CONTENIDO

I. LACAP comentada

II. RELACAP comentado

ANEXOS

I. Jurisprudencia sobre adquisiciones y contrataciones

II. Normas sobre adquisiciones y contrataciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América

III. Normas Internacionales de Comercio (INCOTERMS)

IV. Casos prácticos

V. Consultorías relativas a órdenes de cambio, ajuste de precios y situaciones similares

VI. Evaluaciones

INDICE

Página

LACAP comentada

DECRETO N° 868
CONSIDERANDO

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO
OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETO DE LA LEY
Objeto de la Ley
Alcance de la Ley
Sujetos de la Ley
Exclusiones
Aplicación de la Ley y su Reglamento

TÍTULO II
UNIDADES NORMATIVA Y EJECUTORAS

CAPÍTULO I
UNIDAD NORMATIVA DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (UNAC)
Política y Creación de la UNAC
Atribuciones de la UNAC
Del Jefe de la UNAC

CAPÍTULO II
UNIDADES DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES INSTITUCIONALES (UACI)
Establecimiento de la UACI
Del Jefe de la UACI
Relación UACI – UFI
Atribuciones de la UACI
Banco de Información
Registro por Incumplimiento de Ofertantes y Contratistas
Registro de Contrataciones

CAPÍTULO III
PROGRAMACIÓN Y PRESUPUESTACIÓN
Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones

CAPÍTULO IV
EJECUTORES DE LAS CONTRATACIONES Y SUS RESPONSABILIDADES
Los Titulares
Competencia para Adjudicaciones y Demás
Seguimiento y Responsabilidad
Comisiones de Evaluación de Ofertas

TÍTULO III
GENERALIDADES DE LAS CONTRATACIONES

CAPÍTULO I
TIPOS DE CONTRATOS
Característica
Contratos Regulados
Régimen de los Contratos
Norma Supletoria

CAPÍTULO II
CONTRATISTAS
Capacidad para Contratar
Impedidos para Ofertar

CAPÍTULO III
DE LA CALIFICACIÓN
Elementos de Calificación y Criterios
Precalificación
Co-calificación
Acuerdo Razonado para Calificar

CAPÍTULO IV
GARANTÍAS EXIGIDAS PARA CONTRATAR
Clasificación
Especies de Garantías
Garantía de Mantenimiento de Oferta
Garantía de Buena Inversión de Anticipo
Garantía de Cumplimiento de Contrato
Efectividad de Garantía
Garantía de Buena Obra
Responsabilidad Contratista y Prescripción

CAPÍTULO V
FORMAS DE CONTRATACIÓN
Formas
Determinación de Montos para Proceder
Determinación de Montos para Contratar

TÍTULO IV
DISPOSICIONES ESPECIALES SOBRE FORMAS DE CONTRATACIÓN

CAPÍTULO I
ACTUACIONES RELATIVAS A LA CONTRATACIÓN
Documentos Contractuales
Bases de Licitación o de Concurso
Contenido Mínimo de las Bases
Otros Contenidos de las Bases
Adjudicación Parcial
Convocatoria y Contenidos
Convocatoria Internacional
Retiro y Derechos de Bases
Adendas, Enmiendas y Notificación
Consultas
Modalidades de Presentación de Ofertas
Apertura Pública de las Ofertas
Prohibiciones
Evaluación de Ofertas
Recomendación para Adjudicación, sus Elementos
Notificación a Participantes
Prohibición de Fraccionamiento

CAPÍTULO II
LICITACIÓN Y CONCURSO PÚBLICO
Licitación Pública
Concurso Público
Suspensión de la Licitación o de Concurso
Requisitos del Ofertante con Representación
Licitación o Concurso con un Participante
Ausencia Total de Participantes
Declaración Desierta por Segunda Vez

CAPÍTULO III
LICITACIÓN Y CONCURSO PÚBLICO POR INVITACIÓN
Lista Corta
Invitación y Bases

CAPÍTULO IV
LIBRE GESTIÓN
Elementos
Anticipos
Prohibición

CAPÍTULO V
CONTRATACIÓN DIRECTA
Elementos
Condiciones
Calificación de urgencia

CAPÍTULO VI
LA NOTIFICACIÓN Y RECURSO
Forma
Domicilio para Notificaciones
Recurso para Resoluciones Emitidas
Interposición del Recurso
Contenido del Recurso

TÍTULO V
DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

CAPÍTULO I
PERFECCIÓN Y FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS
Momento
Citación para Firma del Contrato
Plazo

CAPÍTULO II
EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS
Cumplimiento del Contrato
Prórroga de Contratos por Servicios
Ejecución y Responsabilidad
Multa por Mora
Retrasos no Imputables al Contratista
Seguro Contra Riesgos
Ajuste de Precios

CAPÍTULO III
SUBCONTRATACIÓN
Condiciones y Limitaciones
Subcontratista
Condiciones de Validez

CAPÍTULO IV
DE LA CESACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS
Cesación
Formas de Extinción
Caducidad
Mutuo Acuerdo de las Partes Contratantes
Revocación
Caso Especial
Rescate
Plazo de Reclamos
Efectos de la Extinción

CAPÍTULO V
DE LA NULIDAD
Nulidad de los Contratos
Efecto de la Declaración de Nulidad
Nulidad del Derecho Común

TÍTULO VI
DE LOS CONTRATOS

CAPÍTULO I
CONTRATO DE OBRA PÚBLICA
Elementos
Contrato Llave en Mano
Prohibición Supervisión
Estudio Previo y Obra Completas
Precauciones y Suspensión
Modificaciones Órdenes de Cambio
Seguimiento de la Ejecución
Programación de la Ejecución
Retenciones y Devolución
Terminación de Obra por Fiador
Recepción Provisional
Plazo de Revisión
Recepción Definitiva
Redención de Garantías
Vicios Ocultos de la Obra

CAPÍTULO II
CONTRATO DE SUMINISTRO
Elementos
Oportunidad
Recepción, Incumplimiento y Sanción
Vicios o Deficiencias

CAPÍTULO III
CONTRATO DE CONSULTORÍA
Casos
Requerimientos
Prohibición
Fijación de Precio
Pagos y Retenciones
Caso de Supervisión
Deficiencia y Responsabilidad

CAPÍTULO IV
CONTRATO DE CONCESIÓN
Clases
Concesión de Obra Pública
Concesión de Servicio Público
Concesión de Recursos Naturales y del Subsuelo
Licitación Pública para Concesión
Temporalidad
Competencia y Requerimientos Previos
Requerimientos de Ejecución
Limitaciones

Uso de Bienes del Estado
Bienes Excluidos y Obligaciones
Tráfico en Carreteras y Caminos
Obligación del Concesionario
Otras Obligaciones
Expropiaciones
Exención y Extinción por Caso Fortuito
Derecho de la Institución
Caso de Intervención
Efecto de Incumplimiento
Sanciones
Efecto de Caducidad del Plazo

CAPÍTULO V
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES
Arrendamiento de Bienes Muebles

TÍTULO VII
PROHIBICIONES, INFRACCIONES Y SANCIONES

CAPÍTULO I
SANCIONES A FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PÚBLICOS
Prohibición por Entrega de Bases
Prohibición por Aceptación de Obras
Infracción Grave
Amonestación
Suspensión sin sueldo
Causales de Despido
Procedimiento y Competencia
Comprobación

CAPÍTULO II
SANCIONES A PARTICULARES
Exclusión de Contrataciones
Efecto de no Pago de Multas
Procedimiento

TÍTULO VIII
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

CAPÍTULO I
ARREGLO DIRECTO Y ARBITRAJE
Resolución de Diferencias
Cuando Recurrir al Arbitraje
SECCIÓN I
ARREGLO DIRECTO
Definición
Solución del Arreglo Directo
SECCIÓN II
ARBITRAJE
Arbitraje de Árbitros Arbitradores
Arbitraje con más de un Árbitro

Reclamos en el Arbitraje
Plazos
Remuneraciones

TÍTULO IX
CAPÍTULO UNICO
DISPOSICIONES GENERALES, DEROGATORIAS Y VIGENCIA
Reglamento y Transitoriedad
Transitorio
Carácter Especial de la Ley
Derogatoria
Vigencia

REFORMAS

RELACAP comentado

TÍTULO I
OBJETO, PRINCIPIOS BASICOS, CONVENIOS Y CONTRATOS NO SUJETOS A LA LEY

CAPÍTULO ÚNICO
OBJETO
PRINCIPIOS BASICOS
DE LOS CONVENIOS INTERINSTITUCIONALES

TÍTULO II
UNIDADES NORMATIVA Y EJECUTORAS

CAPITULO I
UNIDAD NORMATIVA DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (UNAC)
JEFE UNAC
REGISTRO NACIONAL DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES

CAPITULO II
UNIDADES DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES INSTITUCIONALES (UACI)
ESTRUCTURA DE LA UACI
ATRIBUCIONES DE LA UACI
JEFE UACI
CONTROL DE INVENTARIOS

CAPITULO III
PROGRAMACION Y PRESUPUESTACION
PROGRAMACION
CONTENIDO DEL PROGRAMA ANUAL DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES
CARACTER PÚBLICO DEL PROGRAMA ANUAL DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES
ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES QUE EXCEDAN EL EJERCICIO FISCAL
VERIFICACION DE ESTUDIOS Y PROYECTOS EN ARCHIVOS

VERIFICACION DE PERMISOS Y LICENCIAS
IMPACTO AMBIENTAL Y PATRIMONIO CULTURAL
CAPITULO IV
RESPONSABILIDADES DE LOS EJECUTORES DE LAS CONTRATACIONES

ELABORACION DE BASES
IMPEDIMENTO PARA SER MIEMBRO DE
LA COMISION DE EVALUACION DE OFERTAS
DESIGNACION

TÍTULO III
GENERALIDADES DE LAS CONTRATACIONES

CAPÍTULO I
DE LOS CONTRATOS
CONTENIDO DE LOS CONTRATOS
CONTRATOS DE DERECHO COMUN E INNOMINADOS
GENERALIDADES DEL ANTICIPO

CAPITULO II
CONTRATISTAS
ACREDITACION DE OFERTANTES

CAPITULO III
DE LA CALIFICACION
OBJETO DE LA CALIFICACION
INFORMACION MINIMA PARA LA CALIFICACION
CONVOCATORIA A PRECALIFICAR
RECEPCION DE INFORMACION PARA PRECALIFICAR
RESPONSABLES DE LA PRECALIFICACION
CASOS EN QUE PROCEDE LA PRECALIFICACION Y LA CO-CALIFICACION

CAPITULO IV
GARANTIAS EXIGIDAS PARA CONTRATAR
DE LAS GARANTIAS
GARANTIA DE MANTENIMIENTO DE OFERTAS
RESGUARDO DE GARANTIAS
PRORROGA DE LAS GARANTIAS
PROCEDIMIENTO PARA PRORROGAR LAS GARANTIAS
EJECUCION DE LAS GARANTIAS

TITULO IV
DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LAS FORMAS DE CONTRATACION

CAPITULO I
ACTUACIONES RELATIVAS A LA CONTRATACION
INICIO PROCESO DE ADQUISICION O CONTRATACION
BASES DE LICITACION O CONCURSO
CONTENIDO DEL EXPEDIENTE DE ADQUISICION O CONTRATACION
CONFIDENCIALIDAD DE LAS BASES
AVISO DE CONVOCATORIA A RETIRO DE BASES
PAGO Y RETIRO DE BASES

CONSULTAS Y ACLARACIONES
ADENDAS O ENMIENDAS
MODALIDADES DE PRESENTACION DE OFERTAS
RECEPCION DE OFERTAS
APERTURA DE OFERTAS
ACTA DE APERTURA DE OFERTAS
FACTORES DE EVALUACION
CRITERIOS DE EVALUACION DE LA CAPACIDAD TECNICA
INFORME DE EVALUACION DE OFERTAS

CAPITULO II
LICITACION Y CONCURSO PUBLICO POR INVITACION
NORMA PARA LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

CAPITULO III
REGLAS DE LA LIBRE GESTION
DEL FRACCIONAMIENTO
COMPROBACION DEL FRACCIONAMIENTO

CAPITULO IV
REGIMEN EXCEPCIONAL
CONTRATACION DIRECTA POR DECLARATORIA DE EMERGENCIA
CONTRATACION DIRECTA POR CALIFICATIVO DE URGENCIA

CAPITULO V
RECURSO
CONTENIDO DEL RECURSO DE REVISION
ADMISIBILIDAD DEL RECURSO
COMISION DE ALTO NIVEL

TITULO V
DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

CAPITULO I
EJECUCION DE LOS CONTRATOS
DE LAS PRORROGAS DE LOS PLAZOS CONTRACTUALES
ACTA DE RECEPCION
RECEPCION PROVISIONAL
CRITERIOS PARA EL AJUSTE DE PRECIOS
PAGO DE MULTA

CAPITULO II
EXTINCION DE LOS CONTRATOS
PROCESO DE EXTINCION
EXTINCION POR FUSION O SEPARACION DE SOCIEDADES
DECLARATORIA DE NULIDAD
CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD

TITULO VI
DE LOS CONTRATOS

CAPITULO I

CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA
ALCANCE DE LA OBRA PÚBLICA
OBRAS POR ADMINISTRACION

CAPITULO II
CONTRATO DE SUMINISTRO
SUMINISTRO DE BIENES MUEBLES
SUMINISTRO DE SERVICIOS

CAPITULO III
CONTRATO DE CONSULTORIA
CONTRATOS DE CONSULTORIAS
RESPONSABILIDAD DE SUPERVISION EN OBRAS

CAPITULO IV
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES
CRITERIOS TECNICOS PARA EVALUACION EN CONTRATACION DE ARRENDAMIENTODE BIENES MUEBLES
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON OPCION DE COMPRA
VIGENCIA

TITULO VII
DISPOSICION GENERAL Y VIGENCIA

CAPITULO UNICO
DISPOSICION GENERAL

ANEXOS

ANEXO I
JURISPRUDENCIA SOBRE LA LACAP

- Es facultad discrecional declarar desierta o adjudicar
- Debe especificarse la evaluación en las bases
- Falta de motivación vicia el acto
- Procede indemnización de perjuicios sin ser mejor oferta
- El contenido de las bases
- El principio de igualdad
- No es legal modificar las bases para favorecer a ofertante
- La revisión del procedimiento de licitación
- La inhabilitación
- La falta de motivación y legal notificación vician el procedimiento
- El contenido de las bases
- Las aclaraciones no pueden modificar el objeto contractual
- Los principios de la licitación pública
- Falta de motivación vicia el acto
- El ilegal la revocación de la adjudicación
- La cesación y extinción de los contratos
- El reclamo de la garantía de fiel cumplimiento de contrato
- Las facultades exorbitantes deben usarse con apego a la legalidad

- El arbitraje no es obligatorio
- Naturaleza jurídica de las bases
- La motivación defectuosa no vicia el acto

ANEXO II
MANUAL DE COMPETENCIAS DE LA LACAP

I. El principio de legalidad de la administración
II. La competencia
III. Las competencias conferidas por la LACAP
    1. Ministerio de Hacienda
    2. La Fiscalía General de la República
    3. UNAC
    4. Titular
    5. Instituciones
    6. UACI
IV. La delegación de competencia
V. Conclusiones

ANEXO III
PRINCIPALES NORMAS DEL TLC REPÚBLICA DOMINICANA–CENTROAMÉRICA–ESTADOS UNIDOS RELACIONADAS CON LAS COMPRAS DE LOS ENTES PÚBLICOS

- Capítulo Dos: Definiciones Generales
- Capítulo siete: Obstáculos Técnicos al Comercio
- Capítulo Nueve: Contratación Pública
- Anexo 9.1.2(b)(i)
- Anexo 9.1.2(b)(ii)
- Anexo 9.1.2(b)(iii)
- Capítulo Dieciocho: Transparencia

ANEXO IV
LOS INCOTERMS NORMAS INTERNACIONALES DE COMERCIO

ANEXO V
CASOS PRACTICOS

ANEXO VI
INFORMES FINALES DE CONSULTORIAS SOBRE PAGO DE OBRA ADICIONAL Y AJUSTE DE PRECIOS

ANEXO VII
EVALUACIONES

DECRETO N° 868

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

I.- Que es necesario actualizar el marco jurídico que regula las adquisiciones y contrataciones de las instituciones de la Administración Pública, con los principios del derecho administrativo, los criterios de probidad pública y las políticas de modernización de la Administración del Estado;

II.- Que es deber del Estado que las adquisiciones y contrataciones de las instituciones de la Administración Pública se realicen en forma clara, ágil y oportuna, asegurando procedimientos idóneos y equitativos:

III.- Que es deber del Estado velar por el uso racional de sus recursos financieros, y para ello es menester la unificación de las normas reguladoras de las adquisiciones y contrataciones dentro de los principios de libre competencia;

IV.- Que en concordancia con lo establecido en el artículo 234 de la Constitución de la República, las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios que realice el Estado, deberán someterse a licitación pública, excepto en los casos regulados por la Ley.

COMENTARIO:
Los considerandos de una ley nos dan una síntesis de la exposición de motivos y de los Principios Básicos a tener en cuenta para la interpretación y aplicación de la misma. Dentro de dichos principios encontramos:

1. La actualización de las normas sobre adquisiciones y contrataciones de acuerdo a los Principios del Derecho Administrativo. Tales principios esencialmente son: el **Principio de Legalidad** consagrado en el artículo 86 tercer inciso de la Constitución de la República (que involucra la normatividad jurídica, la jerarquía normativa, la igualdad jurídica, la razonabilidad y el control judicial), el **Principio de Defensa** de los Administrados, reconocido en el artículo 11 de la Constitución de la República como el Debido Proceso Legal (que incluye el ser oído por las autoridades competentes, la facultad de ofrecer y producir pruebas, el derecho a una decisión fundamentada, el derecho a impugnar decisiones administrativas adversas) y el principio de gratuidad.
2. Los principios de **Probidad Pública, Modernización de la Administración del Estado, Claridad, Agilidad, Oportunidad, Idoneidad y Equidad en los procedimientos, Uso Racional de los Recursos Financieros, Unificación de las normas sobre contrataciones y Libre Competencia,** que de igual forma deben ser el norte que oriente la actividad de los funcionarios y empleados públicos. Sobre este ultimo principio –Libre Competencia- vale la pena mencionar que se funda en el Derecho General de Libertad consagrado en el artículo 8 de la Constitución de la República, razón por la cual, cualquier atentado al mismo, como impedir la participación o afectar la competencia de

forma irrazonable será una afectación directa a tal derecho.

3. A estos se les pueden sumar los principios de **Racionalidad, Austeridad y Transparencia** en el uso de recursos financieros, los cuales son enunciados por el artículo 55 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado.

El Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (en adelante RELACAP), vigente desde el cinco de noviembre de dos mil cinco, retoma y desarrolla en su artículo 2 bajo el acápite de PRINCIPIOS BÁSICOS, los principios siguientes: Publicidad, Libre Competencia e Igualdad, Racionalidad del Gasto Público y Centralización Normativa y Descentralización Operativa.

Algunos de estos Principios ya han sido elevados a categoría legal en los artículos 3 y 4 de Ley en la Ley de Etica Gubernamental. Por su parte el Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centro América y Estados Unidos en su capítulo 18 enfoca el tema de la Transparencia y la corrupción.

Con relación al Principio de Legalidad podemos agregar lo siguiente:

El Principio de Legalidad es el parámetro del actuar de la Administración, pues el **3º inciso del artículo 86 de la Constitución de la República es lapidario al decir:** ***"Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley."***

Tal precepto implica que en un Estado de Derecho la Administración Pública, sea estatal o bajo la forma de entes autárquicos, al actuar, debe hacerlo dentro de los cauces que al efecto dispone el Bloque de la Legalidad de un Estado determinado. Esto implica que tanto sus competencias como sus potestades y actos no pueden ir contra lo dispuesto, expresa y previamente, en disposiciones de carácter general. Los anteriores asertos constituyen la esencia del Principio de Legalidad: La administración no puede actuar si tal actuar no está previamente plasmado en la legislación vigente del Estado. De forma concreta podemos afirmar que si no existe una regulación en la normativa aplicable, incluyendo las bases de licitación, la administración no debiera poder actuar, sobre todo si va a afectar a los administrados.

Así lo ha sostenido la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo al decir refiriéndose al Principio de Legalidad: ***"la Administración sólo puede actuar cuando la ley la faculte, ya que toda acción administrativa se nos presenta como un poder atribuido previamente por la ley, y por ella delimitado y construido."*** (Sentencia del 20 de marzo de 1997).

De igual forma, la doctrina imperante coincide con lo dicho; así, tomando como arquetipo a García de Enterría, vemos que menciona en su "Curso de Derecho Administrativo" que: ***"El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites"*** y continúa diciendo: ***"Toda acción administrativa se nos***

presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido"

En sentido semejante, Roberto Dromi en "El Procedimiento Administrativo" al mencionar los Principios Sustanciales del Procedimiento Administrativo, incluye como arquetipo el Principio de Legalidad, junto a los Principios de Defensa y Gratuidad y más adelante, al referirse casuísticamente al Principio de Legalidad menciona: "***El principio de legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede ser concebido como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia"***

En nuestro medio, en donde ha campeado la ausencia de preceptos legales que informen el actuar de la Administración, es frecuente acudir a las otras fuentes del Derecho como son la Doctrina y la Jurisprudencia. Así, es claro que la jurisprudencia nacional y la doctrina en general reconocen el Principio de Legalidad como el parámetro de la actuación de los entes públicos. Tristemente, algunos funcionarios y empleados públicos muchas veces olvidan que debe existir una labor de investigación para fundamentar su actuación, limitándose a actuar conforme lo que logran entender de la legislación vigente. La nefasta consecuencia es que se ignore los postulados del Principio de Legalidad y se vulnere el orden legal y constitucional en detrimento de los intereses legítimos de los ofertantes y contratistas.

Ente autárquico: son las instituciones creadas por decreto legislativo que tienen personalidad y patrimonio propio (autónomas y municipalidades). Doctrinariamente se les llama así, pues no se considera que sean autónomas, debido a que no pueden formular sus propias leyes y dependen de la Asamblea Legislativa para tal sentido.
Bloque de legalidad: se llama así al conjunto que normas jurídicas que constituyen la legislación de un Estado, algunas de las cuales confieren competencia a los funcionarios públicos.
Competencia: las facultades o potestades que tienen los funcionarios públicos para actuar y obtener los fines estatales.
Los administrados: son los particulares al mantener una relación con las entidades que realizan función administrativa.
Arquetipo: modelo, ejemplo.

LEGISLACION MENCIONADA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

Art. 8.- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.

Art. 11.- Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.
La persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el habeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas. (6)

Art. 86.- El poder público emana del pueblo. Los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes. Las atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas.
Los órganos fundamentales del Gobierno son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.
Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley.

Art. 234.- Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública, excepto en los casos determinados por la ley.
No se celebrarán contratos en que la decisión, en caso de controversia, corresponda a tribunales de un estado extranjero.
Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicará a las Municipalidades.

LEY DE ETICA GUBERNAMENTAL

Principios de la Ética Pública
Art. 4.- La actuación de los servidores públicos deberá regirse por los siguientes principios de la ética pública:

a) Supremacía del Interés Público.
Actuar tomando en consideración que el interés público está siempre sobre el interés privado.

b) Probidad.
Actuar con honradez, integridad, rectitud, respeto y sobriedad.

c) No Discriminación.
Atender a las personas que demandan o solicitan servicios públicos, sin discriminar por motivos de nacionalidad, raza, sexo, religión, ideología política, posición social o económica.

d) Imparcialidad.
Actuar con objetividad y sin designio anticipado en favor o en contra de alguien, que permite juzgar o proceder con rectitud.

e) Justicia.
Cumplir las funciones del cargo, otorgando al público, a los superiores, a los subordinados y al Estado lo que les es debido, según derecho o razón.

f) Transparencia.
Actuar de manera accesible para que toda persona natural o jurídica, que tenga interés legítimo, pueda conocer si las actuaciones del servidor público son apegadas a la ley, a la eficiencia, a la eficacia y a la responsabilidad.

g) Confidencialidad.
Guardar reserva sobre hechos o información lícita, de los que conozca con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones y no utilizarla para fines privados.

h) Responsabilidad.
Disposición y diligencia en el cumplimiento de los actos de servicio, función o tareas

encomendadas a la posición o puesto que se ocupa y disposición para rendir cuentas y asumir las consecuencias de la conducta pública inadecuada o del incumplimiento de sus obligaciones.

i) Disciplina.
Observar estrictamente el cumplimiento de ¡as normas administrativas, respecto a asistencia, horarios y vocación de servicio, atendiendo con responsabilidad y cortesía las peticiones, demandas, quejas y reclamos del público o compañeros de trabajo y superiores así como contestarlas en forma pronta y oportuna.

j) Legalidad.
Conocer y actuar con respeto a la Constitución, la ley Y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

k) Lealtad.
Actuar con fidelidad y respeto a la persona humana, como origen y fin de la actividad del Estado, igualmente con la institución, jefes, compañeros, subordinados, dentro de los límites de las leyes y la ética.

l) Decoro.
Actuar con honor, respeto y debida atención para los ciudadanos que demanden de algún servicio u orientación que esté bajo su responsabilidad, manteniendo, en todo momento, la compostura y respetando las reglas de urbanidad y buena educación.

m) Eficiencia y eficacia.
Cumplir programas y tareas propias del cargo y lograr los objetivos al menor costo para el público y la institución, evitando demoras y atrasos en el trabajo y en el logro efectivo de las tareas encomendadas, así como administrar los recursos evitando el despilfarro.

n) Rendición de cuentas.
Rendir cuentas ante autoridad competente y ante el público cuando sea el caso, por el uso y administración de los bienes públicos a su cargo, por una misión u objetivo encargado.

Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centro América y Estados Unidos.

Capítulo XVIII

Artículo 18.2: Publicación
1. Cada Parte se asegurará que sus leyes, reglamentos, procedimientos, y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en este Tratado, se publiquen a la brevedad o de otra forma se pongan a disposición para conocimiento de las personas o Partes interesadas.
2. En la medida de lo posible, cada Parte deberá:
(a) publicar por adelantado cualquier medida que se proponga adoptar; y
(b) brindar a las personas y Partes interesadas oportunidad razonable para formular observaciones sobre las medidas propuestas.

Artículo 18.4: Procedimientos Administrativos
Con el fin de administrar en forma compatible, imparcial, y razonable todas las medidas de aplicación general que afecten los aspectos que cubre este Tratado, cada Parte se asegurará de que, en sus procedimientos administrativos en que se apliquen las medidas mencionadas en el Artículo 18.2 respecto a personas, mercancías, o servicios en particular

de otra Parte en casos específicos:
(a) siempre que sea posible, las personas de esa otra Parte que se vean directamente afectadas por un procedimiento, reciban conforme a las disposiciones internas, aviso razonable del inicio del mismo, incluidas una descripción de su naturaleza, una declaración de la autoridad legal conforme a la cual el procedimiento es iniciado, y una descripción general de todas las cuestiones controvertidas;
(b) cuando el tiempo, la naturaleza del procedimiento y el interés público lo permitan, dichas personas reciban una oportunidad razonable para presentar hechos y argumentos en apoyo de sus pretensiones, previamente a cualquier acción administrativa definitiva; y
(c) sus procedimientos se ajusten a la legislación interna.

Artículo 18.5: Revisión e Impugnación
1. Cada Parte establecerá o mantendrá tribunales o procedimientos judiciales, cuasijudiciales, o de naturaleza administrativa para efectos de la pronta revisión y, cuando se justifique, la corrección de las acciones administrativas definitivas relacionadas con los asuntos comprendidos en este Tratado. Estos tribunales serán imparciales y no estarán vinculados con la dependencia ni con la autoridad encargada de la aplicación administrativa de la ley, y no tendrán interés sustancial en el resultado del asunto.
2. Cada Parte se asegurará que, ante dichos tribunales o en esos procedimientos, las partes tengan derecho a:
(a) una oportunidad razonable para apoyar o defender sus respectivas posturas; y
(b) una resolución fundada en las pruebas y argumentaciones o, en casos donde lo requiera la legislación interna, en el expediente compilado por la autoridad administrativa.
3. Cada Parte se asegurará de que, con apego a los medios de impugnación o revisión ulterior a que se pudiese acudir de conformidad con su legislación interna, dichas resoluciones sean implementadas por las dependencias o autoridades y rijan la práctica de las mismas en lo referente a la acción administrativa en cuestión.

Sección B: Anti-Corrupción
Artículo 18.7: Declaración de Principio
Las Partes afirman su resolución de eliminar el soborno y la corrupción en el comercio e inversión internacional.

Artículo 18.8: Medidas Anti-Corrupción
1. Cada Parte adoptará o mantendrá las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su legislación interna, en asuntos que afecten el comercio o inversión internacional, a:
(a) un funcionario público de esa Parte o una persona que desempeñe funciones públicas para esa Parte que solicite intencionalmente o acepte, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como favor, promesa o ventaja, para sí mismo o para otra persona, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
(b) cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que ofrezca u otorgue intencionalmente, directa o indirectamente, a un funcionario público de esa Parte o a una persona que desempeñe funciones públicas para esa Parte, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como favor, promesa, o ventaja, para sí mismo u otra persona, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas;
(c) cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que intencionalmente ofrezca, prometa, u otorgue cualquier ventaja pecuniaria indebida o de otra índole, directa o indirectamente, a un funcionario extranjero, para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en la ejecución de las funciones

oficiales, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la conducción de negocios internacionales; y
(d) cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que ayude o instigue, o conspire en, la comisión de cualquiera de las ofensas descritas en los subpárrafos (a) al (c).
2. Cada Parte adoptará o mantendrá penas y procedimientos adecuados para hacer cumplir las medidas penales adoptadas o mantenidas de conformidad con el párrafo 1.
3. En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las empresas, la Parte velará por que éstas empresas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, para cualquiera de las ofensas descritas en el párrafo 1.
4. Cada Parte se esforzará por adoptar o mantener las medidas apropiadas para proteger a aquellas personas que, de buena fe, denuncien los actos de soborno o corrupción descritos en el párrafo 1.

REGLAMENTO DE LA LEY ORGANICA DE ADMINISTRACION FINANCIERA DEL ESTADO

De la Adquisición de Bienes y Servicios.
Art. 55.- Las Instituciones del Sector Público no Financiero, para efectos de la adquisición de bienes, servicios y equipo, deberán sujetarse a las respectivas disposiciones que para tal efecto establezcan las normas legales vigentes, cumpliendo además con los principios de racionalidad, austeridad y transparencia en el uso de los recursos financieros.

