sus leyes a los intereses de la nación, convirtiéndose en un ente garante del modelo de desarrollo en las diversas áreas. Por esto mismo deberá también redefinir el rol y perfil de los órganos estatales (parte del proceso de modernización antes mencionado), lográndolo a través de la articulación de un Estado Social de Derecho, donde prevalezcan los principios de igualdad, legalidad y protección.

El incipiente estudio y reglamentación sobre la Contratación Administrativa del Estado Nicaragüense, no contribuye a la transparencia en el manejo de los fondos estatales, por lo que es necesario revisar y establecer mecanismos de control que brinden un ambiente próspero y en igualdad de condiciones para el desarrollo de los individuos y se eliminen discrecionalidades de los funcionarios públicos.

Antecedentes históricos

Nuestro inestable continente se ha caracterizado por tener la más amplia producción de Constituciones en el mundo. La falta de voluntad de diálogo para establecer un consenso entre los diferentes actores sociales y la no-adecuación a las realidades, ha sido factores propicios para estos constantes cambios. Esto se refleja en la poca estabilidad de las instituciones, la fragilidad de la democracia y la fortaleza del autoritarismo característico de nuestros pueblos.

Lo anterior se ajusta a que tradicionalmente se haya incurrido en Reformas Constitucionales, para llenar vacíos y ofrecer una supuesta solidez en el sistema. Pero la mayoría de éstas no lo han

* Docente de la Facultad de Ciencia Jurídica de la UCA.

logrado, porque no han creado instituciones sólidas, jurídicas y políticas, ya que se han limitado a responder a los intereses de los gobernantes. Estos factores han provocado que en Nicaragua se haya tenido que plasmar, en el cuerpo de sus Constituciones, materias que deberían ser objeto de leyes específicas.

La materia de Contrataciones Administrativas no constituye una excepción, por lo que se mantuvo regulada en el ámbito de preceptos Constitucionales - en una Constitución con las características antes mencionadas- los cuales deberían ser complementados con posterioridad con su respectiva Ley y reglamento

Así, desde la Constitución Española de Cádiz de 1812, que rigió a Centroamérica, en su Capítulo VII, arto 131, inciso 18 señalaba que dentro de las facultades de la Corte se encontraba la de “Disponer lo conveniente para la administración, conservación y enajenación de los bienes nacionales”

Tanto la primera Constitución Política del Estado de Nicaragua, de 1826, llamada así por pertenecer todavía a la Federación Centroamericana (Esgueva, 1994:49), como la Constitución del Estado Libre de Nicaragua, de 1938 (*Idem.*112), hacen referencia, de forma superficial y extraída de la Constitución de Cádiz, al uso de los bienes estatales. No obstante, la Constitución Política de 1858, fruto de un acuerdo oligárquico y con la mayor duración en la historia constitucional nicaragüense, en su capítulo XIII: atribuciones del Congreso en Cámara separadas, artículo 42, inciso 14, menciona el establecimiento de reglas para administrar y enajenar los bienes nacionales.

La Constitución “Libérrima”, de 1893, con las reformas de 1896, en el Título VIII: de las atribuciones del Poder legislativo, artículo 82, inciso 39, se faculta al Legislativo para:

aprobar o no los contratos que celebre el Ejecutivo con particulares o compañías, sobre empréstitos extranjeros, colonización, navegación y demás obras de utilidad, siempre que entrañen privilegios temporales y comprometan las rentas públicas y bienes de la Nación, o cuando en ella se disponga de sumas no votadas en el presupuesto.

La Constitución Política de 1905 (Constitución Autocrática), Título VII, arto 62 inciso 36; daba las mismas atribuciones al poder Legislativo, sin embargo quien celebraba los contratos era el Poder Ejecutivo y el Legislativo sólo los aprobaba.

Es a partir de la Constitución de 1939, que se da un avance representativo en materia de Contratación administrativa y manejo de recursos estatales, pues, aunque ésta sigue siendo regulada a nivel Constitucional, se relaciona con leyes fiscales, antepone la aprobación del Congreso en asuntos que “versaren sobre empréstitos, colonización y navegación, o que entrañen privilegios temporales o comprometan o dispongan de bienes de la Nación o de sumas no votadas en el Presupuesto” (Esgueva, 1994:251). Además se contempla la modalidad de subasta, aunque supeditada a la creación de una ley secundaria para suprimir la discrecionalidad en cuanto a la manera de adjudicar un contrato de obras públicas.