POR TANTO:
en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de la República, por medio del Ministro de Hacienda y de los diputados Juan Duch Martínez, Julio Antonio Gamero Quintanilla, Julio Eduardo Moreno Niños, Alejandro Dagoberto Marroquín, Hugo Molina, José Mauricio Quinteros, Jorge Alberto Villacorta, Lorena Guadalupe Peña, Alejandro Rivera, Gerson Martínez, Kirio Waldo Salgado Mina, René Aguiluz Carranza, Donal Ricardo Calderón Lam, Humberto Centeno, Mariela Peña Pinto, René Figueroa, José Roberto Larios, Roberto José D'Aubuisson, Norman Quijano, Luis Alberto Cruz, Salvador Horacio Orellana, Mauricio Aguilar, Jorge Alberto Muñoz, Gerardo Escalón, René Oswaldo Rodríguez, Olme Remberto Contreras, Renato Antonio Pérez, Nelson Funes, Amado Aguiluz, Hermes Alcides Flores, Olga Ortíz, Gloria Salguero Gross, Walter Araujo Morales, María Elizabeth Zelaya, Ismael Iraheta Troya, Orlando Arevalo, Guillermo Magaña, Sigifredo Ochoa Pérez y Gerardo Antonio Suvillaga.

DECRETA: la siguiente;

LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO ÚNICO
OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SUJETO DE LA LEY

Objeto de la Ley
Art. 1.- La presente Ley tiene por objeto regular las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios, que deben celebrar las instituciones de la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines; entendiéndose para los alcances y efectos de ésta, que la regulación comprende además los procesos enunciados en esta Ley.

COMENTARIO:
Este artículo enuncia el objeto o razón de ser de la LACAP: la regulación de las adquisiciones y contrataciones que realiza la Administración Pública para cumplir sus fines. Debemos destacar tres elementos:

Administración Pública: El Estado tiene elementos básicos: el territorio, la población, el orden legal y el poder público. Este último se desenvuelve por dos vertientes, que son el gobierno y la administración. Esta ha sido conceptualizada por Escola desde un punto de vista objetivo, como aquella función del Estado que consiste en una actividad concreta y continuada, práctica y espontánea, de carácter subordinado, que tiene por objeto satisfacer de forma directa e inmediata las necesidades colectivas y el logro de los fines del Estado, dentro del orden jurídico y con arreglo a éste. Por su parte Garrido Falla nos plantea una idea subjetiva al decir: Conjunto de órganos o entes que constituyen el sujeto de la actividad administrativa. Sobre la Función Administrativa y Organización Administrativa salvadoreña puede consultarse un excelente trabajo realizado en el libro "Génesis del Derecho Administrativo en El Salvador" del Licenciado Ricardo Antonio Mena Guerra, quien al respecto manifiesta:

"Consideramos que la Administración Pública no puede circunscribirse únicamente a una entidad o a entidades estatales, ya que como la misma ley salvadoreña lo reconoce, la actividad administrativa supera los limites del mismo órgano ejecutivo y sus dependencias, llegando (aun excepcionalmente) a las esferas de aplicación de otros órganos del Estado como lo son el Legislativo y el Judicial; por ende, por razones pragmáticas es menester visualizar a la Administración Pública como una actividad o función que desarrollan los órganos del Estado.
Es significativo aludir que la Constitución salvadoreña no define a la "Administración Pública", es más, cuando nuestra ley primaria utiliza este término, en los artículos 131, 159, 167 ord. 6°, 169, 194 ord. 7° y 219 inc. 2°, pareciera que lo hace como sinónimo del Órgano Ejecutivo. Sin embargo, como ya lo anticipamos, la ley que desarrolla la competencia contencioso-administrativa amplía los alcances de la Administración Pública, desde un punto de vista objetivo, es decir, como equivalente a función administrativa. Postura que compartimos.
No obstante, el Derecho Administrativo debe comprender, no sólo la regulación de la función administrativa, sino además, toda la estructura y competencia de los órganos que la ejercen primordialmente".

Fines de la Administración Pública: Entonces, los fines de la Administración Pública, serán los mismos fines estatales. Estos fines están enumerados esencialmente en el Preámbulo y el artículo 1º de la Constitución de la República:

a) Respeto a la dignidad de la persona humana;
b) Construcción de una sociedad mas justa, esencia de la democracia;
c) El espíritu de libertad y justicia;
d) Que El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado;
e) Que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común; y,
f) Que es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

Como es evidente, lo esencial de los fines estatales es que la actividad estatal y por ende la administración, debe tener por objeto el reconocimiento y respeto de la persona humana. De ahí se deduce que los procedimientos de adquisiciones y contrataciones deben ser con apego al respeto a la persona humana, proscribiendo la corrupción como un crimen lesa humanidad y proclamando la transparencia institucional para que la sociedad civil controle la actuación estatal.

Adquisiciones y Contrataciones: la primera impresión al ver ambos términos en la ley es considerar que es una repetición. La verdad es que la adquisición, por ser en el área de los contratos administrativos, esencialmente una compraventa, se incluye dentro de las contrataciones. A forma de aclaración, debe considerarse que el objetivo del legislador fue diferenciar las relaciones jurídicas que pueden surgir después de los procedimientos de selección de contratistas: a) adquisiciones, para referirse a lo que esencialmente son compraventas cuyo objeto contractual es real (suministro de bienes muebles, obras en el caso que el constructor o contratista proporcione el material de acuerdo al artículo 1784 del Código Civil) y b) contrataciones, para las otras estipulaciones en los que el objeto contractual es personal: suministro de servicios, consultorías, obras si el contratante o quien ordena la obra proporciona el material, concesión, etc.

Al respecto, el artículo 2.1 del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, al definir contratación pública, menciona: *"contratación pública significa el proceso mediante el cual un gobierno obtiene el uso de o adquiere mercancías o servicios, o cualquier combinación de éstos, para propósitos gubernamentales y no con miras a la venta o reventa comercial o con miras al uso en la producción o suministro de mercancías o servicios para la venta o reventa comercial".*

LEGISLACION MENCIONADA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA
Art. 1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del

Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.
Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.
En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

CODIGO CIVIL
Art. 1748.- Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.
Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no.
Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.
Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario de venta.
El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen.

Alcance de la Ley
Art. 2.- Quedan sujetas a las disposiciones de esta Ley:

a) Las adquisiciones y contrataciones de las instituciones del Estado, sus dependencias y organismos auxiliares, de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, inclusive la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social;
b) Las adquisiciones y contrataciones de las entidades que comprometan fondos públicos; y,
c) Las adquisiciones y contrataciones costeadas con fondos municipales, las que podrán ejecutar obras de construcción bajo el sistema de administración, a cargo del mismo Concejo y conforme las condiciones que señala esta ley.(2)
A los órganos, dependencias, organismos auxiliares y entidades a que se hace referencia, en adelante se les denominará "Instituciones de la Administración Pública" o solo "las instituciones."

COMENTARIO
En este artículo se hace referencia a las personas de derecho público como sujetos de la ley. Se establecen dos criterios de inclusión: a) el subjetivo, en el sentido que por regla general, todas las adquisiciones y contrataciones que realicen los entes públicos quedan sujetas a la LACAP, dando por entendido que las mismas deben satisfacer los fines públicos, y b) el financiero o fiscal, en el sentido que todas las compras que se realicen con fondos públicos deben estar sujetas a la LACAP. Esto plantea una situación interesante: un ente no estatal si utiliza fondos públicos para una contratación que tenga una finalidad pública, deberá aplicar la LACAP. Un ejemplo de esto fue la Institución Salesiana, que en ocasión de los XIX Juegos Deportivos Centroamericanos, tuvo a su cargo la construcción de polideportivos con fondos de préstamo a sufragarse por el Estado, razón por la cual, siendo una institución no estatal aplicó la LACAP.

Especial atención merece el literal c) en el cual con una redacción no muy feliz, se pretendió conservar la facultad de realizar ***"obras por administración"*** por los municipios. Debe aclararse que el objeto de la LACAP son las adquisiciones y contrataciones y que las obras por administración en sí no son contrataciones estatales. No debe confundirse con las compras de material para realizar las obras, que serán contrato de suministro. Pero la obra en sí, no se ha contratado con nadie. Veamos un ejemplo: si usted en su casa desea construir una jardinera, puede contratar a un albañil o hacerlo usted mismo. Ese hacerlo usted mismo es la esencia de las obras por administración. Si lo hace usted mismo, comprará material, pero la obra en sí la realiza usted. En el caso de las instituciones, si éstas, con su personal o con ayuda de la comunidad realizan obras, no celebran contrato de obra con nadie, por ende, tal situación no está regulada por la LACAP, cuyo objeto es normar las adquisiciones y contrataciones de los entes públicos. La base legal de tal afirmación son los artículos 69 RELACAP, 56 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado y el artículo 137 inciso 3º de las Disposiciones Generales de Presupuestos (vigente aún pues al no referirse a compras y suministros no se incluyó en la derogatoria del literal c) del artículo 174 LACAP). De igual forma, esta situación es regulada por la norma técnica 6-12 de las Normas Técnicas de Control Interno emitidas por Corte de Cuentas de la República, las cuales son de vigencia temporal hasta que cada institución emita sus propias normas técnicas en las que podrá normarse de forma detallada tal situación.

Sistema de obras por administración: realizar obras por el sistema de administración, implica no contratar a un constructor para la misma, sino que es la institución quien junto a la comunidad las ejecuta. Siempre debe existir un director de la obra y una supervisión que garantice el cumplimiento de las normas técnicas para la seguridad y funcionabilidad de la obra.

LEGISLACION MENCIONADA
REGLAMENTO DE LA LEY ORGANICA DE ADMINISTRACION FINANCIERA DEL ESTADO

Art. 56.- Los recursos que las Instituciones del Sector Público no financiero demanden para la ejecución de Obras de Construcción y Proyectos de Inversión por el Sistema de Contrato, deberán consignarse en la Programación de la Ejecución Presupuestaria, de acuerdo a la calendarización de pagos a los contratistas. En tal sentido, las unidades responsables de este tipo gastos, tomarán en consideración las fechas, tanto de inicio como de finalización de las obras y/o proyectos; así como la programación y calendarización del avance físico.
Cuando se trate de Proyectos y Obras de Construcción nuevas, podrán autorizarse recursos en concepto de anticipos, siempre y cuando haya sido otorgada previamente la orden de inicio de la obra respectiva.
Para las obras que se efectúen por el Sistema de Administración, se deberá solicitar los recursos necesarios para cubrir su realización, conforme al avance físico y de acuerdo con la Programación de la Ejecución Presupuestaria; además deberán disponer de controles adecuados para la adquisición, recepción, almacenaje y consumo de materiales a efecto de evitar compras innecesarias.

Para la autorización de los recursos es necesario que las Unidades Ejecutoras remitan a la Dirección General, la información mensual o trimestral relacionada con la ejecución de las obras y/o Proyectos.

DISPOSICIONES GENERALES DE PRESUPUESTO
Construcciones, Reparaciones y Mejoras de Bienes Inmuebles Fiscales
Art. 137.- Las construcciones, reparaciones, mejoras y acondicionamiento de bienes inmuebles fiscales, cuyos gastos se apliquen a las respectivas asignaciones de los distintos ramos de la Administración Pública, podrán efectuarse por contrato celebrado con personas particulares o por el sistema de administración de la oficina interesada.

Sujetos de la Ley
Art. 3.- Quedan sujetos a esta Ley, además, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, al ofertar o contratar obras, bienes y servicios requeridos por las instituciones de la administración pública.
También, se sujetan a esta Ley la unión de varios ofertantes, sin que ello implique contratar con una persona diferente. Para utilizar este mecanismo, será necesario acreditar ante la institución contratante, la existencia de un acuerdo de unión previamente celebrado por escritura pública, en el que se regulen, por lo menos, las obligaciones entre los sujetos y los alcances de su relación con la institución que licita.
Las personas naturales o jurídicas que formen parte de la unión, responderán solidariamente por todas las consecuencias de su participación y de la participación de la unión en los procedimientos de contratación o en su ejecución.
El ofertante que formase parte de una unión, no podrá presentar otras ofertas en forma individual o como integrante de otra unión, siempre que se tratare del mismo objeto de contratación.

COMENTARIO
Esta disposición plantea la inclusión de entes privados o no estatales como sujetos de la LACAP. En su primer inciso aclara que quedan sujetas “además” las personas naturales y jurídicas, sean éstas nacionales o extranjeras, solo por el hecho de ofertar o contratar con los entes públicos. Es que la LACAP, al ser una ley de derecho público, regula esencialmente a los entes públicos, pero de forma excepcional, quedan sujetas las personas naturales o jurídicas no públicas al darse los presupuestos legales: el acto de oferta o la contratación, que son manifestaciones de la voluntad libre de querer someterse a tal régimen.
De igual forma, se plantea otro sujeto no público de la LACAP: la unión de ofertantes. Aclaremos que esta unión no configura un nuevo ente jurídico y que pueden ser varios ofertantes los que constituyan la unión. El acuerdo de unión debe constar en escritura pública en la que se regulen las obligaciones entre los sujetos y los alcances de su relación con la institución. Sin embargo, los que constituyan la unión son responsablemente solidarios frente a la institución, lo que constituye una diferencia sustancial con la subcontratación, en la cual es el contratista quien responde únicamente frente a la institución. El participar en una unión de ofertantes tiene un justo efecto restrictivo consistente en que los que conforman la unión no deberán presentar ofertas de forma individual o formando parte de otra unión. Para

esto debe concurrir una condición básica: que sea el mismo objeto contractual. Entonces, si existe la posibilidad de adjudicación parcial, un integrante de la unión de ofertantes podrá presentar su oferta si el item u objeto contractual es diferente al que se oferta en conjunto, aunque sea la misma licitación.
Una duda frecuente es cuál debe ser la exigencia de documentos legales, técnicos o financieros a los integrantes de la unión de ofertantes. La verdad es que al no constituir un nuevo ente jurídico, se deberían realizar las mismas exigencias a todos los integrantes. Sin embargo, en las bases de licitación, si la institución lo considera administrativamente conveniente y lo justifica, se podrán regular exigencias diferenciadas. Todo preservando el derecho de igualdad regulado en el artículo 3 de la Constitución de la República.

LEGISLACION MENCIONADA
CONSTITUCION DE LA REPUBLICA

Art. 3.- Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.
No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios.

Exclusiones

Art. 4.- Quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Ley:

a) Las adquisiciones y contrataciones financiadas con fondos provenientes de Convenios o Tratados que celebre el Estado con otros Estados o con Organismos Internacionales, cuando así lo determine el Convenio o Tratado, y en su defecto se aplicará la presente Ley;
b) Los convenios que celebren las instituciones del Estado, entre sí; en lo que no se oponga a los objetivos de la presente ley;
c) La contratación de servicios personales que realicen las instituciones de la Administración Pública, ya sea por el sistema de Ley de Salarios, Contratos o Jornales.

COMENTARIO

La presente norma establece tres contrataciones que no se van a regular por la LACAP, pues tienen su particular normativa: en primer lugar quedan fuera del ámbito de la ley dos contratos administrativos: a) los contratos interadministrativos, es decir, aquellas contrataciones que independientemente de su objeto realicen las instituciones de la administración pública entre sí, llamados en el literal b), convenios (ver artículo 3 RELACAP); y, en el literal c) el contrato de función o empleo público, que plantea la prestación de servicios personales de forma permanente y sujeta a subordinación, la que en nuestro medio tiene diversas regulaciones (Ley del Servicio Civil, Código de Trabajo, Disposiciones Generales de Presupuestos, Ley de la Carrera Administrativa Municipal, etc.).
En el literal a) se plantea una exclusión, que por estar contenida en el artículo 144 de la Constitución de la República, se podría considerar innecesaria: De conformidad a la Constitución, los convenios o tratados celebrados con el Estado de El Salvador, son leyes de la República y en caso de oposición, prevalecen sobre aquellas. Con tal

lógica, los convenios o tratados que entren en conflicto con la LACAP, prevalecerán sobre ella. Un ejemplo son los préstamos internacionales, pero se aclara que una de las partes firmantes debe ser el Estado, sea como deudor principal o como caucionero de otra institución, **es** decir, deben ser ratificados por la Asamblea Legislativa.

Es necesario plantear las diferentes vías de conflicto que pueden darse: a) que el convenio o tratado expresamente diga que no se aplique la LACAP (como es el caso del Convenio de FOMILENIO) o que se aplicará él por sobre cualquier norma legal interna para la regulación de las adquisiciones y contrataciones que se financien con los fondos; y, b) que sin decirlo expresamente, planteen regulaciones al respecto, por ejemplo, detallando los procedimientos de selección de contratista, las formas de evaluación, etcétera.

En todo caso, debe tenerse en consideración la norma final del literal a) en comento: ***"en su defecto se aplicará la presente ley".*** Es decir, para todo lo que no esté regulado por el convenio, la LACAP es norma supletoria. Tal disposición está en consonancia con el espíritu de las normativas de compras del BID, BIRF, BCIE, etc. que son respetuosas de la legislación doméstica. En consecuencia, la LACAP se aplicará para regular lo no dispuesto en los convenios o tratados.

Especial aclaración merece lo relativo a las normativas del BID, BIRF, etc. dada la confusión muy común de considerarlas con una jerarquía normativa superior a la LACAP. Dichas normas no forman parte de nuestro sistema legal, salvo que un convenio o tratado de préstamo o donación haga expresa referencia a ellas como normativa aplicable, en cuyo caso, en virtud del artículo 144 de la Constitución de la República y 4 literal a) LACAP, en caso de contradicción, prevalecerán sobre ésta así como por sobre cualesquier otra ley. Pero por si mismas no tienen mayor jerarquía que ninguna norma de carácter general. Deben expresamente mencionarse, de lo contrario sólo tienen valor ilustrativo o didáctico. Una conclusión ineludible es que ante la duda de cuál normativa aplicar debe revisarse lo pactado en el convenio o tratado de préstamo o donación, los cuáles aparecen publicados en el Diario Oficial, actividad que en aras de la transparencia, debe ser fomentada por las instituciones nacionales que administran fondos de préstamos o donaciones.

Además de lo anterior no puede olvidarse que dado que a los administrados se les reconoce el Derecho de Defensa en el artículo 11 la Constitución de la República, aún cuando los convenios no contengan normas sobre recursos administrativos, éstos no pueden obviarse. Es decir, si el convenio no tiene normas sobre recursos, no puede tomarse como que no los reconoce, pues los recursos derivan del derecho de defensa consagrado en la Constitución que prevalece sobre los convenios. En tal sentido, siempre será aplicable el Recurso de Revisión regulado en el artículo 76 LACAP, aún cuando no se haga referencia a él. También debe aclararse que cuando los convenios establecen instancias de quejas dentro de los mismos organismos internacionales, esos no son recursos. El recurso administrativo debe interponerse y ventilarse ante la autoridad que emitió el acto administrativo, es decir, ante quien adjudicó.

Un ejemplo de convenio que prevalece sobre la LACAP es el capítulo nueve del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, relativo a la contratación pública, el cual se transcribe.

LEGISLACION MENCIONADA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.

Art. 144.- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.
La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Art. 11.- Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.
La persona tiene derecho al habeas corpus cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el habeas corpus cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas. (6)

Tratado de Libre Comercio
Capítulo Nueve: Contratación Pública

Artículo 9.1: Ámbito de Aplicación y Cobertura

1. Este Capítulo se aplica a cualquier medida, incluyendo cualquier acto o directriz de una Parte, relativo a la contratación cubierta.

2. Para los efectos de este Capítulo, **contratación cubierta** significa una contratación de mercancías, servicios, o ambos:
   a. a través de cualquier medio contractual, incluyendo la compra, el alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción-operación transferencia y contratos de concesión de obras públicas;
   b. listada y sujeta a las condiciones estipuladas en el:
      i. Anexo 9.1.2(b)(i) que aplicará entre los Estados Unidos y cada una de las otras Partes;
      ii. Anexo 9.1.2(b)(ii) que aplicará entre las Partes Centroamericanas; y
      iii. Anexo 9.1.2(b)(iii) que aplicará entre cada Parte Centroamericana y la República Dominicana.
   c. que se lleva a cabo por una entidad contratante; y
   d. que no esté excluida de la cobertura.

3. Este Capítulo no se aplica a:
   a. acuerdos no contractuales o cualquier forma de asistencia que una Parte o una empresa del Estado otorgue, incluyendo donaciones, préstamos, transferencias de capital, incentivos fiscales, subsidios, garantías, acuerdos de cooperación, suministro gubernamental de mercancías y servicios a personas o gobiernos estatales, regionales o locales, y compras con el propósito directo de proveer asistencia extranjera;
   b. compras financiadas por préstamos o donaciones a favor de una Parte, incluyendo una entidad de una Parte, por una persona, entidades internacionales, asociaciones, u otra Parte, o no Parte, en la medida en que las condiciones de dicha asistencia sean inconsistentes con este Capítulo;
   c. la contratación de servicios de agencias o depósitos fiscales, servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reguladas y servicios de venta y distribución para la deuda pública;
   d. la contratación de empleados públicos y medidas relacionadas con el empleo;

e. cualquier mercancía o servicio que forme parte de cualquier contrato que una entidad contratante que no esté listada en las Secciones de la A a la C del Anexo 9.1.2(b)(i), 9.1.2(b)(ii) y 9.1.2(b)(iii) adjudique; y
f. compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables que sólo concurran por un plazo muy breve, tales como enajenaciones extraordinarias realizadas por empresas que normalmente no son proveedoras o a la enajenación de activos de empresas en liquidación o bajo administración judicial.

4. Cada Parte deberá asegurar que sus entidades contratantes cumplan con este Capítulo en cualquiera de las contrataciones cubiertas.

5. Cuando una entidad contratante adjudica un contrato en una contratación que no esté cubierta por este Capítulo, nada en este Capítulo podrá interpretarse en el sentido de abarcar la mercancía o servicio objeto de dicho contrato.

6. Ninguna entidad contratante podrá preparar, diseñar, estructurar o dividir un contrato de compra con el fin de evadir las obligaciones del presente Capítulo.

7. Ninguna disposición de este Capítulo impedirá a una Parte desarrollar nuevas políticas de contratación pública, procedimientos o modalidades contractuales, siempre que no sean incompatibles con este Capítulo.

Artículo 9.2: Principios Generales

1. Con respecto a cualquier medida cubierta por este Capítulo, cada Parte concederá a las mercancías y servicios de otra Parte y a los proveedores de otra Parte de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el otorgado por dicha Parte o entidad contratante a sus propias mercancías, servicios y proveedores.

2. Con respecto a cualquier medida cubierta por el presente Capítulo, ninguna Parte podrá:

   a. conceder a un proveedor establecido localmente un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor establecido localmente, en razón del grado de asociación o de propiedad extranjera; o
   b. discriminar contra un proveedor establecido localmente en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una compra particular sean mercancías o servicios de otra Parte.

3. Para los fines de los párrafos 1 y 2, la determinación de origen de las mercancías se realizará de manera consistente con el Capítulo Cuatro (Reglas de Origen y Procedimientos de Origen).

4. Con respecto a la contratación cubierta, una entidad contratante se abstendrá de tomar en cuenta, solicitar o imponer condiciones compensatorias especiales en cualquier etapa de una contratación.

5. Los párrafos 1 y 2 no se aplican a las medidas relativas a aranceles aduaneros u otros cargos de cualquier tipo que se impongan a la importación o que tengan relación con la misma, al método de recaudación de dichos aranceles o cargos, a otras regulaciones de importación, incluyendo restricciones y formalidades, o a las medidas que afectan al comercio en servicios diferentes de las medidas que reglamentan específicamente la contratación pública cubierta por este Capítulo.

Artículo 9.3: Publicación de Medidas para la Contratación

Cada Parte deberá, oportunamente:

a. publicar toda ley y reglamento, y sus modificaciones, relacionada con la contratación;
b. poner a disposición del público cualquier procedimiento, sentencia judicial y decisión administrativa de aplicación general, relacionada con la contratación; y

c. a solicitud de una Parte, facilitar a esa Parte una copia de un procedimiento, una sentencia judicial o una decisión administrativa de aplicación general, relacionada con la contratación.

Artículo 9.4: Publicación del Aviso de Contratación Futura

1. Sujeto al Artículo 9.9.2, una entidad contratante publicará con anticipación un aviso invitando a proveedores interesados a presentar ofertas para cada contratación cubierta.

2. La información en cada aviso incluirá, como mínimo, una indicación de que la contratación está cubierta por el Capítulo, una descripción de dicha contratación, cualquier condición requerida de los proveedores para participar en la misma, el nombre de la entidad contratante, la dirección donde se puede obtener cualquier documentación relacionada con la contratación, si fuere aplicable, cualquier monto que deba pagarse por los documentos de contratación, los plazos y la dirección para la presentación de ofertas y el tiempo para la entrega de las mercancías o servicios contratados.

3. Cada Parte incentivará a sus entidades contratantes a publicar información relativa a los planes de futuras contrataciones, lo antes posible en su respectivo año fiscal.

Artículo 9.5: Plazos para el Proceso de Presentación de Ofertas

1. Una entidad contratante proporcionará a los proveedores tiempo suficiente para preparar y presentar las ofertas, tomando en cuenta la naturaleza y complejidad de la contratación. En ningún caso, una entidad contratante otorgará un plazo menor de 40 días desde la fecha de publicación del aviso de contratación futura, hasta la fecha límite para la presentación de ofertas.

2. Sin perjuicio del párrafo 1, en caso de no existir requisitos de calificación para los proveedores, una entidad contratante podrá establecer un plazo para la contratación menor a 40 días, pero en ningún caso menor a 10 días, en las siguientes circunstancias:
    a. cuando la entidad contratante haya publicado un aviso separado, que contenga una descripción de la contratación, los plazos aproximados para la presentación de ofertas o, cuando resulte apropiado, condiciones para la participación en una contratación y la dirección donde se podría obtener la documentación relativa a la contratación, dentro de un periodo no menor a 40 días y no mayor a 12 meses antes de la fecha límite para la presentación de ofertas;

    b. en el caso que una entidad contrate mercancías y servicios comerciales que se venden o se ofrecen para la venta a, y son regularmente comprados y utilizados por, compradores no gubernamentales para propósitos no gubernamentales; o

    c. cuando una situación de emergencia imprevista debidamente justificada por la entidad contratante, imposibilita el cumplimiento del plazo fijado en el párrafo 1.

Artículo 9.6: Documentos de Contratación

1. Una entidad contratante proporcionará a los proveedores interesados documentos de contratación que incluyan toda la información necesaria que les permita preparar y presentar ofertas adecuadas. Los documentos de contratación incluirán todos los criterios que la entidad contratante considerará para adjudicar el contrato, incluyendo todos los factores de costo y sus ponderaciones, o según el caso, los valores relativos que la entidad contratante asignará a esos criterios en la evaluación de las ofertas.

2. Una entidad contratante puede satisfacer el párrafo 1 por medio de una publicación electrónica, accesible para todos los proveedores interesados. Cuando una entidad contratante no publique los documentos de contratación por medios electrónicos accesibles a todos los proveedores interesados, deberá, a solicitud de cualquier proveedor, poner, sin demora, los documentos en forma escrita a su disposición.

3. En caso de que una entidad contratante, en el curso de una contratación, modifique los criterios referidos en el párrafo 11, transmitirá tales modificaciones por escrito:
    a. a todos los proveedores que estén participando en la contratación al momento de la modificación de los criterios, si las identidades de tales proveedores son conocidas, y en casos donde la identidad de los proveedores participantes sea desconocida, de la misma manera en que se transmitió la información original; y
    b. con tiempo suficiente para permitir que los proveedores modifiquen y vuelvan a presentar sus ofertas, según corresponda.

Artículo 9.7: Especificaciones Técnicas

1. Una entidad contratante no preparará, adoptará ni aplicará ninguna especificación técnica que tenga como propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las Partes.

2. Una entidad contratante establecerá cualquier especificación técnica cuando corresponda:
    a. en términos de desempeño en lugar de términos de características de diseño o descriptivas; y
    b. basadas en normas internacionales cuando sean aplicables, de lo contrario, en normas nacionales reconocidas.

3. Una entidad contratante no establecerá especificaciones técnicas que requieran o hagan referencia a determinadas marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos, ni orígenes específicos o productores o proveedores, salvo que no exista otra manera suficientemente precisa o comprensible de describir los requisitos de la contratación y siempre que, en tales casos, se incluyan en los documentos de contratación expresiones como "o equivalente". 1 Cada Parte Centroamericana y República Dominicana podrán realizar dichas modificaciones antes de la apertura de ofertas. Estados Unidos podrá realizar dichas modificaciones antes de la adjudicación del contrato.

4. Una entidad contratante no solicitará ni aceptará, de manera que pueda tener por efecto impedir la competencia, asesoramiento que pudiera utilizarse para preparar o para adoptar cualquier especificación técnica para una contratación específica proveniente de una persona que pueda tener interés comercial en esa contratación.
5. Para mayor certeza, este Artículo no pretende impedir que una entidad contratante prepare, adopte o aplique especificaciones técnicas para promover la conservación de los recursos naturales.

Artículo 9.8: Requisitos y Condiciones para la Participación en las Contrataciones

1. Cuando una entidad exija que los proveedores cumplan con requisitos de registro, calificación o cualquier otro requisito o condición para participar (“condiciones para participar”), con el fin de participar en una contratación, la entidad contratante publicará un aviso invitando a los proveedores a postularse para tal registro o calificación o para satisfacer cualquier otro requisito de participación. La entidad contratante publicará el aviso con suficiente anticipación para que los proveedores interesados dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus solicitudes y para que la entidad evalúe y formule sus determinaciones sobre la base de dichas solicitudes.

2. Cada entidad contratante deberá:

    a. limitar toda condición para participar en la contratación, a aquellas que sean esenciales para garantizar que el proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación;
    b. reconocer como proveedor calificado a todo proveedor de la otra Parte que haya cumplido las condiciones necesarias para participar; y
    c. basar las decisiones de calificación únicamente en las condiciones de participación

que han sido establecidas de antemano, en avisos, o en los documentos de contratación.

3. Las entidades contratantes podrán poner a disposición del público listas de proveedores calificados para participar en la contratación. Cuando una entidad contratante requiera que los proveedores califiquen para dicha lista como condición para participar en una contratación y un proveedor no calificado solicite su calificación para ser incluido en la misma, la entidad contratante iniciará sin demora los procedimientos de calificación y permitirá que el proveedor presente una oferta, si se determina que es un proveedor calificado, siempre y cuando se cuente con el tiempo suficiente para cumplir con las condiciones para la participación dentro del plazo establecido para la presentación de ofertas.

4. Ninguna entidad contratante establecerá como condición para participar en una contratación que un proveedor haya sido adjudicatario previamente de uno o más contratos por parte de una entidad contratante, o que el proveedor tenga experiencia de trabajo previa en el territorio de la Parte. Una entidad contratante evaluará la capacidad financiera y técnica de un proveedor de acuerdo con la actividad comercial del proveedor fuera del territorio de la Parte de la entidad contratante, así como su actividad, si la tuviera, en el territorio de la Parte de la entidad contratante.

5. Una entidad contratante comunicará oportunamente a cualquier proveedor que haya solicitado la calificación, su decisión al respecto. En caso de que una entidad contratante rechace una solicitud de calificación, o deje de reconocer a un proveedor como calificado, dicha entidad deberá, a solicitud del proveedor, proporcionarle sin demora una explicación por escrito de las razones de su decisión.

6. Nada de lo establecido en este Artículo impedirá a una entidad contratante prohibir la participación de un proveedor en una contratación por motivos tales como quiebra o declaraciones falsas.

Artículo 9.9: Procedimientos de Contratación

1. Sujeto a lo establecido en el párrafo 2, una entidad contratante adjudicará los contratos mediante procedimientos de licitación abiertos.
2. A condición de que los procedimientos de contratación no se utilicen como medio para evitar la competencia o para proteger a proveedores nacionales, una entidad contratante podrá adjudicar contratos por otros medios que no sean los procedimientos de licitación abiertos en las siguientes circunstancias:
    a. ante la ausencia de ofertas que cumplan con los requisitos esenciales establecidos en los documentos de contratación establecidos en un aviso previo de contratación futura o invitación a participar, incluyendo cualquier condición para la participación, siempre que los requisitos del aviso o invitación inicial no se hayan modificado sustancialmente;
    b. en el caso de obras de arte o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos de propiedad intelectual, tales como patentes o derechos de autor, o información reservada, o cuando por razones técnicas no haya competencia, las mercancías o servicios sólo puedan ser suministrados por un proveedor determinado y no exista otra alternativa o substituto razonable;
    c. en el caso de entregas adicionales del proveedor original que tengan por objeto ser utilizados como repuestos, ampliaciones, o servicios continuos para equipo existente, programas de cómputo, servicios o instalaciones, cuando un cambio de proveedor obligue a la entidad a adquirir mercancías o servicios que no cumplan con los requisitos de compatibilidad con los equipos, programas de cómputo, servicios o instalaciones existentes;
    d. en el caso de mercancías adquiridas en un mercado de productos básicos;
    e. cuando una entidad contratante adquiera prototipos o un primer producto o servicio que se desarrolle a petición suya en el curso de, y para la ejecución de, un

determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o desarrollo original. Una vez ejecutados dichos contratos, las adquisiciones posteriores de productos o servicios se ajustarán a lo dispuesto en este Capítulo;

f. en el caso de servicios adicionales de construcción, que no fueron incluidos en el contrato original, pero que figuran dentro de los objetivos de la documentación original de la contratación y que debido a circunstancias no previstas resulten necesarios para completar los servicios de construcción descritos. No obstante, el valor total de los contratos adjudicados para dichos servicios adicionales de construcción no excederá el 50% del monto del contrato original; o

g. en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando, por razones de urgencia ocasionadas por acontecimientos imprevisibles para la entidad contratante, sea imposible obtener las mercancías o servicios a tiempo mediante los procedimientos de licitación abiertos y el uso de estos procedimientos ocasionaría perjuicios graves a la entidad contratante, a sus responsabilidades con respecto a su programa, o a la Parte.

3. Una entidad contratante deberá mantener registros o preparar informes por escrito que señalen la justificación específica para todo contrato adjudicado de conformidad con el párrafo 2, de manera consistente con el Artículo 9.11.3.

Artículo 9.10: Adjudicación de Contratos

1. Una entidad contratante requerirá que, para que una oferta pueda ser considerada para la adjudicación, la misma deberá ser presentada por escrito y cumplir, al momento de ser presentada, con los requisitos esenciales de los documentos de contratación suministrados de antemano por la entidad contratante a todos los proveedores participantes y proceder de un proveedor que cumpla con las condiciones de participación que la entidad contratante ha comunicado de antemano a todos los proveedores participantes.

2. Salvo que la entidad contratante determine que la adjudicación de un contrato se contrapone al interés público, la entidad contratante adjudicará el contrato a un proveedor que la entidad contratante ha determinado plenamente capaz para ejecutar el contrato y cuya oferta resulte la más ventajosa según los requisitos y criterios de evaluación establecidos en los documentos de contratación.

3. Ninguna entidad contratante podrá anular una contratación, o rescindir o modificar un contrato que haya adjudicado con el fin de evadir las obligaciones de este Capítulo.

Artículo 9.11: Información sobre la Adjudicación de Contratos

1. Una entidad contratante informará sin demora a los proveedores participantes las decisiones sobre la adjudicación de contratos. La entidad contratante deberá, a solicitud expresa del proveedor cuya oferta no haya sido elegida, facilitar información pertinente a las razones de dicha decisión y las ventajas relativas de la oferta ganadora.

2. Inmediatamente después de la adjudicación de un contrato en una contratación cubierta, la entidad contratante deberá publicar un aviso que incluya como mínimo la siguiente información sobre la adjudicación:

    a. el nombre de la entidad;
    b. una descripción de las mercancías o servicios incluidos en el contrato;
    c. el nombre del proveedor al cual se adjudicó el contrato;
    d. el valor de la adjudicación; y
    e. en caso de que la entidad no utilizara un procedimiento de licitación abierto, la indicación de las circunstancias que justificaron el procedimiento utilizado.

3. Una entidad contratante mantendrá registros e informes relacionados con los procedimientos de contratación y adjudicación de contratos en las contrataciones cubiertas por este Capítulo, incluyendo los registros e informes establecidos en el Artículo 9.9.3, durante al menos tres

años después de la fecha de adjudicación de un contrato.

Artículo 9.12: Confidencialidad de la Información

1. Una Parte, sus entidades contratantes y sus autoridades de revisión no divulgarán información confidencial sin la autorización formal de la persona que la haya proporcionado cuando dicha divulgación pudiera perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada persona o podría perjudicar la competencia leal entre los proveedores.

2. Nada de lo dispuesto en este Capítulo impedirá que una Parte o sus entidades contratantes se abstengan de divulgar información si tal divulgación pudiese:
    a. constituir un obstáculo para el cumplimiento de la ley;
    b. perjudicar la competencia leal entre proveedores;
    c. perjudicar los intereses comerciales legítimos de determinados proveedores o entidades, incluyendo la protección de la propiedad intelectual; o
    d. ir de alguna otra forma en contra del interés público.

Artículo 9.13: Garantía de Integridad en las Prácticas de Contratación

De conformidad con el Artículo 18.8 (Medidas Anti-Corrupción), cada Parte adoptará o mantendrá procedimientos para declarar la inelegibilidad para participar en las contrataciones de la Parte, ya sea indefinidamente o por un período establecido, de los proveedores que la Parte determine que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación. Previa solicitud de otra Parte, la Parte identificará a los proveedores determinados
como inelegibles bajo estos procedimientos y cuando resulte apropiado, intercambiará información con respecto a estos proveedores o la actividad fraudulenta o ilegal.

Artículo 9.14: Excepciones

1. Siempre y cuando dichas medidas no se apliquen en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes cuando existan las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio entre las Partes, ninguna disposición de este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga medidas que sean:
    a. necesarias para proteger la moral, la seguridad o el orden públicos;
    b. necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal y vegetal;
    c. necesarias para proteger la propiedad intelectual; o
    d. relacionadas con mercancías o servicios de personas discapacitadas, de instituciones filantrópicas o del trabajo penitenciario.

2. Las Partes entienden que el párrafo 1(b) incluye medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida humana, animal y vegetal.

Artículo 9.15: Revisión Nacional de Impugnaciones de Proveedores

1. Cada Parte establecerá o designará al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial e independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a las obligaciones de la Parte y sus entidades bajo este Capítulo y para emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes. Cuando una autoridad que no sea dicha autoridad imparcial revise inicialmente una impugnación presentada por un proveedor, la Parte garantizará que los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial, independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación.

2. Cada Parte estipulará que la autoridad establecida o designada en el párrafo 1 podrá tomar medidas precautorias oportunas, mientras se encuentre pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad de corregir un potencial incumplimiento del presente Capítulo, incluyendo la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado.

3. Cada Parte asegurará que sus procedimientos de revisión estén disponibles en forma escrita al público y que sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del respeto del debido proceso.

4. Cada Parte garantizará que todos los documentos relacionados a una impugnación de una contratación estén a disposición de cualquier autoridad imparcial establecida o designada de acuerdo con el párrafo 1.

5. Una entidad contratante contestará por escrito el reclamo de un proveedor.

6. Cada Parte asegurará que una autoridad imparcial que se establezca o designe en virtud del párrafo 1 suministre lo siguiente a los proveedores:
    a. un plazo suficiente para preparar y presentar las impugnaciones por escrito el cual, en ningún caso será menor a 10 días, a partir del momento en que el fundamento de la reclamación fue conocido por el proveedor o en que razonablemente debió haber sido conocido por este;
    b. una oportunidad de revisar los documentos relevantes y ser escuchados por la autoridad de manera oportuna;
    c. una oportunidad de contestar a la respuesta de la entidad contratante a la reclamación del proveedor; y
    d. la entrega sin demora y por escrito de sus conclusiones y recomendaciones con respecto a la impugnación, junto con una explicación de los fundamentos utilizados para tomar cada decisión.

7. Cada Parte garantizará que la presentación de una impugnación de parte de un proveedor no perjudique la participación del proveedor en licitaciones en curso o futuras.

Artículo 9.16: Modificaciones y Rectificaciones a la Cobertura

1. Una Parte puede realizar rectificaciones técnicas de naturaleza puramente formal con respecto a la cobertura de este Capítulo, o modificaciones menores a sus Listas para las Secciones de la A a la C, de los Anexos 9.1.2(b)(i), 9.1.2(b)(ii) y 9.1.2(b)(iii); siempre y cuando notifique a las otras Partes por escrito y que ninguna otra Parte objete por escrito dentro de los 30 días siguientes a la notificación. Una Parte que realice dicha rectificación o modificación menor, no estará obligada a proveer ajustes compensatorios a las otras Partes.

2. Una Parte puede modificar su cobertura en virtud de este Capítulo siempre y cuando:
    a. notifique a las otras Partes por escrito, y ninguna otra Parte objete por escrito dentro de los 30 días después de la notificación; y
    b. salvo lo dispuesto en el párrafo 3, ofrezca a las otras Partes dentro de 30 días después de haber notificado a las otras Partes, ajustes compensatorios aceptables para mantener un nivel de cobertura comparable al que existía antes de la modificación.

3. Las Partes no deberán otorgar ajustes compensatorios en los casos en que la modificación propuesta cubra una o más entidades contratantes en las que las Partes acuerdan que el control o la influencia gubernamental ha sido eficazmente eliminado. En el caso de que las Partes no concuerden en que dicho control o influencia haya sido eliminado efectivamente, la Parte o Partes objetantes pueden solicitar mayor información o consultas con miras a clarificar la naturaleza de cualquier control o influencia gubernamental y llegar a un acuerdo con respecto a la continuidad de la cobertura de la entidad contratante en virtud de este Capítulo.

4. La Comisión modificará la sección correspondiente de los Anexos 9.1.2(b)(i), 9.1.2.(b)(ii) y 9.1.2(b)(iii) de manera que refleje cualquier modificación acordada, rectificación técnica o modificación menor.

Artículo 9.17: Definiciones
Para efectos de este Capítulo:

condiciones compensatorias especiales significan las condiciones o compromisos impuestos o considerados por una entidad contratante, que fomenten el desarrollo local o mejoren las cuentas de la balanza de pagos de una Parte a través de requisitos de contenido local, licencias para el uso de tecnología, inversiones, comercio compensatorio o requisitos similares;

contrato de construcción-operación-transferencia y **contrato de concesión de obras públicas** significa cualquier arreglo contractual cuyo principal objetivo es disponer la construcción o rehabilitación de infraestructura física, plantas, edificios, instalaciones u otras obras públicas, bajo el cual, en consideración de la ejecución de un contrato por parte de un proveedor, una entidad contratante otorga al proveedor, por un período determinado, la propiedad temporaria, si tal propiedad es permitida por la Parte, o el derecho de controlar, operar, y exigir el pago para el uso de dichas obras durante la vigencia del contrato;

entidad contratante significa una entidad listada en los Anexos 9.1.2(b)(i), 9.1.2(b)(ii) y 9.1.2(b)(iii);

escrito o **por escrito** significa toda expresión en palabras o números que puede ser leída, reproducida y posteriormente comunicada e incluye información transmitida y almacenada electrónicamente;

especificación técnica significa una especificación que establece las características de las mercancías a ser adquiridas o sus procesos y métodos de producción conexos, o las características de servicios a ser adquiridos o sus métodos de operación relacionados, incluyendo las disposiciones administrativas aplicables y los requisitos relacionados con los procedimientos de evaluación que una entidad fija. Una especificación técnica también puede incluir o referirse exclusivamente a materias relativas a terminología, símbolos, embalaje, o requisitos de marcado o etiquetado aplicables a una mercancía, proceso, servicio, o método de producción u operación;

procedimientos de licitación abiertos significa cualquier tipo de método de contratación de una Parte, excepto métodos de contratación directa según lo establecido en el Artículo 9.9.2, siempre que dichos métodos sean consistentes con este Capítulo;

proveedor significa una persona que ha provisto, provee o podría proveer mercancías o servicios a una entidad contratante;

publicar significa difundir información a través de un medio electrónico o en papel, que se distribuye ampliamente y se encuentre fácilmente disponible al público en general; y

servicios incluye servicios de construcción, a menos que se especifique lo contrario.

Aplicación de la Ley y su Reglamento

Art. 5.- Para la aplicación de esta Ley y su Reglamento se entenderán a la finalidad de las mismas y a las características del Derecho Administrativo. Solo cuando no sea posible determinar, por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas,

conceptos o términos de las disposiciones de esta Ley, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del Derecho Común. En todo lo que no hubiere sido previsto por esta Ley podrá recurrirse a las disposiciones del Derecho Común, en cuanto fueren aplicables.

COMENTARIO
Este artículo junto con el artículo 23 LACAP, plantean las bases para el régimen legal y la aplicación de la LACAP. Establece dos criterios para la interpretación y aplicación en casos concretos: la finalidad de la ley, que es la consecución de los fines estatales sin olvidar que la persona humana es el fin de la actividad del Estado; y las características del Derecho Administrativo, entre las que podemos mencionar: a) que es de derecho público, b) que regula a la administración, c) que se finca en el Principio de Legalidad y d) que pretende establecer un equilibrio entre el poder estatal y los derechos de los administrados, para lo cual plantea temas como la transparencia en las compras estatales, el debido proceso y la revisión judicial.

Más adelante y en armonía con los artículos 19 y 24 del Código Civil, plantea la interpretación gramatical y teleológica y posteriormente la posibilidad de interpretación a la luz del Derecho Común, normativa que es tomada como supletoria. Debe aclararse que el término derecho común debe tomarse en sentido amplio de forma tal que de no encontrar la solución a una situación en la LACAP, podrá acudirse a otras normativas: Derecho Civil, Derecho Mercantil, etcétera, pero **sin olvidar que como norma superior y reguladora de forma directa tenemos la Constitución de la República que debe ser antes de lo expresado, el parámetro de la aplicación de la LACAP, así como de cualquier otra ley.**

LEGISLACION MENCIONADA
CODIGO CIVIL
Art. 19.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.
Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Art. 24.- En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

TÍTULO II
UNIDADES NORMATIVA Y EJECUTORAS

CAPÍTULO I
UNIDAD NORMATIVA DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (UNAC)

Política y Creación de la UNAC
Art. 6.- Corresponde al Ministerio de Hacienda:

a) Proponer al Consejo de Ministros para su aprobación, la política anual de las Adquisiciones y Contrataciones de las Instituciones de la Administración Pública, con exclusión de los órganos Legislativo, Judicial y de las Municipalidades, a los que corresponde determinar, independientemente, a su propia política de adquisiciones y contrataciones;(2)
b) Velar por el cumplimiento de la política anual de las adquisiciones y contrataciones aprobada para el ejercicio fiscal correspondiente;
c) Proponer los lineamientos y procedimientos, que según esta Ley se deben observar para las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios.
Para los efectos de la presente disposición, créase la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, que en adelante podrá abreviarse la "UNAC", la cual estará adscrita al Ministerio de Hacienda, y funcionará bajo el principio rector de centralización normativa y descentralización operativa, con autonomía funcional y técnica.

COMENTARIO
El artículo describe la competencia del Ministerio de Hacienda y crea a la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (UNAC).

Es de hacer notar que en las tres competencias conferidas por el artículo al Ministerio de Hacienda, se le concede más bien la figura de rector de las compras, pero sin mayor fuerza vinculante, al igual que el artículo 36 numeral 13 del Reglamento Interno de Órgano Ejecutivo, que define la competencia de dicha secretaría de Estado. Basta ver los verbos que definen la competencia: proponer, velar y proponer. El que propone no tiene fuerza vinculante en sus proposiciones.

Es precisamente para esos efectos que se ha creado la UNAC: para a) proponer políticas, b) velar por que se cumplan y c) proponer lineamientos y procedimientos de conformidad a la ley.

De forma complementaria es de hacer notar que la mencionada política es –según el artículo- para las instituciones de la Administración Pública, excluyendo a los Órganos Legislativo y Judicial y a las municipalidades. La redacción da a entender que es sólo para el Órgano Ejecutivo, lo que plantea una duda con relación a las instituciones autónomas, la que se acrecienta con relación a los organismos constitucionales como son Corte de Cuentas de la República, Tribunal Supremo Electoral, el Ministerio Público, etcétera, con relación a los cuales no se sabe legalmente que posición tomar en cuanto a si los alcanza dicha política. Estimo que dada su naturaleza jurídica, las organizaciones constitucionales no deben estar sujetas a la política.

LEGISLACION MENCIONADA

REGLAMENTO INTERNO DEL ORGANO EJECUTIVO

Art. 36. Compete al Ministerio de Hacienda:

13. Orientar la política de suministros y proponer las normas y los procedimientos en la adquisición de bienes y servicios para uso gubernamental;

Atribuciones de la UNAC

Art. 7.- La UNAC dependerá directamente del Ministerio de Hacienda y sus atribuciones serán las siguientes:

a) Proponer al Ministro de Hacienda, la política anual de las Adquisiciones y Contrataciones de las Instituciones de la Administración Pública dentro de los límites establecidos en el artículo 6, letra a) de esta ley;

b) Emitir las políticas y lineamientos generales para el diseño, implementación, funcionamiento y coordinación del Sistema de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, que podrá abreviarse SIAC;

c) Emitir instructivos, manuales y demás instrumentos que faciliten la obtención de los objetivos de esta Ley y su Reglamento;

d) Asesorar y capacitar a la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, que podrá abreviarse UACI en la elaboración de los documentos técnicos que sean necesarios para cumplir las políticas y lineamientos emitidos;

e) Capacitar, promover, prestar asistencia técnica y dar seguimiento a la UACI para el cumplimiento de toda la normativa comprendida en esta Ley y su Reglamento;

f) Apoyar la implementación de medidas de carácter general que considere procedente para la mejora del SIAC, en sus aspectos administrativos, operativos, técnicos y económicos;

g) Revisar y actualizar las políticas generales e instrumentos técnicos de acuerdo a esta Ley y su Reglamento;

h) Establecer manuales guías de los documentos necesarios para ejecutar las adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública, de conformidad a la presente Ley y su Reglamento;

i) Establecer y mantener un Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, el cual deberá incluir la información actualizada sobre la naturaleza, el estado, la cuantía y el grado de cumplimiento que los diversos ofertantes sujetos a la presente ley hayan alcanzado en el cumplimiento de las obligaciones contratadas con la administración. Dicho registro se considera de interés público; y,

j) Otras actividades que le sean asignadas por la autoridad superior, orientadas al cumplimiento de la Ley y su Reglamento.

No obstante lo anterior las municipalidades, sin perjuicio de su autonomía, deberán efectuar sus adquisiciones y contrataciones de conformidad con las disposiciones de esta ley y su reglamento. Además deberá crear registros compatibles con los del Ministerio de Hacienda sobre sus planes de inversión anual, que son financiados con recursos provenientes de las asignaciones del Presupuesto General del Estado. (2)

COMENTARIO
Este artículo describe las atribuciones de la UNAC y de su lectura podemos deducir que la UNAC es un ejemplo típico de actividad consultiva de la administración: su función es de consultora y lo hace de forma propositiva. De tal manera que puede arrojar luz sobre temas oscuros del marco legal de adquisiciones y contrataciones. Incluso las normas que emite, de conformidad a los artículos 6 y 7 LACAP, deben estar supeditadas a la Constitución y a las Leyes y tienen el valor que las mismas prescriben, de acuerdo al Principio de Legalidad. También, de acuerdo al artículo 2 inciso 2º literal d) del RELACAP que establece el Principio de Centralización Normativa y Descentralización Operativa, las decisiones administrativas pertenecen a las instituciones, es decir, a los funcionarios competentes, quienes no pueden sustraerse de ellas so pretexto de haber consultado a la UNAC o a Corte de Cuentas. Por otro lado la LACAP no dotó de fuerza coactiva a la UNAC para que ésta imponga sus normas o sancione por su incumplimiento. Es conveniente una reforma en tal sentido.

Del Jefe de la UNAC
Art. 8.- La UNAC estará a cargo de un Jefe, quien deberá reunir los requisitos siguientes:
a) Ser salvadoreño por nacimiento;
b) Poseer título universitario y experiencia o idoneidad para el cargo;(2)
c) Ser de moralidad notoria y no tener conflicto de intereses con el cargo;
d) Obtener el finiquito de sus cuentas si hubiese administrado o manejado fondos públicos;
e) Hallarse libre de reclamaciones de toda clase, caso de haber sido contratista de obras públicas costeadas con fondos del Estado o del Municipio;
f) Hallarse solvente con la Hacienda Pública y con el Municipio; y,
g) No tener pendientes contratos o concesiones con el Estado, para explotación de riquezas nacionales o de servicios públicos, así como los que hayan aceptado ser representantes o apoderados administrativos de aquéllos, o de sociedades extranjeras que se hallen en los mismos casos.

COMENTARIO
Se establecen los requisitos que debe cumplir el jefe de la UNAC, los cuales se complementan en el artículo 4 RELACAP.

CAPÍTULO II
UNIDADES DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES INSTITUCIONALES (UACI)

Establecimiento de la UACI
Art. 9.- Cada institución de la Administración Pública establecerá una Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, que podrá abreviarse UACI, responsable de la descentralización operativa y de realizar todas las actividades relacionadas con la gestión de adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios. Esta unidad será organizada según las necesidades y características de

cada entidad e institución, y dependerá directamente de la institución correspondiente.
Dependiendo de la estructura organizacional de la institución, del volumen de operaciones u otras características propias, la UACI podrá desconcentrar su operatividad a fin de facilitar la adquisición y contratación de obras, bienes y servicios.
Las Municipalidades podrán asociarse para crear una UACI, la cual tendrá las funciones y responsabilidades de las municipalidades que la conformen. Podrán estar conformadas por empleados o por miembros de los Consejos Municipales, así como por miembros de las Asociaciones Comunales, debidamente registradas en las municipalidades. (2)
En el caso de las delegaciones diplomáticas y consulados y con la finalidad de garantizar la desconcentración a que se refiere el inciso primero de este artículo, no será necesaria la creación de dichas unidades.(2)

COMENTARIO
En este artículo se establece la obligatoriedad de que cada institución de la administración pública tenga una UACI cuya competencia es la gestión de compras, sin poder decidir sobre la elección de contratistas. La ubicación de esta unidad en el organigrama de cada institución dependerá de las características propias de cada entidad

Dentro de las competencias que se le confieren la UACI está que puede desconcentrar sus funciones de acuerdo a la realidad institucional. Es decir, podrá crear una nueva unidad –no un nuevo ente jurídico como en la descentralización- que dependa de ella, sea por criterio territorial o por especialidad. Sin embargo, la responsabilidad de las actuaciones será siempre del Jefe de la UACI. El RELACAP en contraposición a esta norma que le confiere competencia al Jefe UACI para desconcentrar su actividad, le confiere la competencia de desconcentración al titular (ver comentario del artículo 6 RELACAP)

Otra competencia interesante es la facultad que se le confiere a las municipalidades para crear una UACI que gestione las compras de varias comunas.

El último inciso se considera innecesario e infeliz, pues la creación de UACIs en consulados o delegaciones diplomáticas, implicaría intromisión en la soberanía de los Estados en donde se encuentran tales sedes diplomáticas, no pudiéndose obligar a los nacionales de dichos Estados a someterse a nuestra legislación.

Del Jefe de la UACI
Art. 10.- La UACI estará a cargo de un Jefe, independientemente de la denominación de la plaza dentro de la estructura organizacional de cada institución, quien deberá reunir los requisitos siguientes:

a) Ser salvadoreño por nacimiento;
b) Idoneidad para el cargo y preferentemente poseer título universitario; (2)
c) Ser de moralidad notoria y no tener conflicto de intereses con el cargo;

d) Obtener el finiquito de sus cuentas si hubiese administrado o manejado fondos públicos;
e) Hallarse libre de reclamaciones de toda clase, caso de haber sido contratista de obras públicas costeadas con fondos del Estado o del Municipio;
f) Hallarse solvente con la Hacienda Pública y con el Municipio; y,
g) No tener pendientes contratos o concesiones con el Estado, para explotación de riquezas nacionales o de servicios públicos, así como los que hayan aceptado ser representantes o apoderados administrativos de aquéllos, o de sociedades extranjeras que se hallen en los mismos casos.

COMENTARIO
El artículo 8 RELACAP completa los presentes requisitos (Ver comentario de tal disposición). Es de hacer notar que el artículo no distingue el título universitario, tampoco establece como evaluar la idoneidad para el cargo

---

Relación UACI – UFI
Art. 11.- La UACI tendrá una relación integrada e interrelacionada con la Unidad Financiera Institucional UFI, del Sistema de Administración Financiera Integrado SAFI, establecido en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado en lo relacionado a adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios, especialmente en lo referente al crédito, propuesto y disponibilidad financiera.

COMENTARIO
La relación entre la UACI y la UFI debe ser muy estrecha, sobre todo tomando en consideración que la UACI coordina qué y a quién comprar y la UFI es la que paga lo adquirido. Por ende, tal comunión debe estar funcionando desde el momento de la formulación del plan institucional y el presupuesto anual.

El deber ser es que se pague de forma ágil a los contratistas, sin embargo, la realidad es muchas veces lo contrario. Para paliar esta situación es recomendable que las UACI´s tengan capacitación en materia financiera para que sus gestiones se dediquen a preparar el terreno financiero, y, que por otro lado las UFI´s tengan conocimientos de los procedimientos de adquisiciones y contrataciones para que los requisitos que pidan sean razonables.

Es común un terror exacerbado a un control de Corte de Cuentas, lo que puede incidir en no pagar oportunamente. Deben percatarse que el atraso en el pago puede generar reclamos de compensaciones de acuerdo al artículo 84 LACAP y que pueden ser sujetos de la sanción de despido, de acuerdo al artículo 155 LACAP. Por justicia se debe aclarar que en cambio existen unidades de UACI y UFI que trabajan muy bien y cumple con eficiencia y prontitud sus responsabilidades.

Hechos como la falta de pago o la retención de fianzas que ya no son exigibles, afectan duramente a la empresa privada, llegando a entorpecer la función social que éstas brindan.

La programación anual la deben realizar de forma conjunta por lo menos el Jefe UACI y el Jefe UFI, para evitar desacuerdos en las compras. De igual forma ya sobre la ejecución contractual, el Jefe UACI debe procurar realizar la adecuada recepción de las obras, bienes o servicios para que el trámite de pago no se atrase.

Atribuciones de la UACI

Art. 12.- Corresponde a la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional:

a) El cumplimiento de las políticas, lineamientos y disposiciones técnicas que sean establecidas por la UNAC, y ejecutar todos los procesos de adquisiciones y contrataciones objeto de esta Ley;
b) Constituir el enlace entre la UNAC y las dependencias de la institución, en cuanto a las actividades técnicas, flujos y registros de información y otros aspectos que se deriven de la gestión de adquisiciones y contrataciones;
c) Elaborar en coordinación con la Unidad Financiera Institucional UFI, la programación anual de las compras, las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios. Esta programación anual deberá ser compatible con la política anual de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública, el plan de trabajo institucional, el presupuesto y la programación de la ejecución presupuestaria del ejercicio fiscal en vigencia y sus modificaciones;
d) Verificar la asignación presupuestaria, previo a la iniciación de todo proceso de concurso o licitación para la contratación de obras, bienes y servicios;
e) DEROGADO;(2)
f) Adecuar conjuntamente con la unidad solicitante, las bases de licitación o de concurso, de acuerdo a los manuales guías proporcionados por la UNAC, según el tipo de contratación a realizar;
g) Realizar la recepción y apertura de ofertas y levantar el acta respectiva;
h) Ejecutar el proceso de adquisición y contratación de obras, bienes y servicios, así como llevar el expediente respectivo de cada una;
i) Solicitar la asesoría de peritos o técnicos idóneos, cuando así lo requiera la naturaleza de la adquisición y contratación;
j) Levantar acta de la recepción total o parcial de las adquisiciones o contrataciones de obras, bienes y servicios, conjuntamente con la dependencia solicitante cuando el caso lo requiera, de conformidad a lo establecido en el Reglamento de esta Ley;
k) Llevar el control y la actualización del banco de datos institucional de ofertantes y contratistas;
l) Mantener actualizado el registro de contratistas, especialmente cuando las obras, bienes o servicios no se ajusten a lo contratado o el contratista incurra en cualquier infracción, con base a evaluaciones de cumplimiento de los contratos, debiendo informar por escrito al titular de la institución;
m) Calificar a los potenciales ofertantes nacionales o extranjeros, así como, revisar y actualizar la calificación, al menos una vez al año;
n) Informar periódicamente al titular de la institución de las contrataciones que se realicen;
o) Prestar a la comisión de evaluación de ofertas la asistencia que precise para el

cumplimiento de sus funciones;
p) Supervisar, vigilar y establecer controles de inventarios, de conformidad a los mecanismos establecidos en el Reglamento de esta Ley;
q) Proporcionar a la UNAC pronta y oportunamente toda la información requerida por ésta; y,
r) Cumplir y hacer cumplir todas las demás responsabilidades que se establezcan en esta Ley y su Reglamento.
El cumplimiento de estas atribuciones será responsabilidad del Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional.

COMENTARIO
Dentro de la diversidad de funciones conferidas a la UACI cabe destacar de forma resumida: a) ser el enlace con la UNAC y la institución; b) elaboración de la programación de compras que en el caso del órgano ejecutivo debe ser compatible con la política de compras propuesta al Consejo de Ministros; c) ejecución de los procedimientos de selección de contratistas, desde la verificación presupuestaria, la adecuación de las bases de licitación, recepción de obras, bienes y servicios contratados, etcétera; d) llevar el control de los ofertantes y contratistas, llevando el registro de éstos y debiendo calificarlos con ciertas regularidad; e) ser en materia de compras, el órgano de comunicación y colaboración con el titular, la comisión de evaluación de ofertas y otras unidades; f) control de inventarios; y g) cumplimiento de la normativa vigente.