Las Constituciones Políticas de 1948, 1950 y 1974 no realizan ningún cambio cualitativo con respecto a las otras.

Debido a que la ley que cita el precepto constitucional para su regulación no fue dictada, la Administración Pública se rigió por las disposiciones del Reglamento del Poder Ejecutivo de 1929 (*La Gaceta*, 1929:2817) y reglamentos de ciertos órganos, como el del Ministerio de Obras Públicas.

El Reglamento del Poder Ejecutivo incorpora un sinnúmero de preceptos que regulan lo referente a las contrataciones administrativas. Por ejemplo, en el artículo 5, que alude a la creación de una Comisión especial técnica, a manera de Consejo de Estado, le brinda la facultad, en su inciso 3, *para estudiar toda iniciativa o contrato de alguna entidad, conciliándolo con la Constitución y leyes vigentes.*

También en sus artículos 82, 83, 84, 85 se estipulan las condiciones indispensables y reglas por las cuales se habrán de regir los contratos celebrados por el Estado con compañías extranjeras: la jurisdicción, derechos y obligaciones entre ambas partes, así como el procedimiento en cuanto a la enajenación o arrendamiento de bienes nacionales. Lo relacionado a la contratación que hace el Estado para la adquisición de bienes de particulares, lo regula el arto.86. Los siguientes artículos (del 87 al 102) se refieren a lo relativo al plazo de la publicación de la licitación, indicando calidades, detalles y objeto de ésta.

Un aspecto importante es al que se refiere el Capítulo XI del Reglamento del Ministerio de Fomento y Obras

Públicas en su artículo 134, inciso 9, donde menciona el beneplácito de éste órgano para aprobar lo referente a los contratos que celebren las Municipalidades.

Con las transformaciones políticas y sociales a partir de la Revolución de 1979, el nuevo gobierno crea la ley, de “Contrataciones administrativas del Estado, entes descentralizados y municipalidades”, en 1981 (*La Gaceta*, 1981:1873). Pero, a pesar de ser la primera ley específica al tema, no fue posible su adecuada aplicación puesto que sólo establecía, en sus escasos 18 artículos, elementos esenciales a los cuales faltaba su reglamentación. Esta fue materializada hasta 1991, una década después, por el Ministerio de Finanzas, para las contrataciones que hiciera el Gobierno Central.

A pesar de que dicho reglamento se promulgó de manera exclusiva para el Gobierno Central, los entes descentralizados, como las Municipalidades, ante los vacíos evidentes, lo utilizaron como un marco de referencia para facilitar las contrataciones y ayudar al desarrollo del ente descentralizado.

La ley y reglamento que rigió las contrataciones administrativas por casi veinte años, realizaba un esfuerzo por crear un marco jurídico de las contrataciones de bienes y servicios, que estructuraba formas de contratación, normas de precalificación, valores, procedimiento para adquisiciones, garantías, recursos, etcétera. Sin embargo, sus amplios vacíos, contradicciones y confusiones ocasionaban que se alejara de sus metas propuestas.

En 1987, la Nueva Constitución Política establece un nuevo capítulo referente a la Contraloría General de la República, que dentro de sus facultades le corresponde (artículo 155 numeral tercero): *El control, examen y evaluación de la gestión administrativa y financiera de los entes públicos, los subvencionados por el Estado y las empresas públicas o privadas con participación de capital público.* De esta forma se crea así el primer órgano facultado por la Constitución para vigilar la adecuada utilización de los bienes estatales para las contrataciones administrativas. Cabe mencionar que la ley de la Contraloría fue promulgada en 1981, y se reformó en 1984. Pero no fue sino hasta 1987, con sus reformas de 1995 y 2000, que se le reconoce como organismo independiente, con autonomía funcional y administrativa, y se le otorga el deber constitucional de rectorar el sistema de control de la Administración Pública y fiscalización de los bienes y recursos del Estado.

Otro avance en materia de contratación se refiere a la *Ley de Disposiciones de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios*, en 1994. Dicha ley sintetiza que cuando se realicen este tipo de enajenaciones cuyo monto exceda lo establecido por la Contraloría, tendrá que ser ratificado por la Asamblea Nacional.

Ante los problemas suscitados para contratar y las exigencias de los avances de la sociedad, era necesario crear un mejor mecanismo que regulara las contrataciones del Estado. Es por eso que, en el año 2000, se promulga la nueva *Ley de Contrataciones del Estado* y su respectivo reglamento, que nos rige en la actualidad. Esta ley logra

contemplar nuevos elementos, como adquisición y arrendamiento de bienes estatales, contratación de servicios complementarios, consultorías, suministro de bienes, etcétera.