La responsabilidad por el cumplimiento de tales normas corresponde al Jefe UACI, cuyas atribuciones y obligaciones se han visto ampliadas por medio del RELACAP. Ver artículos 6, 7, 8, 10, 17, 27, 32, 38, 40, 41, 42, 45, 46 y 48 RELACAP.

Siendo las descritas un número considerable de funciones, la UACI debería tener una cantidad suficiente de personas para desempeñarlas, claro está de acuerdo a la cantidad de trabajo de la institución. Esa es una necesidad grave pues se pueden imponer sanciones por el incumplimiento por parte de Corte de Cuentas, quien también sancionará a los titulares de acuerdo al artículo 19 LACAP.

Banco de Información
Art. 13.- La UACI deberá establecer y mantener actualizado un Banco de Información, que contenga información básica de los ofertantes de adquisiciones y contrataciones, según su competencia, así como de sus antecedentes en el cumplimiento de contratos.

Esta información deberá clasificarse por especialización y categorías. Las categorías se establecerán según la capacidad técnica, financiera, competencia, cumplimiento, tecnología y otros.

A estos registros corresponderán entre otras, la siguiente información:
a) Consultores,
b) Suministrantes de Bienes;
c) Prestadores de Servicios; y

d) Contratistas de Obras.

No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, para participar en las licitaciones o en los concursos no será indispensable que el ofertante se encuentre registrado en el banco de datos correspondiente.

COMENTARIO
Como una manifestación de los Derechos de Libertad de Competencia (Art. 8 Cn.) y Libertad de Contratación (Art. 23 Cn.) que incluye la concurrencia y la participación en un procedimiento administrativo, el presente artículo establece que no es necesario estar en el banco de contratista ni calificados para participar en procedimientos de contratación.

Registro por Incumplimiento de Ofertantes y Contratistas
Art. 14.- Toda institución por medio de la UACI deberá llevar un registro de ofertantes y contratistas, a efecto de incorporar información relacionada con el incumplimiento y demás situaciones que fueren de interés, para futuras contrataciones o exclusiones.

COMENTARIO
Este registro debe formar parte del Banco de información del artículo anterior. El RELACAP establece una lista negra de los contratistas a quienes les estará vedada la participación. Esperemos que se incorporen a esa lista los administrados a quienes se les haya seguido el debido proceso previo y que dicha lista negra no sea una presión o amenaza para constreñir a los ofertantes y contratistas. El artículo 5 RELACAP ordena que esa información se proporcione por las UACI'sy que sea actualizada.

La ley no establece que este registro sea público, lo que es muy acertado pues la publicidad puede generar afectación a los derechos de los administrados.

Téngase en cuenta que la inhabilitación (Art. 158 LACAP) puede ser de uno a cinco años y que la incapacidad (Arts. 25 Lit. c), 93 y 94 LACAP) dura cinco años contados ambos plazos a partir de la notificación de la declaratoria.

Registro de Contrataciones
Art. 15.- La UACI llevará un registro de todas las contrataciones realizadas en los últimos diez años, que permita la evaluación y fiscalización de parte de los organismos y autoridades competentes.

COMENTARIOS A LOS TRES ARTÍCULOS ANTERIORES
En los artículos 13, 14 y 15 LACAP, se establecen tres figuras que pretenden facilitar el control externo e interno de la institución. Son el Banco de Información de Ofertantes, el Registro de Incumplimientos de Contratistas y el Registro de Contrataciones que realiza la institución. El primero se refiere a información sobre

ofertantes, debiendo clasificarse por especialización o categorías de acuerdo a su capacidad técnica y financiera, competencia y grado de cumplimiento. Se aclara que no es necesario pertenecer a estos registros para ofertar, lo cual iría en contra del Principio General de Libertad consagrado en el artículo 8 de la Constitución de la República. El otro control es de contratistas, ordenando la ley que se incorpore información sobre incumplimiento y otra que sea de interés. Finalmente, se establece la obligatoriedad de documentar o soportar todas las gestiones de adquisiciones y contrataciones y, de acuerdo al artículo 12 literal h y 7 literal d RELACAP), llevar el expediente de cada gestión de contratación. Todo con el fin del control posterior que debe ejercerse por ley, sin detrimento que además del control que debe ejercer Corte de Cuentas de la República, puede ser necesario verificar la documentación por otras entidades que podrían llegar a ejercer funciones conferidas legalmente como la persecución del delito, específicamente la Fiscalía General de la República.

CAPÍTULO III
PROGRAMACIÓN Y PRESUPUESTACIÓN

Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones

Art. 16.- Todas las instituciones deberán hacer su programación anual de adquisiciones y contrataciones de bienes, construcción de obras y contratación de servicios no personales, de acuerdo a su plan de trabajo y a su presupuesto institucional, el cual será de carácter público. A tal fin se deberá tener en cuenta, por lo menos:(2)

a) La política anual de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública dentro de los límites establecidos en el literal a) del Art. 6 de esta ley;(2)
b) Las disposiciones pertinentes de acuerdo a la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado;(2)
c) Las existencias en inventarios de bienes y suministros;
d) Los estudios de preinversión que se requieran para definir la factibilidad técnica, económica y ecológica, en la realización de una obra;
e) Las acciones previas, durante y posteriores a su ejecución, incluyendo las obras principales, complementarias y accesorias, así como aquellas que sirvan para ponerlas en servicio, definiendo metas a corto y mediano plazo; y,
f) La calendarización física y financiera de los recursos necesarios para su ejecución, los gastos de operación y los resultados previsibles, las unidades responsables de su ejecución, las fechas previstas de iniciación y terminación de cada obra, las investigaciones, los planos, los proyectos, especificaciones técnicas, asesorías, consultorías y estudios que se requieran, incluyendo los proyectos técnicos económicos que sean necesarios.

COMENTARIO

En consonancia con los artículos anteriores, el presente establece otra obligación que las instituciones deben realizar de forma anual. Además de su obvia utilidad como insumo para el presupuesto institucional de acuerdo al artículo 33 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, la programación anual de las instituciones es usada por la UNAC para establecer diversos valores relacionados

con las compras estatales quien la publicita en cifras macro. Asimismo, se constituye en un parámetro de control de Corte de Cuentas de la República, quien verifica la diferencia entre lo presupuestado y ejecutado, así como su forma de ejecución a fin de perseguir el fraccionamiento que está contemplado en el artículo 58 LACAP, y en la norma 3-08 de las anteriores Normas Técnicas de Corte de Cuentas, que lo entendían como varias compras de un mismo bien para evadir un procedimiento de selección de contratistas más complejo. Por ejemplo: realizar dos libres gestiones por nueve mil dólares para evadir una licitación pública, que debe realizarse a partir de doce mil seiscientos setenta y dos dólares.
En sus literales se establecen instrumentos obligatorios de suma utilidad para la elaboración de la programación y el presupuesto. Esta disposición tiene mucha relación con el artículo 11 LACAP, pues en última instancia la UACI y la UFI vienen a ser las unidades protagonistas de programación y presupuestación.
Este artículo se ve completado con los artículos 10 a 16 RELACAP, a cuyos comentarios nos remitimos.

LEGISLACION MENCIONADA
LEY ORGANICA DE ADMINISTRACION FINANCIERA DEL ESTADO

Art. 33.- Las entidades e instituciones del sector público, sujetas a esta Ley, deberán elaborar sus proyectos de presupuesto tomando en cuenta la política presupuestaria, los lineamientos presupuestarios emitidos por el Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General del Presupuesto y los resultados físicos y financieros del último año cerrado contablemente.

El Titular, el Presidente o el encargado de cada institución señalada en el Artículo 2 de esta Ley, será el responsable de la remisión del proyecto de presupuesto al Ministerio de Hacienda, debidamente integrado, en los plazos y formas que establezca el Ministro de Hacienda a través de la Dirección General del Presupuesto, para su respectiva consideración y aprobación.

El incumplimiento de lo preceptuado en el inciso anterior faculta al Ministro de Hacienda a efectuar los ajustes pertinentes al presupuesto vigente y a considerarlo como proyecto de la institución infractora.

CAPÍTULO IV
EJECUTORES DE LAS CONTRATACIONES Y SUS RESPONSABILIDADES

Los Titulares

Art. 17.- La máxima autoridad de una institución, sea que su origen provenga de elección directa, indirecta o de designación, tales como Ministros o Viceministros en su caso, Presidentes de instituciones, Fiscal General de la República, Procurador General de la República, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Directores de instituciones descentralizadas o autónomas, a quienes generalmente se les atribuye la representación legal de las instituciones de que se trate y el

Alcalde, en el caso de las Municipalidades, en adelante para los efectos de esta ley, se les denominará el titular o los titulares.

COMENTARIO
Debido a la redacción de este artículo, da la impresión que el titular es únicamente la máxima autoridad de una institución, lo que representa una incongruencia en las instituciones autónomas y organismos constitucionales, cuya máxima autoridad es un órgano pluripersonal. La aclaración que se realizó con relación al Alcalde debió realizarse también con relación a las mencionadas instituciones. Por ello, el parámetro para entender este artículo y definir quién es el titular, es el criterio de la representación legal de la institución: el titular es el representante legal de cada institución. Nótese que la enumeración que aparece en el artículo sobre quién es el titular es de funcionarios individuales, de órganos unipersonales. No debe causar confusión cuando se menciona en grupo a los directores de todas las instituciones autónomas, mención que se hace en ese sentido y no queriendo referirse a miembros de juntas directivas, que en todo caso, no son la generalidad en la administración pública, pues existen instituciones que no funcionan con esa designación, como por ejemplo ANDA en la que existe una Junta de Gobierno.

La diferencia entre máxima autoridad y titular aparece en el siguiente artículo al mencionar la competencia para aprobar las bases de licitación o concurso y adjudicar. Tal diferencia cobra importancia cuando la misma ley designa determinadas competencias al titular, por ejemplo: la contratación directa, la imposición de sanciones a funcionarios, empleados y particulares, etc.

Competencia para Adjudicaciones y Demás
Art. 18.- La autoridad competente para la adjudicación de los contratos y para la aprobación de las bases de licitación o de concurso, so pena de nulidad, será el titular, la Junta o Consejo Directivo de las respectivas instituciones de que se trate, o el Concejo Municipal en su caso; asimismo, serán responsables de la observancia de todo lo establecido en esta Ley.

La autoridad competente podrá designar con las formalidades legales a otra persona, para adjudicar las adquisiciones y contrataciones que no excedan del monto de las de libre gestión.

No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, cuando las leyes de creación de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, faculten al consejo o junta directiva designar autoridad para facilitar su gestión, podrán establecer, de conformidad a su estructura orgánica y monto presupuestario, una estructura jerárquica para la adjudicación de los contratos y aprobación de las bases de licitación o de concurso.

El Fiscal General de la República representará al Estado en los contratos sobre adquisición de bienes inmuebles en general y de los muebles sujetos a licitación, asimismo, velará porque en las concesiones de cualquier clase otorgadas por el

Estado, se cumpla con los requisitos, condiciones y finalidades establecidas en las mismas y ejercer al respecto las acciones correspondientes. En el resto de los contratos será competente para su firma el titular o la persona a quien éste designe con las formalidades legales, siempre y cuando la persona designada no sea la misma que gestione la adquisición o contratación. Cuando se trate de las municipalidades, la firma de los contratos corresponderá al Alcalde Municipal y en su ausencia a la persona que designe el Concejo. En todo caso los firmantes responderán por sus actuaciones.(2)

La responsabilidad por la actuación del designado, siempre recaerá en el titular que hace la designación.

COMENTARIO

Todos los funcionarios de las instituciones de la Administración Pública deben sujetarse en su actuar a lo que está previamente establecido en la ley. Este sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico del Estado es lo que se conoce como Principio de Legalidad y es uno de los más grandes logros del Estado de Derecho.

Al respecto, García de Enterría establece: ***"El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente."***

En otras palabras, cada órgano, institución o funcionario de la Administración, (es decir, del Organo Ejecutivo o de sus entes descentralizados: autónomas y municipios), necesita una previa habilitación legal para actuar, para emitir actos administrativos. Sin esa previa habilitación legal, la actuación que realice es ilegal, careciendo de validez. En conclusión, debe existir una ley que expresamente le otorgue determinada atribución o competencia a un funcionario para que éste actúe. Si lo hace fuera de los parámetros de esa norma legal, su actuación deviene en ilegal y podrá ser impugnada ante la Sala de lo Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. El fundamento constitucional de lo dicho se encuentra en el 3er inciso del artículo 86 de la Constitución de la República, que expresa: ***"Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley."***

Así como el Estado se encuentra dividido en tres órganos para el desempeño de sus funciones, la Administración Pública se encuentra dividida en órganos con funciones determinadas legalmente. A esa porción de función administrativa otorgada por la ley a cada ente u órgano de la administración se le conoce como competencia. De acuerdo al Principio de Legalidad, la competencia es lo que permite la actuación de determinado funcionario en un asunto señalado. Según María Díez hay dos razones para la competencia: la división del trabajo y la estimación que al delimitarse el

campo de actuación de cada ente público se garantizarán mejor los derechos de los administrados.

De tal forma que cada funcionario únicamente podrá actuar dentro de los parámetros establecidos por la Constitución, leyes y reglamentos, los que delimitan su competencia. Si actúan fuera de su competencia o dentro de la competencia conferida a otro funcionario, su actuación será ilegal y podrá ser impugnada ante las autoridades jurisdiccionales competentes.

Al respecto hay que aclarar que la competencia se puede considerar desde diferentes puntos de vista: jerárquico, territorial, temporal, etcétera.

En complemento a lo dicho, hay que considerar que habrán situaciones en las cuales aunque la norma no habilite expresamente la actuación de los funcionarios, éstos se hallan habilitados tácitamente por la misma especialización que deviene de su competencia, es lo que se llaman competencias implícitas, por ejemplo: El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social tiene una competencia especial sobre materias de salud pública y asistencia social, por consiguiente, aunque no estén estrictamente expresadas, él puede asumir las funciones que derivan de su especialización, es decir, puede realizar los actos necesarios para su actuación que se encuentren dentro del marco de salud pública y asistencia social. Hay que advertir que tal habilitación tácita de competencia no habilita en ningún momento para afectar derechos individuales o para la imposición de sanciones, para tales materias, debe existir una competencia anterior y expresa, siendo parte de la Zona de Reserva Legal, es decir, temas que en virtud de la Constitución deben ser regulados vía legislativa. Dentro de éstos se encuentran los derechos fundamentales, tal como establece el artículo 246 de la Constitución de la República.

En este artículo se confiere la competencia para aprobar las bases de licitación o concurso y para adjudicar, recayendo la misma en la máxima autoridad de una institución, sea ésta el titular, en el caso de los Ministerios, las instituciones autónomas y organismos constitucionales, que están bajo un órgano unipersonal; o las Juntas o Consejos Directivos o Concejos Municipales, o similares, en caso de los órganos colegiados.

En su segundo inciso se permite la delegación de competencia para adjudicar pero en el caso de la libre gestión.

Sin embargo, en el caso de las instituciones autónomas y si sus leyes de creación y organización lo regulan, se permite que realicen su propia organización de la competencia para aprobar bases y adjudicar.

Siguiendo el criterio del artículo 193 de la Constitución de la República, en el cuarto inciso del artículo en comento, se reafirma que el Fiscal General de la República, representará al Estado en los contratos de compraventa de inmuebles y de muebles sujetos a licitación, dejando fuera los contratos de suministro de servicios, obra pública, consultoría y concesión, los que serán firmados por el titular de cada institución, quienes podrán delegar su competencia de representación para firmar

tales contratos en los funcionarios que estimen pertinente y de conformidad a las formalidades legales. Sin embargo la responsabilidad recaerá tanto sobre los delegantes como sobre los delegados, pues aún cuando el delegado no esté de acuerdo, si no lo ha expresado así, será responsable al igual que quien le ordenó, de acuerdo al siguiente artículo.

Las presentes normas son completadas por el artículo 19 RELACAP.

Al final el artículo parece contradecirse cuando expresa que en todo caso los firmantes responderán por sus actuaciones y acto seguido dice que la responsabilidad por la actuación del designado, siempre recaerá en el titular que hace la designación. La aclaración la hace el artículo 19 LACAP que establece que la responsabilidad será solidaria, es decir de todos los actuantes.

Zona de reserva legal: son las materias que por mandato constitucional o legal deben ser reguladas por ley, es sentido estricto, es decir, que emane de la Asamblea Legislativa. Se identifica por la expresión “de acuerdo a la ley” o similar. De acuerdo al artículo 246 de la Constitución de la República la regulación de los Derechos Fundamentales es materia de ley, es zona de reserva legal.

LEGISLACION MENCIONADA

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA

Art. 193.- Corresponde al Fiscal General de la República:

1º Defender los intereses del Estado y de la Sociedad;

5º Defender los intereses fiscales y representar al Estado en toda clase de juicios y en los contratos sobre adquisición de bienes inmuebles en general y de los muebles sujetos a licitación, y los demás que determine la ley;

10º Velar porque en las concesiones de cualquier clase otorgadas por el Estado, se cumpla con los requisitos, condiciones y finalidades establecidas en las mismas y ejercer al respecto las acciones correspondientes;

11º Ejercer las demás atribuciones que establezca la Ley. (1)(11)

Seguimiento y Responsabilidad

Art. 19.- El titular de la institución o la persona designada por éste, está en la obligación de dar seguimiento a la actuación de los subalternos y será responsable por la negligencia en que incurriere en la observancia de esta obligación. Si hubiere indicio de la comisión de algún delito por parte de los subalternos en el cumplimiento de sus funciones, deberá comunicarse de inmediato a la autoridad competente para no incurrir en responsabilidad por la omisión del aviso correspondiente. El Titular será responsable solidariamente por la actuación de sus subalternos en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta Ley; asimismo, en su caso deberá iniciar los procedimientos e imponer las sanciones que la misma establece, sin perjuicio de deducir la responsabilidad penal si la hubiere.

Los subalternos que tuvieren a su cargo los actos preparatorios de las adquisiciones y contrataciones, así como lo relacionado con la vigilancia de su ejecución y liquidación, responderán personalmente por las infracciones o delitos que ellos

cometieren, en ocasión de los actos regulados en esta Ley.

Asimismo, los subalternos estarán obligados a denunciar pronta y oportunamente ante la Fiscalía General de la República, las infracciones o delitos de que tuvieren conocimiento, inclusive los cometidos por cualquiera de sus superiores en cumplimiento de esta Ley.

Para lo cual se le garantizará estabilidad en su empleo, no pudiendo por esta causa ser destituido o trasladado ni suprimida su plaza en la partida presupuestaria correspondiente; la Corte de Cuentas de la República verificará el cumplimiento de lo anterior.

COMENTARIO

Se establece la obligación del titular de dar seguimiento a la actuación de los subalternos que tengan incidencia en las adquisiciones estatales, responsabilizándolo por el solo hecho de no hacerlo. De conformidad al artículo 241 de la Constitución de la República, se tendrá por encubridor si no denuncia oportunamente las infracciones penales que en virtud de la presente obligación debe controlar. En todo caso, y de conformidad al artículo 230 inciso 2º de la Constitución de la República, la ley lo considera solidariamente responsable por las infracciones administrativas o penales que resultaren, obligándolo a iniciar y concluir los procedimientos de sanción contemplados en los artículos 150 a 157 LACAP, sin perjuicio de la responsabilidad por los delitos que resulten de dichas infracciones, como por ejemplo: Negociaciones Ilícitas (Art. 328 Pn), Revelación de Secreto (Art. 324 Pn) e Incumplimiento de Deberes (Art. 321 Pn).

Los subalternos, que responden de forma personal por las infracciones dichas, están obligados a denunciar ante la Fiscalía General de la República las infracciones o delitos. Esta situación tiene mucho que ver con el Principio de Reiteración que establece el artículo 28 de la Ley de Corte de Cuentas, por medio del cual los subalternos pueden evitar la responsabilidad administrativa por procedimientos ilegales si oportunamente lo han manifestado. En el inciso final se establece una ilusoria garantía de estabilidad de empleo.

LEGISLACION MENCIONADA

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA

Art. 230.- Para la percepción, custodia y erogación de los fondos públicos, habrá un Servicio General de Tesorería.

Cuando se disponga de bienes públicos en contravención a las disposiciones legales, será responsable el funcionario que autorice u ordene la operación, y también lo será el ejecutor, si no prueba su inculpabilidad.

Art. 241.- Los funcionarios públicos, civiles o militares que tengan conocimiento de delitos oficiales cometidos por funcionarios o empleados que les estén subordinados, deberán comunicarlo a la mayor brevedad a las autoridades competentes para su juzgamiento, y si no lo hicieren oportunamente; serán considerados como encubridores e incurrirán en las responsabilidades penales correspondientes.

CODIGO PENAL

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES

Art. 321.- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o el encargado de un servicio público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de su función, será sancionado con treinta a cincuenta días multa e inhabilitación especial para el desempeño del cargo de seis meses a un año.

Cuando el incumplimiento del deber dé lugar a un hecho delictivo, o sea motivo de otro, será sancionado con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial del cargo de tres a cinco años. (13)

REVELACION DE HECHOS, ACTUACIONES O DOCUMENTOS SECRETOS POR EMPLEADO OFICIAL

Art. 324.- El funcionario o empleado público que revelare o divulgare hechos, actuaciones o documentos que debieran permanecer secretos o facilitare de alguna manera el conocimiento de los mismos, será sancionado con prisión de seis meses a tres años.

Si de la revelación o divulgación resultare grave daño a los intereses del Estado, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado.

NEGOCIACIONES ILICITAS

Art. 328.- El funcionario o empleado público que debiendo intervenir por razón de su cargo, en cualquier contrato, licitación, subasta, decisión o cualquier operación, se aprovechare de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.

El funcionario o empleado público, que por razón de su cargo, interviniere en cualquier contrato, suministro, licitación o subasta en que estuviere interesada la Hacienda Pública y aceptare comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si el funcionario o empleado público hubiere sido el que solicitare las comisiones o porcentajes, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte de su máximo.

La disposición del inciso primero, es aplicable a los árbitros, peritos, contadores y demás profesionales, respecto a los actos en que intervinieren por razón de su oficio, así como a los tutores y síndicos y a todo el que en virtud de cualquiera otra actuación legal interviniere en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos.

LEY DE LA CORTE DE CUENTAS DE LA REPUBLICA

Objeciones a Ordenes Superiores

Art. 28.- Los servidores al ejercer el control previo financiero o administrativo, analizarán las operaciones propuestas antes de su autorización o ejecución, examinando su legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad y pertinencia; y podrán objetar, por escrito, las órdenes de sus superiores, expresando las razones de la objeción.

Si el superior autorizare, por escrito, los servidores cumplirán la orden, pero la responsabilidad caerá en el superior.

Lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 35 de esta Ley, se aplicará a los servidores que hubieren objetado órdenes superiores.

Comisiones de Evaluación de Ofertas

Art. 20.- Dependiendo de la cantidad de adquisiciones o contrataciones, cada institución constituirá las Comisiones en cada caso, para la Evaluación de Ofertas que estime conveniente, las que serán nombradas por el titular o a quien éste designe. Dichas Comisiones podrán variar de acuerdo a la naturaleza de las obras, bienes o servicios a adquirir. Procederán en todo caso, cuando se trate de licitaciones o concursos públicos o públicos por invitación, nacionales o internacionales.

En cuanto a la contratación directa y la libre gestión, será potestad del titular la constitución de las comisiones de evaluación de ofertas respectivas.

Las comisiones a las que se refiere este artículo se formarán por lo menos con los miembros siguientes:

a) El Jefe de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional o la persona que él designe;

b) El solicitante de la obra, bien o servicio o su delegado;

c) Un Analista Financiero; y,

d) Un experto en la materia de que se trate la adquisición o contratación.

En el caso de las municipalidades, Tribunal de Servicio Civil, representaciones diplomáticas y consulares, las comisiones a que se refiere este artículo se conformarán de acuerdo a su estructura institucional. (2)

Cuando la institución no contare con personal especializado o idóneo en la materia de que se trate, solicitará colaboración de funcionarios públicos de otras instituciones del Estado, quienes estarán obligados a colaborar y, excepcionalmente, se podrá contratar especialistas.

Cuando la obra, bien o servicio a adquirir involucre a más de una institución, se podrán constituir las comisiones de evaluación de ofertas inter-institucionales, identificando en ésta la institución directamente responsable, y será ésta quién deberá constituirla de conformidad con lo establecido en este artículo.

No podrán ser miembros de la comisión o comisiones el cónyuge o conviviente, o las personas que tuvieren vínculo de parentesco hasta el segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad con algunos de los ofertantes.

COMENTARIO

Como una manifestación de actividad consultiva de la administración, la Comisión de Evaluación de Ofertas (CEO) tiene por atribución, dictaminar cuál es el contratista elegible para proporcionar la obra, bien o servicio requerido para obtener

determinados fines públicos. Debe ser nombrada por el titular o por su designado, en cada procedimiento de compras, siempre para licitaciones y concursos y cuando se estime conveniente en contratación directa y libre gestión.

Este órgano pluripersonal puede solicitar colaboración de personal idóneo en la materia cuando no disponga del mismo, de acuerdo al artículo 12 literal i) LACAP. Tal personal está obligado a colaborar. Únicamente de forma excepcional se pueden contratar especialistas al efecto. La ley no ha regulado si se les pagará a los funcionario y empleados por tales servicios, por lo que puede considerarse que si están dentro del horario de trabajo normal, serán resarcidos con su sueldo ordinario. En el caso de especialistas se estará frente a consultores que deben ser contratados de acuerdo a la LACAP y a quienes debe pagarse.

Este artículo en su tercer inciso da la pauta para que puedan realizarse de forma conjunta por varias instituciones cualquier clase de procedimiento de selección de contratistas, de lo que resulta una figura interesante: la comisión de evaluación de ofertas Inter-institucional o mixta, formada por sus personeros, en cuyo caso se debe establecer e identificar cuál es la institución directamente responsable. En la normativa de compras no se estableció como determinar tal extremo.

Por motivos de probidad se establece una prohibición relativa a los integrantes de la CEO, que no pueden tener vínculos de parentesco hasta el segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad con los ofertantes, sin embargo la LACAP no plantea una sanción o efecto legal para tal incumplimiento.

En una reforma a la LACAP inexplicablemente, se excluyó la figura del asesor legal que dictamina sobre la legalidad del procedimiento, que estaba en el 4º inciso, el cual fue sustituido por otro que no tiene ninguna relación. Sin embargo, el artículo 50 RELACAP recupera tal figura, que estaba siendo usada en la práctica.

TÍTULO III
GENERALIDADES DE LAS CONTRATACIONES

CAPÍTULO I
TIPOS DE CONTRATOS

Característica
Art. 21.- Los Contratos regulados por esta Ley determinan obligaciones y derechos entre los particulares y las instituciones como sujetos de Derecho Público, para el cumplimiento de sus fines. Excepcionalmente regula la preparación y la adjudicación de los Contratos de Arrendamiento de Bienes Muebles.

COMENTARIO
Las instituciones enumeradas en el artículo 2 LACAP actuarán como sujetos de derecho público, es decir, con la potestad o imperium estatal necesario para el cumplimiento de los fines que se han propuesto con los contratos determinados. Tal

poder no puede ejercerse como una facultad omnímoda sino que debe respetarse la esfera de libertades del individuo. En tal sentido, debe recordarse que los derechos humanos de la primera generación son oponibles al Estado, como un escudo contra sus posibles arbitrariedades.
Facultad omnímoda: es una potestad irresistible e irrazonable, se utiliza esta expresión para referirse al uso del poder de forma ilegítima.

Derechos de la primera generación: son los derechos individuales o primarios, llamados civiles y políticos en lenguaje de la ONU. Se refieren a facultades del individuo en cuanto tal y tienen la característica de ser oponibles al poder estatal, constituyéndose en una defensa del individuo frente al poder estatal. En nuestro medio una forma de oposición es el amparo constitucional.

Contratos Regulados
Art. 22.- Los Contratos regulados por esta Ley son los siguientes:

a. Obra Pública;
b. Suministro;
c. Consultoría;
d. Concesión; y,
e. Arrendamiento de bienes muebles.

COMENTARIO
El artículo 22 LACAP establece de forma taxativa los contratos que regula esta ley.

Régimen de los Contratos
Art. 23.- La preparación, adjudicación, formalización y efectos de los contratos indicados en la disposición anterior quedan sujetos a esta Ley, su reglamento y demás normas que les fueren aplicables. A falta de las anteriores, se aplicarán las normas de Derecho Común.

COMENTARIO
En consonancia con el artículo 5 LACAP, se establece el régimen legal de las adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública, que está formado a) primero por la Constitución de la República, b) luego por las normas que emanen de convenios o tratados suscritos y ratificados por la República de El Salvador que versen sobre contratos administrativos y que se opongan a la LACAP, c) más adelante, por la LACAP y su reglamento, y d) otras normas legales aplicables sobre derecho administrativo, pues el derecho administrativo tiene la característica de ser común y supletorio sobre temas de derecho público, e) de forma supletoria el derecho común, debiendo tomarse el Derecho Civil como primer exponente, sin detrimento que existen ramas del derecho que en determinado momento se equiparan al derecho común por regular de forma general ciertos temas, por ejemplo el derecho penal que sirve de parámetro para regular las sanciones administrativas, f) Instructivos y manuales emanados de la UNAC.

Norma Supletoria
Art. 24.- Fuera de los contratos mencionados en este capítulo, las instituciones podrán contratar de acuerdo a las normas de Derecho Común, pero se observará, todo lo dispuesto en esta Ley en cuanto a su preparación, adjudicación y cumplimiento, en cuanto les fuere aplicable.

COMENTARIO
Se establece la facultad de realizar los llamados por la doctrina contratos de la administración, que vienen a ser contratos en que interviene la administración, despojándose en cierta medida de su imperium debido al tipo de contrato, que es de derecho común: compraventa de inmuebles, arrendamiento de inmuebles, comodato, anticresis, etc. Tal como establece el artículo, debe evaluarse hasta que punto es aplicable la LACAP a este tipo de contratación, lo que generará una resolución razonada para sustentar el apartarse en determinada medida de la LACAP. Por ejemplo, en el arrendamiento de bienes inmuebles, se puede sustentar que por motivos de ubicación, área y servicios de un inmueble, no es conveniente una licitación pública, que vendrá a ser un costo administrativo innecesario, para lo cual se procederá a una gestión directa con el dueño del inmueble adecuado. No es recomendable que la inaplicación llegue hasta a excluir a la UACI de la gestión de selección de contratistas.

CAPÍTULO II
CONTRATISTAS

Capacidad para Contratar
Art. 25.- Podrán contratar con las instituciones, las personas naturales capaces conforme al derecho común y las personas jurídicas legalmente constituidas, sean nacionales o extranjeras, siempre que no se encuentren incapacitadas por alguna de las situaciones siguientes:

a) Haber sido condenado con anterioridad mediante sentencia firme, por delitos contra la Hacienda Pública, la corrupción, el cohecho activo, el tráfico de influencias y los contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos; mientras no hayan sido habilitados en sus derechos por la comisión de esos delitos; (7)
b) Haber sido declarado en estado de suspensión de pagos de sus obligaciones o declarado en quiebra o concurso de acreedores, siempre que no esté rehabilitado;
c) Haber sido declarado culpable por la extinción de cualquier contrato celebrado con alguna de las Instituciones, durante los últimos cinco años contados a partir de la referida declaración;
d) Estar insolvente en el cumplimiento de las obligaciones fiscales, municipales y de seguridad social;

e) Haber incurrido en falsedad al proporcionar la información requerida de acuerdo a esta Ley;
f) En el caso de que concurra como persona jurídica extranjera y no estuviere legalmente constituida de conformidad a las normas de su propio país, o no haber cumplido con las disposiciones de la legislación nacional, aplicables para su ejercicio o funcionamiento; y,
g) Haber evadido la responsabilidad adquirida en otras contrataciones, mediante cualquier artificio.(2)

Los contratos celebrados en contravención a lo dispuesto en este artículo producen **nulidad**. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y penal en que se incurra.

COMENTARIO

Con base en el reconocimiento de la capacidad como regla general de las personas, la LACAP plantea que todas las personas naturales o jurídicas podrán contratar administrativamente, sin embargo, por motivos de responsabilidad penal, incumplimiento contractual, fraude, insolvencia, falta de cumplimiento de obligaciones tributarias, sociales y provisionales y por falta de representatividad, considera incapaces para contratar a las personas que caigan en tales categorías, sancionando con nulidad dichas contrataciones.

Al respecto vale la pena realizar los comentarios siguientes: en el artículo 154 literal c) LACAP se configura una sanción para los miembros de la Comisión de Evaluación de Ofertas, que a sabiendas recomienden la adjudicación a las personas incluidas en las prohibiciones para contratar.

La nulidad del contrato debe ser declarada por un Juez. Nótese que el efecto legal es la nulidad del contrato, no del acto administrativo de adjudicación. En todo caso, el acto de adjudicación surte efectos y se extingue al momento que se contrata, por ende, lo que persiste es el contrato, que según este artículo está viciado de nulidad. En tal sentido, para privar al contratista de tal derecho, debe probarse la existencia de la causal de nulidad, mediante un proceso judicial. Recuérdese que la jurisdicción contencioso administrativa lamentablemente, solo tiene competencia para decretar la ilegalidad y nulidad de los actos administrativos, no de los contratos, habrá que acudir entonces a los tribunales que por la vía del artículo 23 LACAP serán los de la jurisdicción civil.

Es preocupante que en el literal c) del artículo se establece como incapaz para contratar por el plazo de cinco años a aquel contratista que haya sido declarado culpable de la extinción de un contrato, figura que de acuerdo a los artículos 93 literal a), 94 literales a), b) y c) y 100 inciso 2º LACAP, recae en aquellos contratistas a los cuales se les caducó el contrato. Entonces, si a determinado contratista se le caduca el contrato, por tal razón se le restringe su derecho de libertad de ofertar y contratar por el plazo dicho. Tal disposición, de entrada es inconstitucional, tornándose más grave la situación cuando nos percatamos que no existe un procedimiento para imponer la caducidad que con base en lo expuesto, se configura como una verdadera sanción administrativa que afecta la libertad de los contratistas.

Para el efecto de la nulidad contemplada en este y el posterior artículo, son normas

complementarias los artículos 10 y 11 del Código Civil.

LEGISLACION MENCIONADA
CODIGO CIVIL
Art. 10.- Los actos que prohibe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.
Art. 11.- Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algun objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley.

Impedidos para Ofertar

Art. 26.- No obstante lo establecido en el artículo anterior, no podrán participar como ofertantes:

a) Los miembros del Consejo de Ministros;
b) Los funcionarios y empleados públicos y municipales, en su misma institución, cuando en ellos concurra la calidad de Propietarios, Socios o Accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del ofertante de las obras, bienes o servicios. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos. (2)
c) El cónyuge o conviviente, y las personas que tuvieren vínculo de parentesco hasta el segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad, con los funcionarios públicos mencionados en el literal anterior.

Las contrataciones en que se infrinja lo dispuesto en este artículo son **nulas** y la prohibición se extenderá de igual forma a las subcontrataciones.

COMENTARIO
A diferencia de la norma anterior, esta presenta una prohibición expresa bajo la forma de impedimento que opera antes de la norma anterior, impidiendo ofertar a los sujetos que están bajo sus supuestos, de los cuales el primero está claro, solo pudiendo aportarse que es una prohibición personal dirigida a quienes ostenten el nombramiento de ministro, viceministro de Estado, presidente o vicepresidente, tal como establece el artículo 166 de la Constitución de la República.

Aplicando la norma de interpretación de la ley contenida en el inciso 1° del artículo 19 del Código Civil y debido quizás a una infeliz redacción, de la lectura del segundo supuesto es perfectamente deducible que el impedimento será aplicable a los funcionarios y empleados públicos y municipales, pero únicamente cuando en ellos concurran las calidades mencionadas a continuación: propietario, socio o accionista de la empresa, o administrador, gerente, director o representante legal del ofertante. Es decir, que si el ofertante, aún trabajando en su misma institución no es propietario de una empresa individual o colectiva u ostenta algún cargo de administración de

una empresa bajo la forma de sociedad, puede perfectamente ofertar, por sí. En este segundo supuesto legalmente podemos entender que un funcionario o empleado público sí puede participar en licitaciones si éstas se realizan en otra institución, lo cual no sería ético.

Debe aclararse que si con base en el artículo 19 inciso 2° del Código Civil, examinamos la intención de la ley, encontraremos que se encuentra tanto propiciar la libre competencia como evitar la corrupción, y debido a la infeliz redacción no se puede aclarar tal sentido. Estimo entonces que tal disposición debió haberse quedado así: *"Los funcionarios y empleados públicos y municipales, en su misma institución, por si o por interpósita persona"*, pues la redacción actual puede perfectamente propiciar la corrupción.

También el tercer supuesto adolece de una situación semejante, pues al extender la prohibición a personas relacionadas con el parentesco ahí definido, no incluyó a los empleados públicos, limitándose a los funcionarios. Si utilizamos las normas de aplicación contenidas en el artículo 5 y 23 LACAP podemos acudir a otras normativas para dilucidar la situación, al respecto, los artículos 3 de la Ley de Etica Gubernamental, 39 del Código Penal y 270 del Código Electoral establecen una diferencia entre funcionarios y empleados. También el artículo 86 inciso 3° de la Constitución de la República, como base de los anteriores, claramente establece que el funcionario es quien tiene competencia. Se puede concluir entonces que existiendo en nuestra legislación tal diferencia, la LACAP no se refirió a los empleados por ignoradas razones, lo cual podría también propiciar corrupción.

Esto generaba un problema que fue solucionado por la Ley de Etica Gubernamental y que también está tratado por el Código Penal, con lo cual no se podrá hacer uso de este vacío.

Finalmente debería incluirse en las prohibiciones mencionadas al artículo 128 de la Constitución de la República que establece que los diputados no pueden ser contratistas ni caucioneros, ni tener concesiones, ni ser representantes de estos.

LEGISLACION MENCIONADA

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA

Art. 128.- Los Diputados no podrán ser contratistas ni caucioneros de obras o empresas públicas que se costeen con fondos del Estado o del Municipio; ni tampoco obtener concesiones del Estado para explotación de riquezas nacionales o de servicios públicos, ni aceptar ser representantes o apoderados administrativos de personas nacionales o extranjeras que tengan esos contratos o concesiones.

Art. 166.- Habrá un Consejo de Ministros integrado por el Presidente y el Vicepresidente de la República y los Ministros de Estado o quienes hagan sus veces.

CODIGO CIVIL

Art. 19.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

LEY DE ETICA GUBERNAMENTAL
Definiciones
Art. 3.- Para los efectos de esta ley se entiende por:

a) Función Pública. Toda actividad temporal o permanente, remunerada o ad-honorem, realizada por una persona natural en nombre del Estado, al servicio de éste, o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
b) Funcionario Público. Persona natural que presta servicios, retribuidos o ad-honorem, permanentes o temporales en la administración del Estado, de los municipios y de las entidades oficiales autónomas sin excepción, por elección o por nombramiento, con facultad para tomar decisiones dentro de las atribuciones de su cargo.
c) Empleado Público. Persona natural que presta servicios, retribuidos o ad-honorem, permanentes o temporales en la administración pública y que actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico, dentro de las facultades establecidas en su cargo.
d) Servidor Público. Persona natural que presta ocasional o permanentemente, servicios dentro de la administración del Estado, de los municipios y de las entidades oficiales autónomas sin excepción. Comprende a los funcionarios y empleados públicos y agentes de autoridad en todos sus niveles jerárquicos.
e) Fondos Públicos. Son los provenientes de la hacienda pública o municipal que se utilizan para el cumplimiento de funciones, finalidades, potestades o actividades de naturaleza pública.
f) Corrupción. El uso y abuso del cargo y de los bienes públicos, cometido por servidor público, por acción u omisión, para la obtención de un beneficio económico o de otra índole, para sí o a favor de un tercero.
g) Particular. Persona natural o jurídica que carece de vinculación laboral con la administración pública a quien ésta le presta servicios.
h) Bienes. Activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.
i) Probidad. Honradez, integridad, rectitud, respeto y sobriedad en el actuar del servidor público.
j) Conflicto de intereses. Son aquellas situaciones en que el interés personal del servidor público o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, entran en pugna con el interés público.
k) Enriquecimiento ilícito. Aumento del capital de un funcionario o servidor público o de su grupo familiar, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, que fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos y emolumentos que haya percibido legalmente y de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier causa justa.
l) Ética Pública. Principios que norman los pensamientos, las acciones y las conductas humanas y que las orientan al correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas.

CODIGO PENAL
Art. 39.- Para efectos penales, se consideran:
1) Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del

municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos;
2) Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia.
3) Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico; y,
4) Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil.

CODIGO ELECTORAL
Art. 270.- Para efectos del presente Código se consideran:
1. FUNCIONARIOS PUBLICOS: todas las personas que prestan servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civil o militar en la Administración Pública del Estado, del Municipio o de cualquier Institución Oficial o Autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos.
2. EMPLEADOS PUBLICOS: todos los servidores del Estado o de sus Organismos Descentralizados y del Municipio que carecen de poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico, independientemente del pago por el cual se le haga efectivo su salario.
3. AGENTE DE AUTORIDAD: los agentes de la Policía Nacional Civil y Policía Municipal.
4. AUTORIDAD PUBLICA: los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un Tribunal, ejerzan jurisdicción propia.

CAPÍTULO III
DE LA CALIFICACIÓN

Elementos de Calificación y Criterios
Art. 27.- La Calificación consiste en seleccionar a los potenciales ofertantes de adquisiciones y contrataciones nacionales o extranjeros, para ser considerados elegibles y que puedan presentar sus ofertas.

La calificación procederá generalmente al tratarse de las adquisiciones y contrataciones de obras o bienes de gran magnitud o complejidad o, de servicios que requieren conocimientos altamente especializados.

Para realizar la calificación, la UACI requerirá públicamente a todos los interesados para ser considerados como potenciales ofertantes, a que presenten la información indispensable y tomará en cuenta por lo menos los criterios siguientes:

a) Experiencia y resultados obtenidos en trabajos similares, inclusive los antecedentes de los subcontratistas, cuando la contratación conlleve subcontratación; asimismo, certificaciones de calidad si las hubiere;
b) Personal idóneo, capacidad instalada, maquinaria y equipo disponible en condiciones óptimas para realizar la obra;
c) Situación financiera sólida legalmente comprobada; y,
d) La existencia de otras obligaciones contractuales y el estado de

desarrollo de las mismas.
La calificación realizada por la UACI surtirá efecto, inclusive, respecto de las demás instituciones de la administración pública y será revisada y actualizada por lo menos una vez al año.

Precalificación
Art. 28.- Se entenderá por precalificación, la etapa previa de una Licitación o un Concurso, en la que la UACI formula una preselección entre los ofertantes calificados y les invita directamente a presentar ofertas.

Co-calificación
Art. 29.- Se entenderá por co-calificación, a la etapa de una Licitación o un Concurso en la que la UACI invita directamente a ofertantes a presentar ofertas, sin haberles calificado previamente, la que realizará simultáneamente al momento de analizar y evaluar las ofertas presentadas.

Acuerdo Razonado para Calificar
Art. 30.- La calificación procederá generalmente al tratarse de las adquisiciones o contrataciones de obras o bienes de gran magnitud o complejidad, o servicios que requieren conocimientos altamente especializados, tales como: obras hidroeléctricas, geotérmicas, autopistas, aeropuertos, puertos, servicios de comunicación de gran avance tecnológico, estudios especializados como ecológicos y otros.

Para utilizar el mecanismo de la precalificación o de la co-calificación, la institución contratante deberá emitir un acuerdo razonado. El mecanismo de calificación deberá consignarse en las bases de licitación o de concurso.

En el Reglamento de esta Ley se determinarán los casos en los que procede realizar la calificación ya sea en forma previa o simultánea.

COMENTARIOS
La figura de la calificación consiste en seleccionar quiénes van a ser los posibles ofertantes de obras, bienes y servicios, con base en criterios técnicos, financieros, legales y cumplimiento contractual, entre otros, a fin que éstos puedan ofertar en los diferentes procedimientos de selección de contratistas. La ley menciona que procederá “generalmente”, es decir, no únicamente para obras, bienes o servicios de gran magnitud o complejidad, por lo que puede realizarse para las que no sean de esas características. El objetivo es propiciar un procedimiento de selección de contratista en el que participen ofertantes que tengan serias posibilidades de ganar.

Tal procedimiento debe ser actualizado por lo menos una vez al año y surte efectos aún con relación de otras instituciones.

Debe mediar un acto administrativo (acuerdo razonado según la LACAP) para realizar tal procedimiento. Existen, sin embargo, dos figuras: la precalificación, que es la selección previa de los ofertantes, y la cocalificación que es la que siempre se

realiza al momento de un procedimiento de selección de contratistas. En este último supuesto no resulta muy procedente el acuerdo previo de calificación. El tema de la calificación es desarrollado en los artículos 24, 25, 26, 27, 28, y 29 RELACAP.

CAPÍTULO IV
GARANTÍAS EXIGIDAS PARA CONTRATAR

Clasificación
Art. 31.- Para proceder a las adquisiciones y contrataciones reguladas por esta Ley, las instituciones contratantes exigirán oportunamente según el caso, que los ofertantes o contratistas presenten las garantías para asegurar:

a) El Mantenimiento de Oferta;
b) La Buena Inversión de Anticipo;
c) El Cumplimiento de Contrato; y,
d) La Buena Obra.

En las bases de licitación o de concurso podrá determinarse cualquier otro hecho que deba garantizarse, según el caso, aunque no aparezca mencionado anteriormente.

En las mismas bases de licitación o de concurso, deberá indicarse la exigencia de éstas garantías, los plazos en que deben rendirse o presentarse y, cuanto sea necesario para que los ofertantes queden plenamente informados, todo de acuerdo al objeto de las obligaciones que deben asegurarse.

COMENTARIO
Debido al fin público perseguido por los contratos administrativos, la exigencia de las garantías es un requisito ineludible para las instituciones de la administración pública, salvo contadas excepciones, por ejemplo, la contenida en el artículo 119 inciso 2° LACAP, referida a la entrega inmediata del contrato de suministro.

Además de las mencionadas en el primer inciso en el cuerpo de la ley, se pueden encontrar dos referencias a la garantía de fábrica (artículos 62 y 122 LACAP).

Es peligroso que en el segundo inciso se conceda a las instituciones la facultad de establecer otras garantías por medio de las bases de licitación. Eso implica prácticamente darles facultad legislativa, pues las garantías vienen a ser en determinado momento un valladar a la libre contratación. Más grave aún es el hecho que no establece parámetros en cuanto a porcentajes, exigencia, etc. lo que ya propició abusos de algunas instituciones, en detrimento del derecho de libertad de concurrencia a las licitaciones o procedimientos de selección de contratistas, como por ejemplo el caso de una institución que exigió garantía para interponer el Recurso de Revisión , violentando la Constitución de la República. No debe olvidarse que por Seguridad Jurídica, las garantías tienen por objeto caucionar las obligaciones de los ofertantes y contratistas frente al cumplimiento de fines públicos. No deben tomarse como mecanismos de sanción ni de represión injustificada.

Especies de Garantías
Art. 32.- Las garantías podrán consistir en fianzas o garantías bancarias, emitidas por sociedades afianzadoras o aseguradoras o instituciones bancarias, nacionales o extranjeras. Las forma, valores, plazos y demás condiciones de éstas garantías serán establecidas de conformidad a las bases de licitación o de concurso y el contrato respectivo.

También podrán servir como garantías depósitos bancarios con restricciones, cartas de crédito irrevocables y pagaderas a la vista, o cualquier otro título valor o bien de fácil o inmediata realización, siempre que a juicio de la institución contratante garantice suficientemente sus intereses.

Los Bancos, las Sociedades de Seguros y Afianzadoras extranjeras, podrán emitir garantías, siempre y cuando lo hicieren por medio de alguna de las instituciones del Sistema Financiero Salvadoreño, actuando como entidad confirmadora de la emisión.

Las Compañías que emitan las referidas garantías, deberán estar autorizadas por la Superintendencia del Sistema Financiero de El Salvador y ser aceptadas por las instituciones contratantes.

COMENTARIO
Las garantías para caucionar las principales intervenciones de los administrados en el procedimientos administrativo de selección de contratista y en la ejecución contractual pueden consistir en: a) fianzas; b) otras garantías bancarias; c) depósitos bancarios con restricciones; d) cartas de crédito irrevocables y pagaderas a la vista; e) títulos valores; f) bienes de fácil e inmediata realización. Las mismas deben ser reguladas y detalladas en las bases de licitación o concurso. Pueden ser emitidas por instituciones bancarias o afianzadoras nacionales o extranjeras, todas las cuales deben estar autorizadas por la Superintendencia del Sistema Financiero y ser aceptadas por la Institución. Esta última situación puede prestarse a abusos por parte de instituciones que al no pagárseles las garantías por no ser exigibles formal o sustancialmente, pretendan constreñir a dichas entidades financieras excluyéndolas de su lista de “aceptados”.

Garantía de Mantenimiento de Oferta
Art. 33.- Garantía de Mantenimiento de Oferta, es la que se otorga a favor de la institución contratante, a fin de asegurar el mantenimiento de las condiciones y de los precios de las ofertas, desde la fecha de apertura de éstas hasta su vencimiento, de conformidad a lo establecido en las bases de licitación o de concurso. El ofertante ganador, mantendrá la vigencia de esta garantía hasta el momento en que presente la Garantía de Cumplimiento del Contrato.

El período de vigencia de la garantía se establecerá en las bases de licitación o de concurso, el que deberá exceder al período de vigencia de la oferta por un plazo no

menor de treinta días. El valor de dicha garantía oscilará entre el 2% y el 5% del valor total del presupuesto del contrato. En las bases de licitación o de concurso se hará constar el monto fijo por el cual se constituirá esta garantía.
La Garantía de Mantenimiento de oferta se hará efectiva en los siguientes casos:
a) Si el ofertante no concurre a formalizar el contrato en el plazo establecido;
b) Si no se presentase la Garantía de Cumplimiento de Contrato dentro del plazo determinado en las bases de licitación o de concurso; y,
c) Si el ofertante retirare su oferta injustificadamente.

COMENTARIO
En esencia, esta garantía pretende caucionar que la oferta y todas sus condiciones serán mantenidas por quien la presenta. Lógicamente, su vigencia debe ser mayor que la vigencia de la oferta misma, considerándose los períodos necesarios para que la adjudicación quede firme, sin detrimento del Recurso de Revisión que puede interponerse y considerando también el tiempo indispensable para la elaboración y otorgamiento del instrumento contractual. Lo dicho implica que en el caso de la suspensión o alargamiento del procedimiento de selección del contratista esta garantía debe prorrogarse, sin embargo, no puede obligarse a los ofertantes a hacerlo. El artículo 33 RELACAP contempla el tema de la prórroga de las garantías pero no define las consecuencias por no prorrogarlas; en el comentario a tal artículo se establece una propuesta de cómo debieran tratarse ese tema en las bases de licitación. En todo caso, la garantía de oferta del adjudicado se entregará a cambió de la garantía de cumplimiento de contrato.

En el segundo inciso se establece la forma de cuantificarla: será un monto fijo que irá entre el 2% y el 5% del monto del contrato. Tal fórmula tiene dos inconvenientes: a) que puede calcularse el monto contractual, lo que entorpece la competencia la que se vuelve especulación, y b) que tal fórmula afecta la libre concurrencia cuando se ha previsto adjudicación parcial. La razón es que los ofertantes pequeños no podrán asumir el monto de la garantía por el monto total del contrato, que según casos reales, ha sobrepasado el monto de su oferta.

De forma práctica y de conformidad al artículo 5 LACAP las diferentes instituciones han ensayado una aplicación legal que permite conciliar los puntos propuestos: se considera que el valor de la garantía oscilará entre el 2% y el 5% del valor total del presupuesto del contrato, entendiéndose que será el valor total del presupuesto de cada contrato que se oferta. De esa forma se pide un porcentaje de acuerdo a la oferta de cada quien. El problema es que no se está aplicando la norma que establece que será un monto fijo. Entonces, se torna necesaria una reforma al efecto.

En el artículo 31 RELACAP se trata dicho tema estableciendo que en caso de adjudicación parcial, se podrán establecer los montos de las garantías con base en la agrupación de items, rubros, etcétera. Se estima que tal salida, no da una solución viable, sin embargo, por ser una facultad discrecional puede ser o no utilizada por las instituciones, las cuales podrán establecer en las bases otras salidas a dicha problemática.

Garantía de Buena Inversión de Anticipo

Art. 34.- Garantía de Buena Inversión de Anticipo, es la que se otorgará a favor de la institución contratante, para garantizar que el anticipo efectivamente se aplique a la dotación y ejecución inicial del proyecto de una obra o a los servicios de consultoría o de adquisición de bienes. La presentación de esta garantía será un requisito para la entrega del anticipo. La cuantía de la misma será del 100% del monto del anticipo.

El anticipo no podrá ser mayor al 30% del monto del contrato, dependiendo de las justificaciones y la naturaleza de la contratación; así como de lo establecido en las bases de licitación o de concurso.

La vigencia de esta garantía durará hasta quedar totalmente pagado o compensado el anticipo, de conformidad a la forma de pago establecida en el contrato.

COMENTARIO
El anticipo de un contrato es una suma que entrega la institución al contratista que está afecta o destinada exclusivamente para dotar al contratista de los elementos iniciales necesarios para obtener el fin contractual que a la postre viene a ser un fin público. Eso implica que tal suma no debe tener otro destino. Por ello la justificación de esta garantía, que se devuelve hasta que el contratista paga o compensa el anticipo de acuerdo al contrato. La misma será el 100% del monto del anticipo que no podrá ser mayor del 30% del monto del contrato.

El anticipo viene a ser una prestación para que el contratista cuente con los elementos necesarios para arrancar un determinado proyecto. La LACAP no definió si va a ser un primer pago o un financiamiento, pues menciona que el anticipo de pagará o compensará. La regla general de las instituciones es que es un financiamiento que proporciona la institución al contratista.

Las instituciones deben ser responsables y agilizar la entrega del anticipo y en todo caso, empezar a contar los plazos al momento de la entrega y no antes. Si existe atraso en su entrega el contratista podría invocar el artículo 86 LACAP.

Garantía de Cumplimiento de Contrato
Art. 35.- Garantía de Cumplimiento de Contrato, es la que se otorgará a favor de la institución contratante, para asegurarle que el contratista cumplirá con todas las cláusulas establecidas en el contrato y que la obra, el bien o el servicio contratado, será entregada y recibida a entera satisfacción. Esta garantía se incrementará en la misma proporción en que el valor del contrato llegare a aumentar, en su caso.

Cuando se trate de obras, esta garantía permanecerá vigente hasta que la institución contratante haya verificado la inexistencia de fallas o desperfectos en la construcción o que éstas no sean imputables al contratista, sin lo cual no se podrá otorgar el respectivo finiquito. Si el costo de reparación de las fallas o desperfectos resultare mayor al valor de la garantía de cumplimiento de contrato, el contratista responderá por los costos correspondientes.

El plazo de esta garantía se incorporará al contrato respectivo. En el caso de obras, el monto de la misma no podrá ser menor del 10%, y en el de bienes será de hasta el

20%.

En las bases de licitación o de concurso se establecerá el plazo y momento de presentación de esta garantía.

COMENTARIO
La garantía de fiel cumplimiento o de cumplimiento de contrato pretende caucionar dos eventos: a) el cumplimiento de todas las cláusulas contractuales, y b) la entrega y recepción a satisfacción de la obra, bien o servicio contratado, en los términos estipulados.

No se estipuló el porcentaje de la garantía de cumplimiento de contrato para los servicios, que incluyen el contrato de suministro de servicios y el de consultoría como servicio especializado. El RELACAP tampoco dijo nada. Sin embargo, de conformidad a los artículos 31 inciso 2º y 44 literal o) LACAP, puede establecerse en las bases de licitación, debiendo tomarse en consideración que con base en el Principio de Igualdad establecido en el artículo 3 de la constitución del a República, tales porcentajes deberán oscilar entre los límites establecidos en la ley para los contratos semejantes: entre un 10% y 20%.

Con relación al último inciso debe entenderse que la garantía se entregará dentro de un plazo razonable para surtir efectos: debe entregarse al inicio del plazo contractual, de lo contrario, podría frustrarse su reclamo.

Efectividad de Garantía
Art. 36.- Al contratista que incumpla alguna de las especificaciones consignadas en el contrato sin causa justificada, se le hará efectiva la garantía de cumplimiento de contrato, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra por el incumplimiento.

La efectividad de la garantía será exigible en proporción directa a la cuantía y valor de las obligaciones contractuales que no se hubieren cumplido.

COMENTARIO
Al contratista incumplidor, además de la exigencia de la garantía, se le impondrán las sanciones preestablecidas en la misma ley. Con base en el Principio de justicia y proporcionalidad, su requerimiento debe hacerse en proporción directa al cumplimiento contractual, siendo la base de su exigencia el nivel de incumplimiento. Por tanto, puede considerarse como abusiva e irrazonable la actuación de alguna institución que exija la totalidad de la garantía aún cuando ya se cumplió buena parte del contrato.

Frente a ese tipo de actuación se podrán incoar diferentes tipos de acciones, contencioso administrativa si existe ilegalidad, amparo si existe vulneración a derechos fundamentales, o acciones civiles por enriquecimiento sin causa y daños y perjuicios.
El reclamo de esta garantía debe hacerse al final del contrato, sea por cesación o

extinción (Art. 92 LACAP). No será legal su reclamo previo, pues lo que se garantiza es el hecho de cumplir el contrato, con lo cual, para exigirse debe mediar una liquidación de acuerdo a los artículos 2093 inc. 3 del Código Civil y 1424 del Código Civil.

Garantía de Buena Obra

Art. 37.- Garantía de Buena Obra, es la que se otorgará a favor de la institución contratante, para asegurar que el contratista responderá por las fallas y desperfectos que le sean imputables durante el período que se establezca en el contrato; el plazo de vigencia de la garantía se contará a partir de la recepción definitiva de la obra. Cuando sea procedente, ésta garantía deberá exigirse en la compra de bienes y suministros.

El porcentaje de la garantía será el 10% del monto final del contrato, su plazo y momento de presentación se establecerá en las bases de licitación, la que en ningún caso podrá ser menor de un año.

COMENTARIO

Debe dejarse claro que de conformidad a la LACAP, la garantía de buena obra cauciona un hecho: que el contratista responderá por las fallas y desperfectos que le sean imputables. Es decir, deben existir fallas y desperfectos y ser éstos imputables al contratista, debiendo concurrir ambos supuestos para la exigencia de la garantía. De forma innovadora la LACAP permite su exigencia en el contrato de suministro de bienes. Ya existe jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la que se ha suspendido el procedimiento de cobro de la garantía de buena obra, debido a la exigencia ilegal provocada por no tomar en consideración los requisitos expuestos (Interlocutoria del 28 de septiembre de 2004, Ref.: 75-I-2004) .

Responsabilidad Contratista y Prescripción

Art. 38.- La responsabilidad del contratista por daños, perjuicios y vicios ocultos prescribirá en los plazos establecidos en el Derecho Común. Este plazo deberá estar incorporado en las bases de licitación.

COMENTARIO

Sin detrimento de las garantías de cumplimiento de contrato y de buena obra, los contratistas deben responder de los vicios ocultos de conformidad a las normas del derecho común, debiendo aplicarse los artículos 1668 (6 meses para los muebles y 1 año con relación a los bienes raíces) y 1791 ordinal 3º (en el contrato de obra el plazo es de 10 años) del Código Civil.

LEGISLACION MENCIONADA

CODIGO CIVIL

Art. 1668.- La acción redhibitoria para la rescisión de la venta durará seis meses respecto de

las cosas muebles, y un año respecto de los bienes raíces, en todos los casos en que leyes especiales o las estipulaciones de los contratantes no hubieren ampliado o restringido este plazo. El tiempo se contará desde la entrega real.

Art. 1791.- Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:
1ª El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un pecio particular por dichas agregaciones o modificaciones;
2ª Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al Juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda;
3ª Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 1788, inciso final;
4ª El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone;
5ª Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente, y hasta concurrencia de lo que éste deba al empresario.

CAPÍTULO V
FORMAS DE CONTRATACIÓN

Formas
Art. 39.- Las formas de contratación para proceder a la celebración de los contratos regulados por esta Ley, serán las siguientes:

a) Licitación o concurso público;
b) Licitación o concurso público por invitación;
c) Libre Gestión;
d) Contratación Directa; y,
e) Mercado Bursátil.

Las formas anteriormente indicadas, podrán incluir contratistas nacionales o nacionales y extranjeros o sólo extranjeros, que se especificarán en cada caso oportunamente. El procedimiento de licitación se aplicará siempre que se trate de las contrataciones de bienes y construcción de obras y, el de concurso para las contrataciones de servicios de consultoría.

Se entenderá por contrataciones en el Mercado Bursátil, las que realicen las instituciones en operaciones de Bolsas legalmente establecidas, cuando así

convenga a los intereses públicos. Las adquisiciones por este sistema estarán reguladas por leyes específicas.