Fiscalización vs realidad

Si bien a lo largo de nuestra historia han existido órganos fiscalizadores del Estado, que en un inicio se llamaron: *Tribunal Supremo de Cuentas, Tribunal de Cuentas*, y posteriormente, *Contraloría General de la República*, es hasta mediados de los noventa que se realizan avances significativos de independencia y autonomía en esta materia, en gran medida por las atribuciones de carácter constitucional otorgadas por la Reforma de 1995, donde el ente fiscalizador adquiere mayor funcionalidad y preponderancia. Anteriormente, dichos órganos estaban sometidos a la voluntad política de los gobernantes de la época y la designación de su máxima autoridad se supeditaba a los designios del Poder Ejecutivo, por lo que su lucha contra la corrupción era mínima.

No obstante, en la *Ley General de la Contraloría*, de 1981, con su respectiva reforma de 1984 orienta el marco jurídico para la comprobación del adecuado uso de los bienes y servicios que contrate el Estado. Así, en su reforma al artículo 11 señala que *Toda contratación que entrañe egresos de recursos del sector público y del área propiedad del pueblo será fiscalizada por la Contraloría.* Sin embargo, hasta el año 2000, que rigió dicha disposición, la Contraloría General de la República simplemente se limitaba a realizar exclusivamente funciones preventivas,

por medio de charlas al gobierno, y evaluativas cuando eran de su conocimiento impugnaciones para decretar las nulidades en el procedimiento (Wallace y Obregón, 1999:106).

La disposición a que atañe el artículo anterior indica la presencia o vigilancia del órgano contralor durante el procedimiento administrativo y no hasta que se impugnara, entendiéndose dicho procedimiento administrativo como el conjunto de principios y de formalidades previas que regulan la producción de los actos administrativos unilaterales y las fases previas de los actos bilaterales (cuando aún no se ha intervenido la voluntad de los contratos para perfeccionarlos), desde su iniciación hasta el momento que se dicta, su publicación y ejecución, los recursos a que da lugar y su resolución en sede administrativa (Wallace y Obregón, 1999: 106). Por lo que el mismo ente fiscalizador no cubría a totalidad lo encomendado por la ley.

Esta práctica continúa actualmente, puesto que la reciente *Ley de Contrataciones del Estado*, al reformar de manera tácita la *Ley de la Contraloría* la relega a un campo meramente evaluativo referente a nulidades de los participantes. Estas nulidades se resuelven una vez que se presentan impugnaciones que son resueltas por el Comité Revisor; y si aún persisten, el oferente puede recurrir ante la Contraloría para que suspenda el acto y lo decreta nulo. No obstante existen situaciones en las cuales ya se ha perfeccionado el contrato, pero por desconocimiento de la Contraloría no se realizó con las debidas diligencias. Un ejemplo palpable fue la nulidad decretada por la modalidad de Contratación Directa que

realizó la Empresa Nicaragüense de Telecomunicaciones (ENITEL) con la empresa Central American Construction S.A (MAS TEC S.A), por montos aproximados a los cien millones de dólares. De no ser por las publicaciones periódicas, probablemente se hubiese desconocido dicho contrato (López, 1977; 45).

Asimismo, la Ley de Contrataciones del Estado, que rige en la actualidad, en su arto. 112 crea una contradicción, puesto que dicho artículo establece que los plazos que establece el capítulo de Recursos se aplicarán a la Contraloría “cuando actúe de **oficio** o por denuncia de tercero” ¿Cómo va actuar de oficio, si el caso llega a su conocimiento hasta que se da la impugnación?

Conclusión

Nuestra historia legislativa nos ha reflejado la falta de interés por regular lo referente a las contrataciones administrativas que el Estado realiza y su correspondiente fiscalización. Su principal causa obedece a la rigurosidad en el procedimiento y a la transparencia del manejo de los bienes estatales, vital para el fortalecimiento de instituciones sólidas.

Debido a estas circunstancias, las contrataciones administrativas del Estado habían sido establecidas en el ámbito de preceptos Constitucionales, sin una Ley y Reglamento que desarrollara a fondo la ejecución de estas contrataciones, quedando a merced de las resoluciones internas de la entidad adquirente.