COMENTARIO
La expresión “formas de contratación” es evidentemente confusa, siendo preferible y más gráfica la expresión “formas de elegir al contratista” utilizada enlos artículos 66 y 67 LACAP, que bajo el Principio de Libre Concurrencia, permite la participación de ofertantes nacionales y extranjeros, sean personas naturales o jurídicas. Se aclara que la expresión “concurso público” está destinada a la selección de consultores.

Determinación de Montos para Proceder
Art. 40.- Los montos para la aplicación de las formas de contratación serán los siguientes:

a) Licitación pública: por un monto superior al equivalente de seiscientos treinticinco (635) salarios mínimos urbanos;
b) Licitación pública por invitación: del equivalente a ochenta (80) salarios mínimos urbanos hasta seiscientos treinticinco (635) salarios mínimos urbanos;
c) Libre Gestión: por un monto inferior al equivalente a ochenta (80) salarios mínimos urbanos, realizando comparación de calidad y precios, el cual debe contener como mínimo tres ofertantes. No será necesario este requisito cuando la adquisición o contratación no exceda del equivalente a diez (10) salarios mínimos urbanos; y cuando se tratare de ofertante único o marcas específicas, en que bastará un solo ofertante, para lo cual se debe emitir una resolución razonada; y,(2)
d) En la Contratación Directa no habrá límite en los montos por lo extraordinario de las causas que la motiven.

MONTOS ESTABLECIDOS EN LA LACAP PARA LA DETERMINACIÓN DE LA FORMA DE ELEGIR AL CONTRATISTA EN CONTRATOS DE OBRA PUBLICA Y SUMINISTRO - MITRAB

Forma de Contratación	*Número de Salarios Mínimos Urbanos*		*Monto Total*	
	De	*Hasta*	*De*	*Hasta*
Licitación Pública	*635*	*…….*	$110,680.51	+
Licitación Pública por Invitación	*80*	*635*	$13,944.00	$110,680.50
Libre Gestión	*……*	*80*	$ 0.01	$13,943.99
Contratación Directa	*No hay límite en los montos*			

LIBRE GESTION

Número de Ofertantes	*Número de Salarios Mínimos Urbanos*	*Monto Total*	
		De	*Hasta*
1	*10*	$ 0.01	$ 1,743.00
3	*10 A 80*	$ 1,743.01	$13,943.99

MONTOS ESTABLECIDOS EN LA LACAP PARA LA DETERMINACIÓN DE LA FORMA DE ELEGIR AL CONTRATISTA EN CONTRATOS DE CONSULTORÍA - MITRAB

Forma de Contratación	*Número de Salarios Mínimos Urbanos*		*Monto Total*	
	De	*Hasta*	*De*	*Hasta*
Concurso Público	*200*	*…….*	$34,860.01	+
Concurso Pública por Invitación	*>80*	*200*	$13,944.00	$34,860.00
Libre Gestión	*……*	*<80*	$ 0.01	$13,943.99
Contratación Directa	*No hay límite en los montos*			

LIBRE GESTION

Número de Ofertantes	*Número de Salarios Mínimos Urbanos*	*Monto Total*	
		De	*Hasta*
1	*10*	$ 0.01	$ 1,743.00
3	*10 y < 80*	$ 1,743.01	$13,943.99

Determinación de Montos para Contratar

Art. 41.- Los montos para la contratación de consultores individuales serán los siguientes:

a) Concurso público: por un monto superior al equivalente de doscientos (200) salarios mínimos urbanos;
b) Concurso público por invitación: desde el equivalente de ochenta (80) salarios mínimos urbanos hasta doscientos (200) salarios mínimos urbanos;
c) Libre Gestión: por un monto inferior al equivalente de ochenta (80) salarios mínimos urbanos, realizando comparación de calidad de precios, el cual debe contener una mínimo tres ofertantes. No será necesario este requisito cuando la contratación no exceda del equivalente de diez (10) salarios mínimos urbanos; y cuando se tratare de ofertante único, para lo cual se debe emitir una resolución razonada; y,(2)
d) En la Contratación Directa no habrá límite en los montos por lo extraordinario de las causas que la motiven.

Las contrataciones que excedan a los montos establecidos en su caso producen **nulidad**.

COMENTARIO
Según Decreto Ejecutivo 64 del Ramo de Trabajo y Previsión Social del 30 de mayo de 2008, publicado en el Diario Oficial número 100 Tomo 379 del 30 de mayo de 2008, vigente desde el 16 de junio de 2008, se fijó el Salario Mínimo para los trabajadores del Comercio, Industria, Servicios, Maquila Textil y Confección, quedando el salario mínimo del Comercio en SEIS 41/100 DOLARES ($6.41) diarios, que por ser comercio es el parámetro que se usa para las anteriores tablas, siendo éste aceptado por la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (UNAC), quien también estableció que se tomará como salario mensual, aún cuando la LACAP ni el RELACAP no lo mencionaron de forma expresa.

TÍTULO IV
DISPOSICIONES ESPECIALES SOBRE FORMAS DE CONTRATACIÓN

CAPÍTULO I
ACTUACIONES RELATIVAS A LA CONTRATACIÓN

Documentos Contractuales
Art. 42.- Los documentos a utilizar en el proceso de contratación se denominarán Documentos Contractuales, que formarán parte integral del contrato. Dependiendo de la naturaleza de la contratación, éstos documentos serán por lo menos:

a) Bases de licitación o de concurso;
b) Adendas, si las hubiese;
c) Las ofertas y sus documentos;
d) Las garantías; y,
e) Las resoluciones modificativas y las órdenes de cambio, en su caso.

Bases de Licitación o de Concurso

Art. 43.- Previo a toda licitación o todo concurso, deberán elaborarse las bases correspondientes, las que sin perjuicio de las Leyes o Reglamentos aplicables, constituyen el instrumento particular que regulará a la contratación específica. Las bases deberán redactarse en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan en detalle el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones.

Las bases de licitación o de concurso se regirán por los modelos y documentos guías emitidos por la UNAC, sin perjuicio de las particularidades y requerimientos especiales en cada caso.

Contenido Mínimo de las Bases

Art. 44.- Las bases de licitación o de concurso contendrán por lo menos las indicaciones siguientes:

a) Un encabezado conteniendo la identificación de la institución contratante, indicación de la UACI que aplicará el procedimiento, la forma y número de la licitación o del concurso, la clase de contrato y una breve descripción del objeto contractual;
b) Que las ofertas se presenten en castellano o traducidas al mismo idioma, debidamente autenticadas por las autoridades correspondientes e indicarán la posibilidad de exigirse información complementaria a la oferta, en otros idiomas y los casos en los que se requerirá traducción;
c) Los requerimientos que deberán cumplir los ofertantes para participar, indicando los documentos probatorios que deberán acompañar con la oferta;
d) Cuando proceda, se solicitará el uso de la Apostilla para las contrataciones internacionales, en los términos que establezcan los tratados suscritos por El Salvador;
e) Cuando corresponda, la previsión de presentar ofertas distintas con opciones y variantes;
f) La cantidad, especificaciones o características técnicas de las adquisiciones de las obras, bienes o servicios, sin hacer referencia en su caso a marcas de fábrica, números de catálogo o tipos de equipo de un determinado fabricante;
g) La determinación de los precios unitarios por rubro y los precios totales;
h) La oferta del precio o valor en moneda nacional, o alternativamente en moneda extranjera de conformidad con lo establecido en Convenios Internacionales;
i) Las cotizaciones de las ofertas, en su caso, se harán con base a los Términos de Comercio Internacional INCOTERMS, vigentes (VER ANEXO);
j) El lugar y plazo de entrega de la obra, de los bienes, o de la prestación del servicio, al que se refiera el contrato;
k) El lugar de presentación de ofertas y el día y hora en que terminará el plazo para presentarlas, así como el lugar, día y hora en que se procederá a su apertura. El plazo para presentarlas deberá ser razonable y establecerse, tomando en cuenta la complejidad de la obra, bien o servicio, pero en ningún

caso podrá ser menor de 10 días hábiles.

l) El plazo en el que después de la apertura de ofertas se producirá la adjudicación, el cual no podrá ser superior a 90 días en los casos de licitación o de concurso;
m) El período de vigencia de la oferta;
n) El plazo de la adjudicación e indicación de la posibilidad de su prórroga y de declararse desierta, y el plazo dentro del cual debe firmarse el contrato;
o) El tipo, plazo, origen, momento de presentación y monto de las garantías o de los seguros que deben rendirse y cualquier otro requisito según el caso;
p) El porcentaje de anticipo y procedimiento para otorgarlo;
q) La necesidad de presentación de muestras o catálogos, según el caso;
r) El sistema de evaluación de las ofertas, con porcentajes asignados a cada factor sujeto a evaluación. El sistema de evaluación indicará la calificación mínima que debe obtener la oferta técnica y la capacidad financiera del proponente, como condición previa para la consideración de la propuesta económica;
s) Plazos y forma de pago;
t) Declaración jurada del ofertante sobre la veracidad de la información proporcionada;
u) Causales de suspensión del contrato de obra; y,
v) Los errores u omisiones subsanables si lo hubieren.
w) "Deberán presentar las solvencias de pago extendidas por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social y por las respectivas administradoras de Fondos de Pensiones, de las cotizaciones correspondientes, por lo menos, a los treinta días anteriores a aquel en e que se presente la oferta". (4)

COMENTARIO

Se puede entender que las bases de licitación o de concurso, llamadas en otros países "pliego de condiciones", son un documento emanado de la administración en el cual se establecen las condiciones, requisitos y cláusulas bajo las cuales, se invita a ofertar a los interesados con el fin de contratar con la administración, en el entendido que tal documento será de obligatorio cumplimiento para ambas partes contratantes. En un primer momento sólo condiciona al oferente para presentar la oferta con los requisitos mínimos ahí establecidos, en un segundo momento, al formar parte de los documentos contractuales, se configura en una obligación para la administración y para el adjudicado.

Roberto Dromi en "Licitación Pública" lo define como ***"el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante. En él se especifican el suministro, obra o servicio que se licita, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista".***Manuel María Díez en su Manual de Derecho Administrativo, las define como ***"el conjunto de cláusulas redactadas por la administración especificando el suministro, obra o servicio que se licita, fijando las condiciones del contrato a celebrar."***

Continúa más adelante diciendo que se les llama la Ley del contrato y determinan las normas a seguir en todo el desarrollo de la operación y los elementos y los efectos

del contrato a celebrarse. Son la fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los contratantes, debiendo sus reglas cumplirse estrictamente. De ahí que no pueden modificarse con posterioridad a la presentación de las ofertas ni luego de la adjudicación.

Por ello en las bases de licitación o concurso debe determinarse con claridad todas aquellas cuestiones que a la institución le interesa resguardar, como son: el objeto de la contratación, las normas que regularán el procedimiento administrativo de la licitación y los derechos y obligaciones que surgirán del futuro contrato.

Como la predeterminación de todas las características del bien, obra o servicio a adquirirse sólo cabe en ciertos casos, en muchas oportunidades es preciso conformarse con establecer las características esenciales de la cosa licitada y las principales condiciones del contrato, dejando que los licitantes expresen los demás detalles. Procediendo de otra manera se corre el riesgo que, o no se presente nadie a la licitación, o que las propuestas recibidas se aparten de las bases en mayor o menor grado, resultando a veces inaceptables.

Por otro lado, las bases de licitación no pueden ir al detalle con el objeto del contrato, pues lo va a estar predeterminando. Tampoco puede presentarse un objeto indefinido a tal grado que cada ofertante presente lo que él estima como objeto contractual. En ambos casos se estaría violentando el Principio de Igualdad que debe regir cada procedimiento de licitación o concurso.

El contenido de las bases de licitación o concurso puede examinarse desde dos puntos de vista: a) desde la generalidad de sus normas, y b) desde los requisitos que consten en las mismas.

Así desde el punto de vista de la generalidad de sus normas, cada base de licitación debe contener: a) normas generales aplicables a toda contratación administrativa; b) normas especiales aplicables a cada tipo de contrato, es decir, aplicables al contrato de obras, al contrato de suministro, etc.; en un tercer lugar, existirán c) normas que serán aplicables a la contratación específica a realizar por medio de una determinada licitación o concurso.

Vistas desde otro punto de vista, las bases de licitación contendrán normas: a) en las cuales se establezca una clara identificación del objeto licitado, b) en las que se exija la documentación mínima necesaria para hacer constar la habilitación jurídica, técnica y financiera de los ofertantes, y c) en las que consten los actos, términos y plazos del procedimiento de licitación y las cláusulas del contrato. En tal contexto se establecerán cláusulas obligatorias y cláusulas prohibidas, cuyo incumplimiento podrá tener por efecto la descalificación de una determinada oferta.

Ambos puntos de vista expuestos tendrán que cruzarse a fin de establecer de forma ordenada el verdadero contenido de las bases de licitación.

Por su parte, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública establece en su artículo 44 normas relativas a generalidades, habilitación legal,

formalidades de la oferta, aspectos técnicos, procedimientos, garantías y obligaciones contractuales.

Es de hacer notar que tal norma las plantea como un contenido mínimo, que podrá ser ampliado con base en otras disposiciones contenidas en la LACAP y también con otras regulaciones que siempre y cuando no vayan contra ninguna ley vigente tendrán plena validez.

Aparte de lo dicho, nuestra legislación, en el artículo 44 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, establece cuáles deben ser los contenidos mínimos de las bases de licitación. Además de tal listado, dentro de la misma LACAP y su reglamento se encuentran dispersos otros requisitos que, dependiendo del caso, deben cumplirse en la elaboración de las bases de licitación o de concurso, algunos de ellos ya están enunciados en el 44 LACAP. Son los siguientes:

1. Otras garantías que deban rendirse (Art. 31 LACAP);
2. Las formas, valores, plazos o demás condiciones de las garantías (Art. 32 inciso 1º y 44 literal o) LACAP);
3. Especificaciones, vigencias y plazo para presentar garantía de oferta (Artículos 33 incisos 1º, 2º y 3º literal b) y 44 literal o) LACAP);
4. Elementos para fijar el monto de la garantía de Buena Inversión de Anticipo (Artículos 34 inciso 2º y 44 literal o) LACAP);
5. Plazo y momento de presentación de la Garantía de cumplimiento de Contrato (Artículos 35 inciso 4º y 44 literal o) LACAP)
6. Plazo y momento de presentación de la Garantía de Buena Obra (Artículos 37 inciso 2º y 44 literal o) LACAP),
7. El plazo en que caducará la acción por vicios ocultos (Artículo 38 LACAP);
8. Exigencias sobre especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y administrativas y modelo del contrato (Artículos 45 y 44 literal f) LACAP);
9. Plazos para adendas, aclaraciones y modificaciones a las bases (Artículo 50 LACAP);
10. Plazos para consultas sobre las bases (Artículo 51 LACAP);
11. Las modalidades de presentación de ofertas (Artículo 52 inciso 1º y 44 literal e) LACAP);
12. El lugar, día y hora de la apertura de ofertas (Artículos 53 inciso 1º y 44 literal k) LACAP);
13. Las condiciones de las ofertas y los criterios de evaluación de éstas (Artículos 55 inciso 1º y 3º y 44 literal r) LACAP);
14. Las condiciones de las ofertas y los requisitos para evaluarlas con miras a elegir opciones en defecto del virtual ganador (Artículos 56 inciso 2º y 44 literal n) LACAP);
15. El plazo para la firma del contrato y el mecanismo para llamar a ofertantes en defecto del ganador que no concurre a la firma (Artículos 80 inciso 1º y 2º y 44 literal n) LACAP);
16. La exigencia de seguro contra riesgos (Artículo 87 LACAP);
17. Los términos de las subcontrataciones o la prohibición de hacerlo (Artículo 89 inciso 1º LACAP);

18. La designación de los supervisores y funcionarios que concurrirán a la recepción provisional de obra (Artículo 114 inciso 2º LACAP);
19. La designación de los supervisores y funcionarios que concurrirán a la recepción definitiva de obra (Artículo 116 LACAP);
20. El plazo para reclamar vicios ocultos en una obra (Artículo 118 inciso 2º LACAP);
21. Las disposiciones que adoptará la Institución concesionante para conservar el bien dado en concesión (Artículo 148 inciso 2º LACAP), y
22. Los criterios técnicos para evaluar las ofertas en el arrendamiento de muebles (Artículo 149 inciso 2º LACAP).

Además en el RELACAP se encuentran las presentes disposiciones:

1. Trámites a realizar por el contratista (artículo 15 RELACAP),
2. Elementos para la buena contratación en los Contratos Innominados (artículo 21 RELACAP),
3. Las condiciones, plazo de entrega, porcentaje y forma de amortización del Anticipo (artículo 22 RELACAP),
4. Criterios para evaluar las propuestas en la Calificación (artículo 24 RELACAP),
5. Regulación de las garantías (artículo 30 RELACAP),
6. Determinación del monto fijo de las garantías por oferta total o parcial (artículo 31 RELACAP),
7. Retención de la garantía del Adjudicado (artículo 32 RELACAP),
8. Las consecuencias de no prorrogar las garantías (artículo 33 RELACAP),
9. El momento y lugar de la recepción de ofertas (artículo 45 RELACAP),
10. El número de copias de las ofertas (artículo 45 RELACAP),
11. Las diferentes modalidades de apertura de sobres (artículo 46 LACAP),
12. Los documentos subsanables y los factores de evaluación incluyendo las ofertas alternativas (artículo 48 RELACAP),
13. La prueba de la recepción de obras, bienes y servicios (artículo 61 LACAP), y
14. A quien corresponde la obligación del mantenimiento del bien arrendado (artículo 74 RELACAP).

Los elementos de las bases de Licitación enumerados en el artículo 44 LACAP no son los únicos que deben llenarse al formularlas, además de ellos, los artículos 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 45, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 80, 87, 89, 114, 116, 118, 148 y 149 LACAP, y 15, 21, 22, 24, 30, 31, 32, 33, 45, 46, 48, 61 y 74 RELACAP, según el caso, establecen otros elementos que no pueden obviarse a efectos de una contratación eficaz.

Además de los elementos dichos, las bases podrán contener cualesquiera otro dato, requerimiento o condición que se considere necesario para una eficaz y segura contratación. Tales elementos podrán también ampliarse de conformidad al tipo de contrato o a las regulaciones administrativas existentes, por ejemplo: el Reglamento para el Registro y Contratación de Firmas Privadas de Auditoría, en su artículo 21 establece elementos para las bases de licitación que, en la medida que no se opongan a los enumerados en la LACAP, por su especialidad podrán aplicarse.

En todo caso, deberá procurarse que no se incluyan elementos que puedan en un

futuro entorpecer el proceso de contratación o declarar desierto un concurso.

Otros Contenidos de las Bases
Art. 45.- Las bases de licitación o de concurso deberán contener además, las exigencias sobre las especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales, administrativas y el modelo general del contrato.

La presentación de una oferta por el interesado, dará por aceptadas las indicaciones contenidas en las bases de licitación o de concurso.

COMENTARIO
Es fundamental que las bases contengan el modelo general de contrato, pues de su estudio se pueden deducir derechos y obligaciones que pueden impactar financieramente al contratante. Éste tiene la carga de revisar, analizar y costear las obligaciones contractuales a asumir para que la firma del contrato sea un acto libre y responsable. En caso que la institución cambie el modelo del contrato o que no lo haya presentado en las bases de licitación y el contratista lo haya hecho ver en el plazo de consultas o adendas, si el contrato a firmar tiene cláusulas que le afecten no se le podrá exigir la garantía de oferta, pues el contratista ofertó con base a determinado contrato o sin considerarlo.

Por otro lado, debe acordarse de que la ley pide un modelo general de contrato que será redefinido por la oferta, las adendas, consultas o la adjudicación.

El segundo inciso no debe utilizarse como justificación para la práctica nociva de obligar a la renuncia de derechos, por la vía de las bases de licitación y su posterior presentación, dando por aceptadas las renuncias planteadas en las bases. Tales cláusulas, de acuerdo a la Constitución de la República, se tomarán como no escritas si existe afectación o renuncia a derechos fundamentales.

Es decir un ofertante no puede dar por aceptadas normas contenidas en las bases de licitación que sean contrarias a la Constitución y a las leyes. Y la institución no puede exigir que un ofertante acepte ilegalidades o inconstitucionalidades. Ver artículos 164 de la Constitución y 1333 del Código Civil.

Adjudicación Parcial
Art. 46.- La licitación o el concurso podrá prever la adjudicación parcial, la que deberá estar debidamente especificada en las bases. Tomando en cuenta la naturaleza de la adquisición o contratación, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes, mediante la división en lotes, siempre y cuando aquéllas sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado.

COMENTARIO
La adjudicación parcial tiene básicamente dos modalidades: la adjudicación

separada por lotes, en la que cada adjudicado obtiene uno o más lotes o ítems, y la adjudicación por lotes compartidos, en la que un lote puede ser compartido entre dos o más ofertantes. Claro está, tal regulación debe previamente formularse en las bases de licitación.

En la parte final del artículo comentado se establece que cuando la naturaleza de una obra, bien o servicio permita que se divida por partes por ser utilizable o aprovechable por separado, pueden realizarse procedimientos de selección independientes.

Convocatoria y Contenidos

Art. 47.- En las licitaciones y concursos nacionales, la convocatoria se efectuará en forma notoria y destacada, en los medios de prensa escrita de circulación de la República, en los que se indicarán las obras, bienes o servicios a contratar, el lugar donde los interesados pueden retirar los documentos de información pertinentes y los derechos a pagar por las bases, el plazo para recibir ofertas y para la apertura de las mismas.

Además, podrá utilizarse cualquier medio tecnológico que garantice la certeza de la recepción y el contenido del mensaje.

Convocatoria Internacional

Art. 48.- Cuando por la naturaleza o especialidad de las obras, bienes y servicios a adquirir, sea conveniente hacer una licitación o concurso internacional, la convocatoria se realizará en forma notoria y destacada en los medios de prensa nacionales y medios de comunicación electrónica de acceso público, además, por lo menos en uno de los siguientes medios:

a) Publicaciones técnicas especializadas, reconocidas de amplia circulación internacional; y,
b) Periódicos de amplia circulación internacional.

Los criterios para optar a cualquiera de estos medios, se regirán por aquél en el que tengan mayor acceso los potenciales ofertantes.

COMENTARIOS

La publicidad que se pretende garantizar con estos dos artículos contiene una trascendencia capital, por ello los mecanismos de difusión: medios de prensa escritos de circulación en la República y podrán utilizarse medios tecnológicos como fax, internet u otros para facilitar la recepción del mensaje y por ende de la participación. En el caso de la convocatoria internacional, la exigencia va más allá, pues además de los medios de prensa nacionales, deben emplearse de forma obligada medios de comunicación electrónica de acceso público (internet) y al menos hacer en anuncio en una publicación técnica especializada de amplia circulación o en periódicos de amplia circulación internacional, por ejemplo el Washington Post, el New York Times, etc.

La Licitación Pública tiene cuatro principios fundamentales: Libre Concurrencia, Igualdad, Publicidad y Transparencia, los cuales en esencia se recogen en el artículo 2 RELACAP. Los dos artículos anteriores se refieren a ellos en el sentido que si existe publicidad de la existencia de un procedimiento de selección de contratistas, se facilitará la libre concurrencia de los ofertantes, propiciando mayor competencia. En ese contexto, los ofertantes deben poseer igualdad de oportunidades en el acceso a la institución con consultas así como en la fase de evaluación. Si todo el procedimiento se desarrolla dentro del marco legal no deberá haber problema para mostrar los expedientes, que son públicos- garantizando así la transparencia. De hecho, los artículos 2 y 50 inciso final RELACAP ordenan que los resultados del proceso de licitación se pongan a disposición de los involucrados.

Retiro y Derechos de Bases

Art. 49.- Cualquier interesado podrá solicitar y retirar en el plazo establecido, las bases de licitación o de concurso. Los derechos a cobrar incluirán los gastos por la reproducción de las mismas, de los planos y algún otro costo que se pueda establecer. Este pago se hará efectivo en las colecturías o tesorerías de cada uno de "las instituciones" que emitan las bases de licitación o de concurso, o en las instituciones financieras autorizadas para tal fin. Dicho pago no será reembolsable.(2)

COMENTARIO

El procedimiento administrativo tiene tres principios fundamentales: Legalidad, Defensa y Gratuidad. La presente disposición no es que atente contra el Principio de Gratuidad, sino que pretende sufragar los gastos en que la administración incurrió para la emisión de las bases de licitación o concurso, sobre todo en una época de modernización del Estado en que éste debe ser más eficiente y eficaz.

Un elemento interesante es que al igual que el artículo 47 inciso 1º LACAP, se ordena que cualquier interesado puede acudir a retirar las bases, lo que tiene aplicación práctica en la licitación o concurso publico por invitación, resolviendo la duda si deben vendérseles bases a los que no están en la lista corta. En igual sentido se pronuncia el artículo 13 inciso 3º LACAP, no impidiendo la participación aún cuando no se esté en los listados o registros institucionales, el que es completado por el artículo 29 LACAP que permite la cocalificación sin hacer ningún tipo de distingo. También debe recordarse que de conformidad al artículo 3 LACAP, los particulares son sujetos de la ley al momento de ofertar, no antes, entonces, no se puede restringir la libertad de una persona que llegue a comprar las bases de licitación o concurso.

Al respecto, el RELACAP, de forma tímida en su artículo 51 expresa: ***"La Institución podrá incluir en el aviso de invitación a retiro de bases, aclaración relativa a que cualquier otra persona natural o jurídica que no haya sido invitada puede participar en la licitación o concurso".*** La verdad es que lo contemplen o no las bases de licitación, pueden participar los ofertantes aún cuando no estén en la lista corta.

Si existe justa restricción cuando el ofertante no ha pagado el recibo de las bases en cuyo caso, no podrá ofertar, de acuerdo al artículo 45 inciso final RELACAP. Esto plantea un problema con la unión de ofertantes, pues se podría entender que se pretende que ambos compren las bases lo que es imposible en la práctica, pues es después de analizar las bases que una empresa decide unirse a otra. La regulación deberá ser o entenderse de acuerdo a los artículos 1, 5 y 23 LACAP como aplicable a la oferta no al ofertante.

Adendas, Enmiendas y Notificación
Art. 50.- Las instituciones podrán hacer por escrito adendas o enmiendas a las bases de licitación o de concurso, antes de que venza el plazo para la presentación de las ofertas. Todos los interesados que hayan obtenido las bases de licitación o de concurso, serán notificados de igual manera de las modificaciones o aclaraciones correspondientes. Estos plazos serán fijados en las bases.

Consultas
Art. 51.- Se podrán recibir consultas por escrito antes de la fecha de recepción de las ofertas, las que deberán ser contestadas y comunicadas por escrito a todos los interesados que hayan retirado las bases de licitación o de concurso; los plazos para dichas consultas serán determinados en las mismas bases.

COMENTARIO
Se establecen dos facultades para cada uno de los protagonistas del procedimiento de licitación: las adendas para las instituciones por medio de las cuales se pueden corregir errores o aclarar pasajes oscuros que aparezcan en las bases. Por otro lado, las consultas que pueden efectuar los potenciales ofertantes. En tal sentido, deben exponerse dos situaciones: a) los potenciales ofertantes deben leer con detenimiento y dedicación las bases, de ser posible acompañados de asesores en las áreas legal, financiera y técnica. De esa forma pueden vislumbrar el alcance real del contrato desde un punto de vista multidisciplinario; a la vez es una oportunidad para formular consultas que pueden generar una adenda y como consecuencia, llegar a situarlo en una posición más equitativa, tanto en el procedimiento de evaluación como en la ejecución contractual, previniendo de tal forma el fracaso del contrato y las pérdidas en el mismo. b) por otro lado, las instituciones no deben restringir los plazos para las consultas, los cuales en algunos casos, son de horas o a lo sumo dos días contados a partir de la venta de las bases. Eso implica que los ofertantes no pueden examinar realmente las bases y se limitan a cumplir los requisitos para presentar las ofertas. Si bien es cierto, no deben atrasarse los procedimientos de licitación o concurso, sin embargo, el examen de las bases es una manifestación del Derecho General de Libertad, pues somos realmente libres únicamente cuando nos sometemos sabiendo a qué nos sometemos. En este caso, debe existir mayor dedicación y responsabilidad de los potenciales ofertantes para examinar las bases y a la vez, mayor tiempo para examinarlas de parte de las instituciones. Todo para que a la postre se logre una ejecución contractual eficaz y que cumpla los fines públicos perseguidos generando ganancias a los contratistas.

En el sentido anterior, debe advertirse que el artículo 41 RELACAP establece que los

ofertantes tienen el derecho de examinar las bases aún antes de comprarlas. Tal facultad, abona a la protección del derecho de Libertad, estableciendo un plazo de dos días dentro del cual debe realizarse tal examen.

Como una manifestación de derecho de Igualdad, toda comunicación de respuesta de consultas o adendas debe ser realizada a todos las personas que han retirado las bases de licitación.

Modalidades de Presentación de Ofertas

Art. 52.- En las bases de licitación o de concurso se indicarán las diferentes modalidades de la presentación de ofertas, tanto técnicas como económicas, las cuales dependerán de la naturaleza, complejidad, monto y grado de especialización de la obra, bien o servicio a adquirir. Los procedimientos de las modalidades serán establecidos en el Reglamento de esta Ley.

Las ofertas deberán presentarse acompañadas de la Garantía de Mantenimiento de Oferta para los casos que aplique. En el Reglamento de esta Ley se especificará la documentación adicional que deberá acompañar a las mismas, según sea el caso.

Será de exclusiva responsabilidad del ofertante, que las ofertas sean recibidas en tiempo y forma, de conformidad con lo establecido en las bases de licitación o de concurso.

COMENTARIO

La oferta es una manifestación de la voluntad de contratar de un administrado, por medio de la cual, en ejercicio de su derecho de libertad, demuestra su habilitación legal, técnica y financiera; ofrece una obra, bien o servicio determinado y plantea una propuesta económica en firme, todo de acuerdo a las bases de licitación o concurso.

Las principales modalidades de presentación de ofertas se pueden establecer con relación al número de sobres que las conforman, así como al contenido de éstos. Si bien es cierto que la oferta es un todo, que es integral y en firme, ésta puede ser evaluada por diferentes etapas basadas en su contenido que básicamente es la habilitación legal, financiera y técnica del ofertante; las especificaciones técnicas ofertadas, que vendrán a ser el objeto contractual y la oferta económica en sí. De ahí surgen las diferentes modalidades de presentación de ofertas, que fundamentalmente son de uno, dos o tres sobres: en el sobre único se contiene toda la documentación dicha (habilitación, aspectos técnicos económico) y la apertura es de todo; en la modalidad de dos sobres, se abre el primero el que contiene lo relativo a la habilitación y a los aspectos técnicos y financieros, sobre cuya base se evalúa, y los que pasan esa fase son llamados a la apertura de las ofertas económicas. En la modalidad de los tres sobres, primero se abren los que contienen la habilitación, los que se acreditan como habilitados legal y financieramente hablando, pasan a la siguiente fase que es la apertura de los sobres que contienen la oferta técnica u objeto contractual, que es sujeta a evaluación y los que pasan el mínimo requerido, son invitados a la apertura de las ofertas económicas. En nuestro medio es común el

sistema de los dos sobres, sin embargo, no es muy común la apertura pública del segundo sobre.

Existen dos llamadas al reglamento: para establecer los procedimientos o modalidades de ofertas y para la documentación que acompañará a las mismas. Dichas situaciones son reguladas en los artículos 44 y 46 RELACAP. Lo no contemplado en esos artículos podrá ser suplido por las regulaciones de las bases de licitación.

Apertura Pública de las Ofertas
Art. 53.- En el acto de apertura pública, el representante de la UACI procederá a abrir los sobres en el lugar, día y hora indicados en las bases de licitación o de concurso, en presencia de los ofertantes que deseen asistir y cuyas ofertas hayan llegado a tiempo. Las ofertas recibidas extemporáneamente y las que no presenten la Garantía de Mantenimiento de Oferta, quedarán excluidas de pleno derecho.

Concluida la apertura se levantará un acta en la que se hará constar las ofertas recibidas, las garantías, así como algún aspecto relevante de dicho acto.

COMENTARIO
Se sanciona con la exclusión de pleno derecho a las ofertas que no sean presentadas en tiempo o que carezcan de garantía de cumplimiento de contrato, en el entendido que el acto de ofertar requiere de un mínimo de solemnidades para que sea tomado en firme y por consiguiente, con seriedad.

La ley no ordena que las ofertas económicas sean escritas en una pizarra para la vista de todos, ni que todas las ofertas sean rubricadas por los ofertantes o sus representantes. Tal acto, si bien es cierto garantiza la transparencia, muchas veces genera falsas expectativas como la de aquellos ofertantes que por tener el precio más bajo, se imaginan que ya ganaron la licitación, olvidando que la evaluación implica aspectos técnicos y económicos. Antes de la vigencia del RELACAP quedaba a cada institución el regular vía las bases de licitación cuál será el procedimiento a seguir. Hoy día los artículos 46 y 47 RELACAP, regulan lo atinente.

Prohibiciones
Art. 54.- No se dará después de la apertura de las ofertas y antes del anuncio de la adjudicación del contrato, información alguna con respecto al examen, tabulación, aclaración y evaluación de las ofertas y las recomendaciones relativas a las adjudicaciones de las mismas, a ninguna persona o personas que no estén vinculadas en el proceso de análisis y evaluación de ofertas. Esto se aplica tanto a funcionarios o empleados de la Institución contratante, como a personal relacionado con las empresas ofertantes. La infracción a la anterior prohibición dará lugar a la aplicación de las sanciones correspondientes.

COMENTARIO

Sin detrimento de la sanción impuesta por el artículo 155 literal b) LACAP, la actuación del empleado o funcionario público o municipal puede ser sancionada penalmente pues se adecúa al tipo penal establecido en el artículo 324 del Código Penal:

"REVELACION DE HECHOS, ACTUACIONES O DOCUMENTOS SECRETOS POR EMPLEADO OFICIAL
Art. 324.- El funcionario o empleado público que revelare o divulgare hechos, actuaciones, información o documentación que debieren permanecer en reserva o facilitare de alguna manera el conocimiento de los mismos, será sancionado con prisión de cuatro a seis años. (25)

Si de la revelación o divulgación resultare grave daño a los intereses del Estado, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado."

El objetivo del presente artículo es evitar que por medio de información anticipada algún ofertante obtenga ventaja por sobre los demás. Tal reserva está presente aún desde la difusión de las bases de licitación, las cuales son confidenciales antes de la venta, tal como ordena el artículo 39 RELACAP.

Sin embargo, después de la evaluación y la notificación de la adjudicación, los resultados deben estar a disposición de los ofertantes. Eso es lo que se llama el Derecho de Vista del Expediente Administrativo. Así lo ordenan los artículos 153 literal b) LACAP, 50 inciso 4º RELACAP, 6 literal e) y 31 literal b) de la Ley de Etica Gubernamental. Con relación a estos últimos: hay que tomar en cuenta que no existe prohibición alguna de mostrar el expediente de licitación o concurso a los ofertantes, con lo cual no será aplicable la parte final del literal e) del artículo 6 de la Ley de Etica Gubernamental pues no existe tal prohibición. Al respecto del artículo 31 literal b) de la Ley de Etica Gubernamental, si bien es cierto el procedimiento es diferente, es aplicable pues se puede tomar como una norma supletoria al respecto.

Legislación Mencionada
LEY DE ETICA GUBERNAMENTAL

Prohibiciones Éticas
Art. 6.- Son prohibiciones éticas para los servidores públicos:
a) Solicitar o aceptar, directamente o por interpósita persona, dádivas, regalos, pagos, honorarios o cualquier otro tipo de regalías, por acciones relacionadas con las funciones del cargo público.
b) Prevalecerse de su cargo público para obtener o procurar beneficios privados.
c) Desempeñar simultáneamente dos o más empleos en el sector público, salvo los casos permitidos en la ley.
d) Utilizar, para beneficio privado, la información reservada o privilegiada que obtenga en función de su cargo.
e) Negarse a proporcionar información de su función publica, exceptuando las que establecen la Constitución y la ley.
f) Intervenir en cualquier asunto en el que él o algún miembro de su unidad familiar tenga conflicto de intereses.

g) Nombrar a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para que presten servicios en la entidad que preside o se desempeñe.
h) Utilizar en forma indebida los bienes y patrimonio del Estado.
i) Retardar sin motivo legal los trámites o la prestación de servicios administrativos.
j) Alterar documentos oficiales y;
k) Discriminar a la persona en la prestación de un servicio del Estado por su condición social, racial, política, o religiosa.

Derechos de los particulares.
Art. 31.- Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán los siguientes derechos:
a) Que se les respete el derecho de audiencia, de conformidad con la Constitución de la República y demás leyes;
b) Tener acceso a la información que, por ley, el servidor público debe proporcionar;
c) Ser protegida su identidad, cuando haya denunciado actos de corrupción, realizados por cualquier servidor público; y
d) A que se respete su honor, intimidad e imagen por parte de los servidores públicos.

Evaluación de Ofertas
Art. 55.- La Comisión de Evaluación de Ofertas deberá evaluar las ofertas en sus aspectos técnicos y económico-financieros, utilizando para ello los criterios de evaluación establecidos en las bases de licitación o de concurso.

En los contratos de consultoría la evaluación de los aspectos técnicos será la determinante.

Si en la calificación de la oferta mejor evaluada, habiéndose cumplido con todas las especificaciones técnicas, existiere igual puntaje en precio y demás condiciones requeridas en las bases entre ofertas de bienes producidos en el país y de bienes producidos en el extranjero; se dará preferencia a la oferta nacional. Las disposiciones establecidas en los tratados o convenios internacionales en esta materia, vigentes en El Salvador prevalecerán sobre lo aquí dispuesto.

COMENTARIO
En consonancia con el artículo 44 literal r) LACAP, se establece el mecanismo de evaluación de las ofertas, en el que precio no es un factor de evaluación sino de decisión, es decir, la evaluación debe basarse en criterios financieros (capacidad financiera para afrontar el contrato) y técnicos (experiencia, nivel de cumplimiento, características del bien o servicio ofertado). Los que pasen tal evaluación serán entonces considerados como elegibles debiendo examinarse sus ofertas económicas. Pero vemos que el planteamiento del artículo 55 es aparentemente diferente pues nos habla de aspectos técnicos y económico-financieros como factores de evaluación, además, presenta la diferencia con los contratos de consultoría en los que debe imperar la evaluación técnica. Podemos tomar dos posturas: o existe contradicción en la ley o ésta nos presenta dos formas de

evaluación. Estimo que, como regla general, esta última es la razonable y va de acuerdo a la aplicación práctica de la ley, pues en algunos contratos –de objeto heterogéneo- es necesaria la evaluación técnica previa, en cambio, en los contratos de objeto homogéneo, por ejemplo papelería, gasolina, etc. es aplicable la evaluación técnica y económica simultánea.

Recomendación para Adjudicación, sus Elementos
Art. 56.- Concluida la evaluación de las ofertas, la Comisión de Evaluación de Ofertas elaborará un informe basado en los aspectos señalados en el artículo anterior, en el que hará al titular la recomendación que corresponda, ya sea para que acuerde la adjudicación respecto de las ofertas que técnica y económicamente resulten mejor calificadas, o para que declare desierta la licitación o el concurso.

La recomendación a que se refiere este artículo, comprenderá la calificación de la oferta mejor evaluada para la adjudicación correspondiente. Asimismo, incluirá la calificación de aquellas otras que en defecto de la primera, representan opciones a tomarse en cuenta para su eventual adjudicación de acuerdo a las bases de licitación o de concurso.

De toda recomendación se levantará un acta que deberá ser firmada por todos los miembros de la Comisión. Los que estuvieren en desacuerdo dejarán constancia razonada de su inconformidad en la misma acta.

Si la autoridad competente para la adjudicación estuviere de acuerdo con la recomendación formulada por la Comisión de Evaluación de Ofertas, procederá a adjudicar la contratación de las obras, bienes o servicios de que se trate. La UACI dará a conocer el resultado mediante la Resolución de Adjudicación correspondiente.

Cuando la autoridad competente no aceptare la recomendación de la oferta mejor evaluada, deberá consignar y razonar por escrito su decisión y podrá optar por alguna de las otras ofertas consignadas en la misma recomendación, o declarar desierta la licitación o el concurso.

La resolución de adjudicación no estará en firme hasta transcurridos cinco días hábiles posteriores a su notificación, período dentro del cual se podrá interponer el recurso de revisión regulado por esta ley.

COMENTARIO
Como culminación del procedimiento de licitación o concurso público, se configuran dos actos: la recomendación y la adjudicación. El primero de ellos, es un acto de trámite que condiciona incluso al acto definitivo que le sigue: es la recomendación de la comisión de Evaluación de Ofertas, que ejerciendo actividad consultiva de la administración, propone cuál es la oferta más conveniente a los intereses institucionales. El otro, es el acto administrativo de adjudicación, que de no ser impugnado, culminará el procedimiento con la selección del contratista.

El acto administrativo puede entenderse como aquella manifestación de voluntad o

de juicio de la administración que produce efectos jurídicos de forma individual y concreta, la cual es una noción bastante semejante a la definición de acto administrativo que para sus efectos formula el Código Tributario en su artículo 20. Tal acto se presume legítimo, es decir, legal, y es ejecutable ya estando firme. También debe considerarse que el acto administrativo tiene elementos como la competencia, su objeto, su causa, sus formalidades, su fundamentación, su notificación, entre otros, y la falta de uno de ellos puede provocar que se declare la ilegalidad del mismo. En tal sentido, existe jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del 31 de octubre de 1997: ***"basta la concurrencia de vicios en uno de los elementos para que el acto como tal se torne ilegal".***

La recomendación de la Comisión de Evaluación de Ofertas puede tener varias opciones a efecto de ser consideradas, en caso que la primera opción no le resulte elegible a la autoridad competente o por el retiro de su oferta.

La recomendación de la comisión, debido a que es actividad consultiva de la administración, no es vinculante, a tal grado que el órgano competente, puede apartarse de la misma, sin embargo, debe razonar cuando lo hace. Se aclara que en todo acto administrativo debe haber razonamiento o fundamentación. En tal caso, podrá optar por otra oferta que sea elegible o incluso puede declarar desierta la licitación o concurso, si estima que ninguna es elegible.

Debe aclararse que la facultad para declarar desierta una licitación o concurso, es un efecto jurídico que nace del supuesto de hecho que no se compren bases, no haya ofertas o, como sería a estas alturas, que ninguna de las ofertas cumpla con los requisitos técnicos establecidos. No será así cuando la oferta ha excedido el presupuesto institucional, en cuyo caso será mejor dejar sin efecto el procedimiento con base en el artículo 61 LACAP, salvo que de forma coincidente ninguna oferta sea elegible. Es que el precio ajustado al presupuesto no puede ser un requisito de la oferta.

Finalmente, no puede dejar de considerarse que la adjudicación es una manifestación de potestad reglada de la administración, no es manifestación de facultad discrecional. La razón estriba en que en las mismas bases de licitación se han establecido los parámetros técnicos, financieros y legales que debe reunir el elegible para cumplir los fines institucionales. De tal forma que la adjudicación no viene a ser más que el reconocimiento de la semejanza de una oferta determinada con los parámetros establecidos en las bases de licitación. Salvo que existan dos ofertas elegibles semejantes, en cuyo caso se estará frente a actividad discrecional, fundándose en este artículo.
Al respecto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha emitido la siguiente jurisprudencia:
"El acto de adjudicación, es aquel por el cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual.

La oferta más conveniente no es necesariamente la de menor precio, si bien éste es un

parámetro objetivo determinante, ha de valorarse paralelamente a otros criterios de selección."

En este sentido, la doctrina reconoce: ***"el menor precio es solo uno de los criterios de selección y no la regla constante de adjudicación, pues influyen otros factores tales como la mayor capacidad técnica, el tipo y calidad de los materiales ofrecidos, la incorporación de nuevas tecnologías, plazos de entrega, etc. De ahí que toda competencia tenga una cuota de incertidumbre, pues no solo se gana la licitación por el mejor precio, sino por las mejores condiciones técnicas, aunque no siempre resulten las menos costosas"*** (Roberto Dromi : "Licitación Pública") Sentencia Ref.: 161-C-2000 de fecha 7 de agosto de 2001.

LEGISLACION MENCIONADA
CODIGO TRIBUTARIO
Acto Administrativo
Artículo 20.- Para los efectos de este Código, se entenderá por acto administrativo la declaración unilateral, productora de efectos jurídicos singulares, sean de trámite o definitivos, dictada por la Administración Tributaria en el ejercicio de su potestad administrativa.

Notificación a Participantes
Art. 57.- Antes del vencimiento de las garantías de mantenimiento de ofertas, la institución por medio del Jefe de la UACI, notificará a todos los participantes, del resultado de la adjudicación de conformidad a lo establecido en esta Ley.

La UACI además, deberá publicar por medios de prensa escrita de circulación de la República, los resultados de la adjudicación, pudiendo además utilizar cualquier medio tecnológico que garantice la certeza de la recepción del contenido del mensaje.

COMENTARIO
La notificación del acto administrativo de adjudicación es un elemento que condiciona sus efectos y debe ser realizado de conformidad a la ley (artículos 56 inciso 4º in fine y 74 inciso 1º LACAP). De lo contrario, podrá impugnarse tal acto. De forma complementaria, deben publicarse los resultados del procedimiento.

Estableciendo un desarrollo doctrinal aunando la presente disposición con el artículo 74 LACAP, se puede expresar lo siguiente: La doctrina y la jurisprudencia son unánimes al establecer los elementos del acto administrativo. Así, se habla de elementos subjetivos, objetivos, motivación, etc. Por su parte, Roberto Dromi en su "Derecho Administrativo", habla de competencia, objeto, voluntad, forma, motivación y notificación.

Al hablar del elemento "forma" algunos autores incluyen dentro del mismo a la comunicación del acto, es decir, a la notificación. Sin embargo, Dromi le confiere una capital importancia a la notificación, y al exponer la forma, incluye dentro de ésta únicamente a la publicidad de los reglamentos u otros actos, como por ejemplo, las

licitaciones, dejando un apartado especial para la notificación, considerándola como un elemento autónomo. En síntesis, la doctrina –García de Enterría, Parada, María Díez, Marienhoff-, incluyen a la notificación como un elemento del acto administrativo, siendo también unánimes en que la notificación del acto importa para la eficacia del mismo.

Así, la Sala de lo Contencioso Administrativo, magistralmente en la sentencia del 18 de diciembre de 1998, expresó: ***"La notificación es el acto formal que da a conocer al administrado el contenido de una resolución".***Nótese que se dice ***"el contenido",*** es decir, además del acto decisorio en sí, cuál es la motivación del mismo.

También, en la sentencia del 7 de julio de 1998, se estableció: ***"La notificación es un acto de trámite, cuya finalidad es hacer que el administrado conozca el acto o resolución, que puede incidir negativa o positivamente en su esfera jurídica; para que de esta manera ejerza la defensa de sus derechos o intereses cuestionados. La notificación es condición para la eficacia de los actos administrativos y es presupuesto para que transcurran los plazos para la impugnación"***

Incluso el Tribunal Supremo de España al analizar la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, se refiere a la notificación y menciona que la misma debe contener el texto íntegro del acto administrativo. Cabe decir que el texto de tal ley en lo atinente menciona que la notificación ***"Deberá contener el texto íntegro de la resolución".***

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están en consonancia con tal norma, pues exigen una notificación que permita la defensa del administrado. En otras palabras: una comunicación que permita esgrimir con propiedad los medios de impugnación para que exista claridad y transparencia en el actuar de la administración. Para muestra, en cuanto a la doctrina, citemos lo expuesto por Roberto Dromi en "El Procedimiento Administrativo" (Editorial Ciudad Argentina, Argentina 1999, página 108) quien al hablar del contenido de las esquelas, cédulas o documentos de notificación expresa: ***"Las cédulas y cartas documentos reproducirán íntegramente el acto y no solo su parte resolutiva. La transcripción se podrá reemplazar por una copia íntegra y autenticada de la resolución, dejándose constancia en el cuerpo de la cédula o carta".***

Siguiendo tal línea doctrinaria y jurisprudencial, el legislador al elaborar la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (LACAP), estableció igual condición para la eficacia del acto, al decir en el primer inciso del artículo 74 ***"Todo acto administrativo que afecte derechos o intereses de los ofertantes y contratistas, deberá ser debidamente notificado, a más tardar dentro de las setenta y dos horas hábiles siguientes de haberse proveído. Este surtirá efecto a partir del día siguiente al de su notificación, que se hará mediante entrega de la copia íntegra del acto".***

Con tal orden legal, la exigencia de la notificación en los términos expuestos, dejó de ser una exigencia jurisprudencial y doctrinal y pasó a ser un requisito legal sine qua non para la eficacia y legalidad del acto.

Igual condición estableció en el cuarto inciso del artículo 56 al mencionar: ***"La UACI dará a conocer el resultado mediante la Resolución de Adjudicación correspondiente".***

De la lectura de tal disposición podemos inferir varias conclusiones: Primera: que tal como expusimos, la disposiciones legales citadas están en franca consonancia con la legislación y doctrina aludida, al dotar de eficacia al acto a partir del momento de su notificación. Segunda: que la LACAP va más allá, pues no exige una notificación cualquiera, sino que le incorpora un requisito sine qua non: ordena que la misma se haga con copia íntegra del acto, con copia textual de toda la resolución, como mencionan los artículos 56 y 74. Tal norma está encaminada a garantizar el Principio de Defensa, que junto con el de Legalidad y el de Gratuidad deben informar las actuaciones en un procedimiento administrativo, pues solo conociendo la fundamentación de un acto podremos impugnarlo con eficacia. Finalmente, que con tal norma la notificación extiende sus efectos no solo para la eficacia del acto, sino también para la legalidad del mismo, pues si no se notifica de la forma prevista en el artículo citado, se estará yendo en contra de una norma legal expresa. Reiteramos: la notificación no solo importa en cuanto a la eficacia del acto, va más allá, pues si no se notifica como ordena la misma ley, se estará incumpliendo el precepto del artículo 74 siendo susceptible de declararse ilegal el acto mal notificado pues irá en contra de una patente norma legal.

Volviendo a las conclusiones del párrafo anterior, en cuanto a que la LACAP ordena que se notifique con copia íntegra del acto, podemos extraer a su vez una consecuencia válida: Si no se notifica con entrega de la copia textual de la resolución, es como que no se haya notificado. Si se notifica con una esquela conteniendo el mero resultado de una adjudicación, sin explicar porqué razón ganó un ofertante y porqué perdió otro, estamos ante un acto ilegal, pues transgrede la norma que lo ordena y que además le condiciona la eficacia a una correcta notificación. Es lo que Manuel María Díez llama Vicio de Forma mencionando que además de anulable no produce efecto alguno. Por ello, en la Sentencia del treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y siete, la Sala de lo Contencioso dijo: "***basta la concurrencia de vicios en uno de los elementos para que el acto como tal se torne ilegal".***

Existe jurisprudencia en el anexo respectivo del presente que reafirma lo antes dicho, en la que se ha declarado ilegal el acto de adjudicación, pues no se notificó como ordena la LACAP de acuerdo a la Constitución de la República.

Prohibición de Fraccionamiento

Art. 58.- No podrá fraccionarse las adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública, con el fin de modificar la cuantía de la misma y eludir, así, los requisitos establecidos para las diferentes formas de contratación reguladas por esta Ley.

En caso de existir fraccionamiento, la adjudicación será nula, y al funcionario infractor se le impondrá las sanciones legales correspondientes. En el Reglamento de esta Ley se establecerán los procedimientos para comprobar los fraccionamientos.

COMENTARIO
El fraccionamiento se configura cuando se dividen los montos para contratar con el fin de evitar procedimientos administrativos de selección de contratistas que puedan tener mayores solemnidades, trámites burocráticos o mayores controles. De tal forma, pueden realizarse dos libres gestiones para evitar una licitación pública por invitación, o incluso dos libres gestiones por menos de diez salarios mínimos para evitar la obtención de las tres ofertas que exige la ley en sus artículos 40 y 41 LACAP.

La infracción está proscrita por la LACAP, sancionando su práctica con despido, de acuerdo al artículo 155 literal e) LACAP. Incluso puede configurar el delito de Incumplimiento de Deberes, establecido en el artículo 321 del Código Penal.

Una forma eficaz de evitar esta práctica es por medio de la programación anual de compras, que permite establecer las necesidades institucionales y realizar compras considerables a recibirse por entregas parciales, de tal forma que si se sabe la cantidad necesaria de una obra, bien o servicio, desde el momento de la programación, será menos probable que se intente el fraccionamiento que se configuraría entonces en una actividad dolosa. El artículo 53 RELACAP establece que el fraccionamiento se detectará por medio de los informes de los auditores institucionales.

CAPÍTULO II
LICITACIÓN Y CONCURSO PÚBLICO

Licitación Pública
Art. 59.- La Licitación Pública es el procedimiento por cuyo medio se promueve competencia, invitando públicamente a todas las personas naturales o jurídicas interesadas en proporcionar obras, bienes y servicios que no fueren los de consultoría.

Concurso Público
Art. 60.- El Concurso Público es el procedimiento en el que se promueve competencia, invitando públicamente a todas las personas naturales o jurídicas interesadas en la presentación de servicios de consultoría.

COMENTARIO
Sea licitación o concurso público, pueden entenderse como un procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual por el que un ente público, en ejercicio de la función administrativa, invita a los interesados para que, sujetándose a las condiciones fijadas en las bases de licitación, formulen ofertas de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente a los intereses institucionales. Sus principios son **Legalidad, Libre Concurrencia, Igualdad, Publicidad y Transparencia.** Tales principios están regulados constitucionalmente, así: Legalidad

en el artículo 86 tercer inciso; la Libre Concurrencia como un manifestación de Libertad está garantizado en el artículo 8; la Igualdad en el artículo 3 y la Transparencia como un requisito del Derecho de Defensa está garantizada en el artículo 11, todos de la Constitución de la República. Además, fueron recogidos en el artículo 2 RELACAP.

El procedimiento de licitación o concurso por regla general es el siguiente:

1. Verificación de estudios,
2. Programación,
3. Requerimiento,
4. Verificación presupuestaria,
5. Integración de equipo que elabora bases,
6. Elaboración de bases de licitación,
7. Aprobación de bases de licitación,
8. Nombramiento de Comisión de Evaluación,
9. Convocatoria,
10. Revisión de bases por posibles ofertantes,
11. Venta de bases de licitación,
12. Adendas, enmiendas, aclaraciones, consultas,
13. Apertura pública de ofertas,
14. Verificación de documentos,
15. Subsanación de errores u omisiones,
16. Cocalificación,
17. Evaluación de ofertas,
18. Apertura de ofertas económicas,
19. Evaluación
20. Recomendación (adjudicación, desierta), suspensión, dejar sin efecto,
21. Adjudicación (total o parcial), suspensión, sin efecto,
22. Notificación,
23. Examen del expediente por ofertantes,
24. Recurso de Revisión,
    a. Interposición
    b. Admisión
    c. Nombramiento CEAN
    d. Dictamen CEAN
    e. Resolución o silencio administrativo
    f. Nuevo recurso,
25. Firma de contrato

La licitación o concurso es un verdadero procedimiento administrativo que tiene por finalidad seleccionar a un ofertante entre los elegibles, siempre y cuando el mismo cumpla todos los requisitos exigidos en las bases de licitación o concurso. El acto administrativo a que da lugar el procedimiento administrativo de licitación o concurso es la adjudicación, acto esencialmente reglado, pues su fundamento básico es la correspondencia entre lo solicitado en las bases de licitación o concurso y lo ofertado por el adjudicado.

Suspensión de la Licitación o de Concurso

Art. 61.- El Titular de la institución podrá suspender por acuerdo razonado la licitación o el concurso, dejarla sin efecto o prorrogar el plazo de la misma sin responsabilidad para la institución contratante, sea por caso fortuito, fuerza mayor o por razones de interés público. La institución emitirá una resolución razonada de tal decisión, la que notificará oportunamente a los ofertantes.

El funcionario que contraviniere lo dispuesto en el inciso anterior, responderá personalmente por los daños y perjuicios en que haga incurrir a la institución y a los ofertantes.

COMENTARIO
Se establece la facultad para suspender, dejar sin efecto o prorrogar el plazo de una licitación o concurso, debiendo fundamentarse tal decisión, basándose en caso fortuito, fuerza mayor o razones de interés público.

Estimo que esta es la solución para cuando las ofertas han sobrepasado el presupuesto institucional, pudiéndose dejar sin efecto por razones de interés público pues en caso de contratarse, aquel sería afectado por un incremento presupuestario que podría incidir en la economía estatal.

No puede olvidarse que la suspensión de un procedimiento administrativo no puede ser per saecula seculorum sino que al contrario, debe tener un plazo determinado. La aclaración anterior se formula debido a la práctica de algunas instituciones consistente en suspender de forma indefinida un procedimiento de licitación o concurso, acto que afecta la Seguridad Jurídica y el Debido Proceso de los ofertantes y que por tanto debiera proscribirse.

Requisitos del Ofertante con Representación
Art. 62.- Cuando un ofertante representare legalmente a uno o más fabricantes y ofreciere productos de cada uno de ellos, las ofertas deberán presentarse acompañadas de los documentos que acrediten la representación y de los certificados de garantía de fábrica de cada uno de los productos y la garantía de mantenimiento de oferta por cada una.

COMENTARIO
Si la entidad representada es extranjera y el poder con que actúa proviene del exterior, deberá legalizarse de conformidad a las leyes y tratados pertinentes, que en este caso serán el artículo 261 del Código de Procedimientos Civiles y el Convenio de la Haya sobre Eliminación de Requisitos de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros.

LEGISLACION MENCIONADA
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

Art. 261.- Para que haga fe el instrumento público o auténtico, emanado de país extranjero, la firma que lo autoriza debe estar autenticada por el Jefe de la Misión Diplomática, Cónsul, Vice-Cónsul o Encargado de los Asuntos Consulares de la República, o en su defecto, por

los funcionarios correspondientes del Ministerio de Relaciones Exteriores de donde proceden tales documentos, y la firma que autoriza tal legalización habrá de ser autenticada también por el Ministro o Subsecretario de Relaciones Exteriores de El Salvador, o por el funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores que, por medio de acuerdo ejecutivo en el mismo ramo, haya sido autorizado de modo general para ello.

También harán fe los instrumentos auténticos emanados de país extranjero extendidos por medio de fotocopias, siempre que por razón puesta al reverso de las mismas se haga constar la fidelidad de tales fotocopias y que se han llenado las formalidades exigidas por la ley del país en donde se han extendido. Esta razón deberá ser firmada por el funcionario competente del país de donde proceden, y la firma de éste, autenticada de la manera prevenida en el inciso anterior.

Si los instrumentos a que se refiere el presente artículo estuvieren escritos en idioma extranjero, vertidos que sean al castellano por intérprete nombrado por Juez Competente, no hay necesidad de nueva versión para que obren en los demás tribunales de justicia, u otras oficinas gubernativas, y tampoco habrá necesidad de esta versión cuando los instrumentos hayan sido ya traducidos de acuerdo con la ley del país de donde proceden y la traducción esté debidamente autenticada.

Siempre que el Juez o Tribunal, o el Jefe de la Oficina gubernativa donde el instrumento o instrumentos vertidos en el extranjero, fueren presentados, creyeren conveniente una nueva versión, podrán de oficio acordarla, como también en el caso de solicitarlo persona interesada en ello; y esa nueva versión practicada en forma legal por juez competente, será la única que se tomará en cuenta. (69) (72)

Licitación o Concurso con un Participante

Art. 63.- Si a la convocatoria de la licitación o del concurso público se presentare un solo ofertante, se dejará constancia de tal situación en el acta respectiva. Esta oferta única, será analizada por la Comisión de Evaluación de Ofertas para verificar si cumple con las especificaciones técnicas y con las condiciones requeridas en las bases de licitación o de concurso en su caso. Si la oferta cumpliere con los requisitos establecidos y estuviere acorde con los precios del mercado, se adjudicará a ésta la contratación de que se trate. En el caso que la oferta no cumpliere con los requisitos establecidos, la Comisión procederá a recomendar declararla desierta y a proponer realizar una nueva gestión.

COMENTARIO

Esta disposición sienta un criterio importante para entender la evaluación y la declaratoria de desierta: si el ofertante único cumple de acuerdo a los criterios de evaluación, es elegible y si sus precios son acordes a los de mercado, le será adjudicado el contrato. Por otro lado, si no cumple los requisitos exigidos, se declarará desierta la licitación o el concurso. Este último criterio en clave para entender la naturaleza de la declaratoria de desierta de una licitación o concurso, pues puede darse el caso que aún cuando se presenten ofertantes, éstos no cumplan las condiciones o requisitos establecidos en las bases de licitación en cuyo caso, se tendrá el supuesto de hecho para declarar desierta una licitación o concurso.

Ausencia Total de Participantes
Art. 64.- En el caso que a la convocatoria de la licitación o de concurso público no concurriere ofertante alguno, la Comisión de Evaluación de Ofertas levantará el acta correspondiente e informará al titular para que la declare desierta, a fin de que promueva una segunda licitación o un segundo concurso público.

COMENTARIO
En consonancia con el comentario anterior, existen dos supuestos para la declaración de desierto de un procedimiento de licitación o concurso: que no concurra ofertante alguno, o que los que acudieran no cumpliese los requisitos exigidos, considerándose que no han concurrido, pues una mala oferta no puede tomarse como tal.