Es hasta el año de 1981, que se da un paso cualitativo al crear la primera *Ley de Contrataciones Administrativas del*

Estado, Entes Descentralizados o Autónomos y Municipalidades en Nicaragua. Es evidente que para el gobierno de turno en la época que fue promulgada, no era prioridad crear un instrumento riguroso y capaz de controlar adecuadamente lo referente a las contrataciones administrativas, ya que para este período se pretendía reestructurar el marco jurídico que había sido implementado por los gobiernos anteriores. Sin embargo, para la consecución de sus fines sólo era necesario un mínimo de estructuración legal para hacer funcionar todo lo referente al aparato estatal: Es así como la Ley referente a la materia antes mencionada, con sus escasos dieciocho artículos, no fue un instrumento eficaz para regular la misma.

Una década después, el siguiente gobierno en turno, debido a la vinculación del Estado con nuevos actores (organismos multilaterales, organismos no gubernamentales, la apertura económica y, consecuentemente, los efectos de la globalización) se vio obligado a implementar políticas y exigencias como la reglamentación a la ley de contrataciones administrativas del Estado, que permitiese la igualdad de oportunidades y condiciones, desarrollando el capital nacional y atrayendo la inversión extranjera. Todo esto, como resultado de la “incipiente democracia” de la que Nicaragua estaba siendo parte. Sin embargo, actualmente, tanto la Ley como el Reglamento se volvieron insuficientes ante las exigencias de los sujetos que intervenían en las contrataciones y necesidades del país.

Es hasta el año 2000, casi veinte años después, que se promulga una nueva ley en la materia, mucho más completa y acorde a las contrataciones modernas, también bajo la presión de organismos internacionales que exigían reglas más claras y transparentes. Sin embargo, los alcances y control que pudiese ejercer el órgano contralor se ven mermados en dicha ley y reglamento. La misma Contraloría presenta índice de conformismo ante este aspecto, por no querer ser juez y parte; pero sus recomendaciones como ente fiscalizador crearían mayor seguridad y eficiencia entre los agentes involucrados

Es lamentable que la creación de un ordenamiento jurídico que regule las contrataciones que realiza el Estado y su fiscalización se presenten ante presiones internacionales y nuestros gobernantes no hayan tenido ni visión ni voluntad de fortalecer el incipiente Estado de Derecho Social que tanto anhelamos.

Nuestra Ley de Contrataciones Administrativas del Estado, debe de constituir un importante y significativo avance que imprima una nueva dinámica a la contratación pública permitiendo consolidar la eficiencia, transparencia y responsabilidad en ese campo de la actuación estatal que se encuentra estrechamente vinculado con la adecuada, oportuna y eficiente prestación de los servicios públicos inherentes a la finalidad social del Estado.

Bibliografía

- NAVAS, JUSTO (Comp.). (2000). *Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*. Managua, Editorial Jurídica, 1ra. ed.

- ESGUEVA G., A. (1994). *Las Constituciones Políticas y sus Reformas en la Historia de Nicaragua*. Managua, El parlamento, 1ra. Ed.
- GONZÁLEZ, N. y ROMERO, E. (1999). "ENITEL no licitó 100 mil líneas", *La Prensa*, Managua, Edición 21580. Pag. 1 y 3A
- NICARAGUA. [LEYES, DECRETOS, ETC.]. (1929). "Reglamento del Poder Ejecutivo". *La Gaceta diario oficial*. Año XXXIII. No. 2817, Managua. Pag. 2825.
- NICARAGUA. [LEYES, DECRETOS, ETC.]. (1981). "Ley de Contrataciones Administrativas del Estado, Entes Descentralizados o Autónomos y Municipalidades". *La Gaceta, diario oficial*. Año LXXXV. No. 702, Managua. Pag. 1873
- NICARAGUA. [LEYES, DECRETOS, ETC.]. (1981). "Ley Orgánica de la contraloría General de la República, del sistema de Control de la Administración Pública y del área Propiedad del Pueblo". *La Gaceta, diario oficial*. Año. LXXXV, No. 16, Managua. Pág. 137.
- NICARAGUA. [LEYES, DECRETOS, ETC.]. (1984). "Reforma a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República". *La Gaceta, diario oficial*. Año. LXXXVIII, No. 1337, Managua. Pág. 1337.
- LÓPEZ, C. M. (1977). "Procedimiento Administrativo". *Revista Encuentro*. No. 45. Managua. Pág. 27
- WALLACE, I. y OBREGÓN, P. (1999). *Análisis a la ley y Reglamento de las Contrataciones Administrativas del Estado, Entes Descentralizados y Municipales Vigente en Nicaragua*. Managua, UCA. Monografía para optar al título de Licenciado en Derecho.