No puede ser supuesto de hecho para declarar desierta una licitación el que el monto ofertado rebase el presupuesto institucional, pues existen ofertas que han cumplido los requisitos y el presupuesto institucional no puede ser conocido por los ofertantes. La figura a aplicar será el dejar sin efecto la licitación o concurso.

Ver comentario del artículo anterior.

Declaración Desierta por Segunda Vez
Art. 65.- Siempre que en los casos de licitación o de concurso público, se declare desierta por segunda vez, procederá la contratación directa.

COMENTARIO
De conformidad al artículo 72 literal b) LACAP, procede la contratación directa cuando se ha declarado desierta una licitación o un concurso. Lo anterior bajo los criterios mencionados para declararla desierta: que no concurran ofertantes o que éstos no cumplan con los requisitos. No debe abusarse de la figura de la declaración de desierta para propiciar la contratación directa.

CAPÍTULO III
LICITACIÓN Y CONCURSO PÚBLICO POR INVITACIÓN

Lista Corta
Art. 66.- La licitación y el Concurso Público por Invitación son la forma de selección de contratistas en la que se elabora una lista corta de ofertantes, con un mínimo de cuatro invitaciones a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, a los que se invita públicamente a participar a fin de asegurar precios competitivos. Esta lista podrá formarse con base al banco de datos que llevará la UACI. Salvo casos especiales debidamente justificados, el número de participantes podrá reducirse hasta un mínimo de dos. En todo caso, siempre el titular de la institución deberá

razonar y aprobar la lista corta.(2)

COMENTARIO
No existe una diferencia sustancial entre la licitación y el concurso público y la licitación y el concurso público por invitación. Las diferencias estriban en la formulación de la lista corta y en los montos para iniciar el procedimiento administrativo. Por tanto, le son aplicables los principios de la licitación. En tal sentido, debe recordarse que uno de los principios de la ley es la Libre Concurrencia, que el inciso final del artículo 13 LACAP establece que no será necesario estar en el banco de datos para participar en una licitación, y que los artículos 47 inciso 1º y 49 LACAP, establecen que las bases de licitación o concurso pueden ser solicitadas por los interesados. La conclusión de lo anterior es que aún cuando un interesado no está en la lista corta, perfectamente puede participar en la licitación. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 51 inciso 2º RELACAP.

Invitación y Bases
Art. 67.- La invitación se efectuará por escrito o cualquier medio tecnológico que permita dejar constancia de la invitación, debiendo hacerse constar la recepción de la misma, por parte del destinatario. No obstante siempre se publicará la invitación por lo menos una vez en periódicos de circulación.

En cuanto a la preparación de las bases, el análisis, evaluación y notificación de esta forma de selección de contratista, deberá aplicarse los procedimientos de la licitación o de concurso público.

COMENTARIO
Como una particularidad de la Licitación o Concurso Público por Invitación se establece que la invitación a los potenciales ofertantes debe hacerse por escrito y dejarse constancia de la recepción de la misma. La base de lo anterior es que aún cuando sea por invitación se pretende que concurra el mayor número de ofertantes.

El segundo inciso de este artículo confirma lo expuesto en el comentario anterior, en cuanto a la libertad de concurrencia para participar en la licitación, cuyo impedimento afectaría la esfera de libertad del potencial ofertante, pudiendo tal actuación ser objeto de un amparo constitucional. Aserto que es confirmado por el artículo 51 RELACAP.

CAPÍTULO IV
LIBRE GESTIÓN

Elementos
Art. 68.- La Libre Gestión es el procedimiento por el que las instituciones adquieren bienes o servicios relativos a sus necesidades ordinarias, disponibles al público en almacenes, fábricas o centros comerciales, nacionales o internacionales.

También se aplicará este procedimiento a la contratación de obras y de consultores individuales cuyo valor no exceda de ochenta (80) salarios mínimos urbanos.

COMENTARIO
La libre gestión puede entenderse como el procedimiento administrativo de selección de contratista de obras, bienes y servicios, que debido al monto a contratar (menor de 80 SMI), implica la simplificación de los requisitos de selección, favoreciendo la agilidad. Faculta a la Administración a no ajustarse a los principios de Publicidad y Libre Concurrencia;

En España se le conoce como contratos menores; en México como procedimiento de invitación a cuando menos tres personas y en Nicaragua: Compras por Cotización.

Un modelo del procedimiento podría ser: a) Verificación de existencias; b)Verificación de asignación presupuestaria; c) Elaboración de las especificaciones técnicas, de los requisitos, de la forma de evaluación y de la solicitud de ofertas; d) Revisión de Banco de Información (Art. 13 LACAP); e) Selección de posibles ofertantes (de acuerdo al monto); f) Resolución razonada; g) Envío de solicitud de ofertas a seleccionados; h) Comprobación de recibido; i) Recepción de ofertas; j) Evaluación; k) Elaboración de orden de compra; l) Notificación de selección al elegido; m) Firma de contrato; n) Entrega de garantías; o) Entrega y recepción, y p) pago.

Anticipos
Art. 69.- Se podrá dar anticipos hasta por el 30% del valor total de la obra, bien o servicio a contratar y, en respaldo de aquellos, deberá exigirse una garantía de buena inversión de anticipo que respalde el pago anticipado.

La institución contratante podrá verificar el uso correcto del anticipo otorgado y en el caso de verificar o comprobar el mal uso de éste se deberá hacer efectiva la garantía en cuestión.

COMENTARIO
Con el ánimo de favorecer a la pequeña y mediana empresa se amplió la figura del anticipo para las adquisiciones y contrataciones por libre gestión, el que deberá ser garantizado de conformidad a la ley, existiendo facilidades por medio de las sociedades de garantías recíprocas.

Prohibición
Art. 70.- No podrá adjudicarse la adquisición o contratación al mismo ofertante o contratista cuando el monto acumulado de un mismo bien o servicio asignado por Libre Gestión, supere el equivalente a ochenta (80) salarios mínimos urbanos, dentro de un período de tres meses calendario, so pena de nulidad.(2)

COMENTARIO
Este artículo debe aplicarse siguiendo dos parámetros: a) dentro del marco de la libre gestión, pues no es un permiso para fraccionar ni para realizar "rueda de caballitos", cambiando de contratista cada tres meses; b) por otro lado, su aplicación debe ser en consonancia a la programación anual de compras que debe realizar cada institución.

Sin embargo, debe notarse que el artículo menciona al mismo bien o servicio, lo que permite singularizar las compras, con el fin de legalmente, no involucrarse con procedimientos de compras más complicados. Por ejemplo, en vez de hablar de "vehículos" como objeto de compra, bajo el criterio de singularización, se puede hablar de "pick ups" y "sedanes", lo que permite ampliar el radio de compras por libre gestión. De tal forma que podría realizar una libre gestión para comprar pick ups y otra para vehículos tipo sedán. Lo anterior claro está en circunstancias excepcionales y no descuidando elementos como la programación anual de compras así como las ventajas de las compras a gran escala en las que se pueden obtener mejores precios.

CAPÍTULO V
CONTRATACIÓN DIRECTA

Elementos
Art. 71.- La Contratación Directa es la forma por la que una institución contrata directamente con una persona natural o jurídica sin seguir el procedimiento establecido en esta Ley, pero manteniendo los criterios de competencia y tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas. Esta decisión debe consignarse mediante resolución razonada emitida por el titular de a institución.

COMENTARIO
La contratación directa puede entenderse como una forma de selección del contratista en la que la ley faculta para no seguir el procedimiento de selección normal al darse las situaciones previstas legalmente (emergencia, urgencia, conveniencia, respeto de propiedad intelectual o industrial, etc). El titular puede acordar seguir tal procedimiento al darse los supuestos del Art. 72 LACAP y tal decisión debe ser fundamentada. La pauta para seguir los criterios de competencia depende de las circunstancias que propician la contratación directa, por ejemplo, si es una única fuente o si hay derechos de propiedad intelectual o industrial que respetar no será posible mantener criterios de competencia, requiriendo ofertas que serán estériles e infructuosas.

Condiciones
Art. 72.- El procedimiento de la Contratación Directa sólo podrá acordarse al concurrir alguna de las situaciones siguientes:

a) Si así lo exigiere la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual, tales como patentes, derechos de autor u otros semejantes, cuando haya una sola fuente o cuando la especialidad profesional, técnica o artística objeto de las obligaciones contractuales no permita promover una licitación;
b) Por haberse declarado desierta por segunda vez la licitación o el concurso;
c) Por haberse revocado el contrato celebrado y por razones de urgencia amerite no promover nueva licitación;
d) Si se tratare de obras, servicios o suministros complementarios o de accesorios o partes o repuestos relativos a equipos existentes u otros previamente adquiridos, de los que no hubiere otra fuente;
e) Si se tratare de la adquisición de equipo o material de guerra, previamente calificado por el Ministro de la Defensa Nacional y aprobado por el Presidente de la República;
f) Si se diere el calificativo de urgencia de acuerdo a los criterios establecidos en esta Ley; y,
g) Si se tratare de una emergencia proveniente de guerra, calamidad pública o grave perturbación del orden.

COMENTARIO
Debe notarse que este procedimiento de selección de contratista, de acuerdo a los supuestos del presente artículo, no siempre es obligatorio. La razón estriba en que en el primer inciso se refiere a que “sólo podrá acordarse”, siendo ese “podrá” facultativo. Estamos en presencia de una potestad discrecional.

Las causales para acordar la contratación directa son heterogéneas: en el primer literal se mencionan tres situaciones diferentes:
a) protección de propiedad industrial o intelectual;
b) que exista una sola fuente, y,
c) que la especialidad de la prestación contractual torne inconveniente una licitación la que sería un gasto de recursos innecesario.

El literal b) del artículo en consonancia con el artículo 65 LACAP, establece la potestad discrecional de que ante el supuesto de hecho de que una licitación se declare desierta por segunda vez, se podrá o no, promover el procedimiento de contratación directa. Debe tenerse cuidado con esta figura pues puede ser un mecanismo para que por medio de dos procesos de licitación sumamente exigentes, se logre obtener el aval legal para una contratación directa que sería ilegal. La otra cara de la moneda es el caso de las petroleras en el país que o no retiran ofertas o no ofertan en dos licitaciones lo que obliga siempre a contratar directamente con ellas. Estimo que debido a las regulaciones del precio y a los márgenes de ganancia que vienen determinados del exterior, se debería permitir de una sola vez la contratación directa de combustibles para evitar el gasto de recursos humanos, financieros, etc. que representan una licitación, por ello es necesaria una reforma en tal sentido.

El literal c) introduce la figura de la revocación regulada en el artículo 96 LACAP, la cual no es una sanción administrativa sino que doctrinariamente opera como una

forma de terminación de los contratos administrativos basada en la conveniencia institucional. En el caso de la revocación y cuando existieren razones de urgencia debido a que el objeto contractual es apremiante y no se puede esperar para promover un nuevo proceso de licitación, podrá contratarse directamente. Otra figura puede ser que el remanente del contrato, al momento de la revocación permita la libre gestión, que es más ágil que la licitación. Pero en todo caso, si el objeto contractual es de urgente necesidad como medicamentos, puede promoverse la contratación directa.

El literal d) es contradictorio, pues al principio se refiere a prestaciones complementarias de otras previamente adquiridas, lo que debiera ser el espíritu del literal relacionado, sin embargo, al final se establece la condicionante que no exista otra fuente, con lo que viene a equipararse a la figura del literal a).

Si media la calificación del Ministerio de la Defensa Nacional y su aprobación por el Comandante General de la fuerza Armada, que establecen que un equipo o material es para usos bélicos, procede también la directa, tal como se establece en el literal e).

El calificativo de urgencia regulado en el literal f) se normará de acuerdo a lo planteado en el artículo 73 LACAP, al cual me remito.

La figura final es la emergencia sea por guerra, calamidad pública o grave perturbación al orden, en el entendido que las compras deben ser para paliar las situaciones sobrevivientes de tales eventos.

Calificación de urgencia
Art. 73.- Con el conocimiento del Consejo de Ministros, el titular de la institución será el competente para emitir la declaración de urgencia debidamente razonada, excepto en el caso de los Municipios, que será el concejo municipal el que conozca y tendrá competencia para emitir dicha declaración. En el caso en que uno o varios miembros del Concejo Municipal sea nombrado para conformar la UACI, de conformidad a lo establecido en el Art. 9 de esta ley, se exonerará para conocer de la declaración de urgencia.(2)

La calificación de Urgencia procederá ante una situación por la que se hace necesaria la adquisición o contratación de obras, bienes o servicios, cuya postergación o diferimiento impusiere un grave riesgo al interés general. También procederá cuando habiéndose contratado, previa una licitación, el contrato se extinguiere por causas imputables al contratista.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, cuando proceda la calificación de urgencia la institución podrá solicitar ofertas al menos a tres personas, sean naturales o jurídicas que cumplan los requisitos.

COMENTARIO
El competente para emitir el calificativo de urgencia es el titular, solo cuando: Exista

inminencia de riesgo al interés general, o, cuando se haya caducado un contrato, (Arts.93 y 94 LACAP) que es la extinción por causas imputables al contratista.

El interés general, al ser un concepto jurídico indeterminado, tiene una amplitud que permite incluir en él situaciones heterogéneas, por ejemplo: protección a la salud de la población o un segmento de ella, protección a bienes públicos, al proceso democrático en el caso de compras para el proceso electoral, etc.

Debe aclararse que el calificativo de urgencia y el acuerdo para contratar directamente son dos actos diferentes. Asimismo, deben respetarse las condiciones y especificaciones definidas y pueden solicitarse ofertas. Es facultad discrecional la presentación de al menos tres ofertas. El artículo 55 RELACAP establece que el conocimiento del Consejo de Ministros no es previo sino a posterior y sólo tiene carácter informativo.

CAPÍTULO VI
LA NOTIFICACIÓN Y RECURSO

Forma
Art. 74.- Todo acto administrativo que afecte derechos o intereses de los ofertantes y contratistas, deberá ser debidamente notificado, a más tardar dentro de las setenta y dos horas hábiles siguientes de haberse proveído. Este surtirá efecto a partir del día siguiente al de su notificación, que se hará mediante entrega de la copia íntegra del acto, personalmente al interesado o por correo con aviso de recibo o por cualquier otro medio que permita tener constancia fehaciente de la recepción.

A menos que el interesado consienta en recibir la esquela de notificación en la oficina administrativa o en otro lugar, la entrega debe realizarse en el lugar señalado para notificaciones.

COMENTARIO
Los actos administrativos tienen validez y eficacia. Pueden ser válidos, pero para surtir efectos deben cumplirse los requisitos de divulgación o notificación del mismo. De forma complementaria, los actos favorables surten efectos desde su emisión, en cambio, los actos desfavorables, surten efecto desde su notificación. Esto último para garantizar el derecho de defensa.

El artículo es diáfano al manifestar que todo acto administrativo debe ser debidamente notificado, dando un plazo de 72 horas hábiles (9 días hábiles) para hacerlo. Al respeto debe tomarse en cuenta el tema de las "horas de audiencia" que se han establecido tanto para sede judicial o administrativa en los artículos 1277 C. Pr. C. y 84 Disposiciones Generales de Presupuestos. Condiciona su eficacia a dicha notificación, a la que le impone un requisito: que se haga con copia íntegra del acto, es decir, con copia textual del acto administrativo. O tal como dice el artículo 56 inciso 4º LACAP, ***"mediante la resolución de adjudicación correspondiente".*** En otras palabras, la notificación debe realizarse anexando copia de la resolución, la que a su

vez debe contener los considerandos que fundamentan la decisión, que viene a ser otro elemento del acto administrativo. El objetivo es garantizar el derecho de defensa de los ofertantes y contratistas, pues resulta imposible decidir si impugnar o no sin mayores elementos de juicio. En tal sentido, resultan atentatorias a tal derecho, las supuestas notificaciones que solo contienen el resultado a secas de la resolución, sin establecer los considerandos que lo motivan.

A la vez, generan en los ofertantes una cultura de interposición de recursos para averiguar el porqué de una pérdida. Lo que no debiera ser así debido a las exigencias de la LACAP en cuanto a publicidad y transparencia. Será necesario que la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo, congruente con la Constitución de la República y legislación aplicable, declare ilegales los actos que adolecen de falta de notificación o fundamentación y conceda la acción de indemnización por daños y perjuicios, debido a que a la época en que se resuelve ya no se puede hacer nada al respecto.

Legislación mencionada.

Domicilio para Notificaciones
Art. 75.- Los ofertantes y contratistas, sus representantes o sus administradores, mandatarios o apoderados, deberán designar en su primer escrito, petición o correspondencia, un lugar especial para recibir las notificaciones de los actos que dicten las instituciones contratantes y comunicar cualquier cambio o modificación oportunamente. No podrá usarse para los efectos indicados, la designación de apartados postales.

En caso de omitirse la designación prevenida en el inciso anterior, la notificación podrá hacerse de acuerdo a las reglas del Derecho Común en materia procesal.

COMENTARIO
Debido a la trascendental importancia para el derecho de defensa de los administrados, se establecen reglas a efecto de hacer nugatoria la posibilidad de no notificar a un determinado acto administrativo. Por otro lado, no puede olvidarse que la notificación es un presupuesto básico para que surta efecto el acto administrativo, que en el caso de la adjudicación, se torna apremiante para darle seguimiento al procedimiento de licitación o concurso, esperando la firmeza del acto. Nótese que en el caso que no se notifique una resolución de adjudicación, la misma no produce efectos, y firmar un contrato bajo esas circunstancias implicaría una vía de hecho de la administración, es decir, un acto ilegal que puede tener consecuencias penales (Actos Arbitrarios, artículo 320 del Código Penal).

Tal como ordena el artículo se puede tomar como norma supletoria el artículo 210 del Código de Procedimientos Civiles.

LEGISLACION MENCIONADA
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

Art. 210.- Toda citación o emplazamiento se hará a la parte en persona, pudiendo ser hallada; si no estuviere en su casa, ya sea propia o alquilada, o en que esté como huésped, se dejará a su mujer, hijos, socios, dependientes o criados mayores de edad, una esquela conteniendo un extracto breve y claro del auto o resolución y del escrito que lo motiva. (22)

Y si no tuviere mujer, hijos, socios, dependientes ni criados, o no se encontraren en casa, se dejará la esquela a un vecino, y si éste no quisiere recibirla, se fijará en la puerta de la casa.

La persona a quien se entregue la copia firmará su recibo si quisiere, y el encargado de practicar la diligencia pondrá constancia de todo en la causa.

Las partes están obligadas a concurrir a la oficina si desean conocer íntegramente las diligencias que se les ha hecho saber en extracto.

Recurso para Resoluciones Emitidas
Art. 76.- De toda resolución pronunciada en los procedimientos de contratación regulados por esta Ley, que afectaren los derechos de los particulares, procederá el recurso de revisión, interpuesto en tiempo y forma.

COMENTARIO
El recurso de revisión de conformidad a este artículo, procede en los procedimientos de contratación, es decir, en las formas de elegir al contratista, sea licitación, concurso, etc., no así en la ejecución contractual en que se previó el arreglo directo y el arbitraje. De tal forma que de existir un acto administrativo que durante la ejecución contractual afecte derechos o intereses del contratista, éste podrá acudir directamente a la vía judicial para que declare la ilegalidad del acto.

Se plantean los dos primeros requisitos del recurso: a) que afecte derechos de los particulares y de forma complementaria, b) que cumpla los requisitos de fondo y forma, anunciados en los subsiguientes artículos.

Interposición del Recurso
Art. 77.- El recurso de revisión deberá interponerse por escrito ante el funcionario que dictó el acto del que se recurre, dentro del término de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación; si transcurrido dicho plazo no se interpusiere recurso alguno, la resolución por medio de la cual se dictó el acto quedará firme.

El recurso será resuelto por el mismo funcionario dentro del plazo máximo de quince días hábiles posteriores a la admisión del recurso, dicho funcionario resolverá con base a la recomendación que emita una comisión especial de alto nivel nombrada por él mismo, para tal efecto. Contra lo resuelto no habrá más recurso.

Para que se entienda agotada la vía administrativa deberá quedar firme la resolución del recurso pertinente. Si de la resolución al recurso de revisión resulta que el acto quedare firme, la institución contratante podrá reclamar daños y perjuicios en que se incurra por el retraso en el proceso de adquisiciones y contrataciones.

Transcurridos los quince días hábiles después de la admisión del recurso y no se hubiere emitido resolución alguna, se entenderá que ha sido resuelto favorablemente.

El proceso de contratación quedará suspendido en el lapso comprendido entre la interposición del recurso de revisión y la resolución del mismo.

Contenido del Recurso
Art. 78.- El recurso se interpondrá con indicación precisa de las razones de hecho y de derecho que lo motivaron y de los extremos que deben resolverse.

Si el recurso no fuere presentado en tiempo y forma, será inadmisible mediante resolución razonada, contra la que no habrá recurso.

COMENTARIOS
Se establecen los requisitos de admisibilidad del Recurso de Revisión, en el entendido que la Legitimación Activa la tiene el ofertante afectado y la **Legitimación Pasiva, el funcionario o ente colegiado que ha dictado la resolución que se impugna.**

Siguiendo a Enrique Véscovi en su libro "La Impugnación de las Resoluciones Procesales en Iberoamérica" la fase de admisibilidad de un recurso implica la revisión de los requisitos exigidos por la ley, de tal forma que si estos no se cumplen, el recurso será inadmisible. Dentro de esos requisitos menciona los requisitos de forma, dentro de los cuales explícitamente menciona la argumentación de las razones de hecho y de derecho que fundamental el recurso. De igual forma un requisito que cae por su propia lógica es la determinación de los extremos en que deberá resolverse o la petición concreta. El artículo 56 RELACAP plantea otros requisitos que son reiterativos y que caen por su propio peso.

Bajo pena de inadmisibilidad los requisitos de la LACAP son: a. que se interponga ante el funcionario que dictó el acto impugnado, b. que esa interposición se haga dentro del término de cinco días hábiles contados a partir de día siguiente de la notificación, c. que se haga por escrito, d. que se indiquen las razones de hecho y de derecho que motivan el recurso, no bastando invocar los artículos que lo conceden y regulan sino planteando los hechos que se consideran anómalos y cuál es su base legal, aún cuando ésta esté en normas de las bases de licitación o concurso, y e. que se establezcan los extremos que debe resolverse, en otras palabras, que se formule de forma concreta la petición, no siendo suficiente con pedir la revisión del procedimiento, sino que solicitar por ejemplo "que se revoque la adjudicación a x y se me adjudique a mi".

La interposición del recurso tiene básicamente un efecto inmediato, que es la suspensión del procedimiento de selección de contratista.

Tal recurso debe resolverse dentro de un plazo perentorio de quince días hábiles contados a partir de su admisión por el funcionario que dicto el acto, quien será

asistido por una comisión Especial de Alto Nivel. Nótese que los actos de interposición y de admisión son diferentes. Este último se dicta cuando el recurso cumple los requisitos legales (Art. 78 inciso 2º LACAP) en un plazo de tres días contados a partir de la recepción del mismo según el artículo 57 RELACAP. En caso de no resolverse el fondo del asunto en el término establecido legalmente (15 días hábiles), procede el silencio administrativo positivo, otorgando la petición que se realizó (Art. 77 inciso 4º LACAP). La ley no regula como se va a reclamar tal derecho, ni qué puede hacer el ofertante adjudicado originalmente frente a esta situación. El RELACAP también guardó silencio al respecto. Estimo que habrá que presentarse a firma con base en la orden legal que establece el artículo 77 LACAP y si no se quiere cumplir la ley, iniciar las acciones penales pertinentes.

En la parte final del inciso 2º del artículo 77 se establece que “contra lo resuelto no habrá más recurso”, sin embargo, estimo que sí debe proceder otro recurso en sede administrativa en caso que un recurso de revisión cambie la adjudicación original. Veamos: el ofertante a quien se adjudicó originalmente que perdió en virtud del recurso, tiene derecho de defensa y perfectamente puede interponer el recurso de revisión a su vez, pues es otro acto administrativo y es otro el afectado. Si bien es cierto que el antes adjudicado tuvo derecho de defensa, de acuerdo al artículo 57 inciso 2° RELACAP, debe poder recurrir, o al menos debe hacerlo para agotar la vía administrativa y no caer en el supuesto del artículo 7 literal a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo

Por otro lado, el ofertante que recurrió y cuyo recurso no logró el resultado propuesto, de acuerdo al tercer inciso del mismo artículo, tiene agotada la vía administrativa y puede hacer uso de la acción administrativa e interponer una demanda en la Sala de lo Contencioso Administrativo.

A grandes rasgos el procedimiento sería así: a) Interposición (Efecto suspensivo)(5 días hábiles), b) Admisión o no admisión (3 días), c) Nombramiento de la Comisión Especial de Alto Nivel (CEAN), d) Dictamen de CEAN, e) Resolución dentro de 15 días hábiles o silencio administrativo, f) Ha lugar o no ha lugar, g) Nuevo recurso, h) Agotamiento de vía administrativa, i) Contencioso Administrativo, j) Amparo.

Los recursos administrativos en general y el recurso de revisión en particular, permiten realizar una revisión o control de la actuación de los funcionarios públicos, sean los encargados de dar seguimiento al procedimiento de licitación, o sean los encargados de dictar el acto administrativo de adjudicación, sin excluir a los responsables de la actividad consultiva de la administración, es decir, a la Comisión de Evaluación de Ofertas. Para ello, es vital que las instituciones concedan siempre el Derecho de Vista del expediente administrativo. Muchas veces como consecuencia del ejercicio de este derecho, los ofertantes se percatan que quienes han cometido un error en la oferta son ellos. Por ello, las instituciones que no permiten la vista del expediente actúan de forma doblemente imprudente, pues dan la impresión que están ocultando alguna práctica o acto anómalo y pierden la oportunidad de demostrar la corrección de su gestión. No deben olvidar que la privación del ejercicio de este derecho importa una vulneración del Derecho de Defensa del Administrado, quien no tendrá los elementos de juicio necesarios para

plantear un alegato serio, sea en sede administrativa o judicial. Confirmando lo anterior los artículos 2 y 50 RELACAP se refieren concretamente a tal derecho.

En el supuesto que no existan anomalías, la revisión fortalecerá la posición de los funcionarios encargados de la gestión y decisión. En el caso contrario, la actitud de no permitir el acceso al expediente coartará las facultades de los administrados para controlar la gestión de los funcionarios cuando ésta los afecta, impidiendo no solo el control de la gestión por los involucrados sino que se haga efectiva la responsabilidad de los funcionarios por actos ilegales o inconstitucionales. Esperemos que en nuestro país como en otros, la regla general no sea la impunidad de los funcionarios que actúan mal.

A tal grado de impunidad se ha llegado que resulta un calvario de por lo menos seis años el obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que sean causados por la actuación de un funcionario. Primero debe agotarse la vía administrativa. Luego, incoarse y proseguirse la vía judicial, sean por ilegalidad (contencioso administrativo) o por violación a derechos fundamentales (amparo), esperando que en ésta se tenga una sentencia favorable y que en ella se conceda la acción de indemnización por daños y perjuicios. Acto seguido, debe seguirse el proceso civil de determinación y liquidación de daños y perjuicios, tras el cual habrá que ejecutar tal sentencia y esperar que el responsable o el Estado como responsable subsidiario, pague.

Lamentablemente, las autoridades judiciales ya no tienen la entereza de dictaminar sobre el acto y a la vez determinar y cuantificar el monto de los daños causados con lo cual, en la misma sentencia se obtendría una cantidad líquida para ser cobrada. Así, existen, muchos casos en los cuales, ante el trabajo titánico de pelear con el sistema, los administrados deciden abandonar su lucha, con lo cual se envalentonan los malos funcionarios y se consolida el régimen de impunidad de los funcionarios públicos, que en la practica algunos la pueden tomar como una de las notas del Derecho Administrativo salvadoreño, pese a que existen normas de rango constitucional y legal que establecen lo contrario. Esto no quiere decir que todos los funcionarios son malos, pero sí, existen algunos que por mala fe, ignorancia grave o negligencia, actúan de forma ilegal y afectan a administrados, los que tienen el derecho para ser resarcidos por esa afectación.

Es inconstitucional e ilegal el reclamo de daños y perjuicios a los ofertantes que presentan recurso de revisión: inconstitucional, pues están haciendo uso de un medio de impugnación establecido por la ley, lo que es parte de su Derecho de Defensa y no se les debe sancionar por hacer uso de tal derecho. Ilegal, pues la misma ley establece los plazos para la resolución del recurso, plazos que corren a cargo de la institución, por tanto, no puede haber atraso imputable al contratista. Es más, la institución debe considerar el plazo para resolver el recurso dentro de su programación como parte integrante del procedimiento del selección de contratista.

TÍTULO V
DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

CAPÍTULO I
PERFECCIÓN Y FORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS

Momento
Art. 79.- Los contratos se perfeccionan y formalizan con la suscripción de los correspondientes instrumentos por las partes contratantes o sus representantes debidamente acreditados, salvo los de libre gestión en lo que bastará la emisión de la Orden de Compra y la expedición de la factura o documento equivalente en el momento de la entrega del bien o la prestación del servicio. La factura o documento equivalente deberá ser exigida para todo trámite de pagos en las transacciones reguladas por esta Ley.

COMENTARIO
Apartándose de la regla general de los contratos en que se pueden diferenciar los actos de perfeccionamiento y formalización, nuestra ley los ubica en un solo momento, que es la firma del contrato. Eso la distingue de otras legislaciones en las que el perfeccionamiento es la adjudicación y el contrato la formalización. Tal situación tiene consecuencias financieras, razón por la cual existe compromiso presupuestario hasta la firma del contrato, no antes.

Citación para Firma del Contrato
Art. 80.- La institución contratante convocará dentro de los plazos establecidos al ofertante adjudicatario para el otorgamiento del contrato. En las bases de licitación o de concurso, se determinarán los plazos para la firma del contrato y para la presentación de las garantías.

Si el adjudicatario no concurriere a firmar el contrato, vencido el plazo correspondiente, se podrá dejar sin efecto la resolución de adjudicación y concederla al ofertante que en la evaluación ocupase el segundo lugar. Esta eventualidad deberá expresarse en las correspondientes bases de licitación o de concurso, y así sucesivamente, se procederá con las demás ofertas, según el caso.(2)

Después de la firma del contrato se devolverán las garantías de mantenimiento de ofertas a los ofertantes no ganadores y, de igual manera se procederá, en el caso de declararse desierta la licitación o el concurso.

Plazo
"Art. 81.- La formalización u otorgamiento del contrato, deberá efectuarse en un plazo máximo de 8 días hábiles posteriores al vencimiento del plazo a que se refiere el Art. 77 de esta Ley, salvo caso fortuito o fuerza mayor." (5)

COMENTARIO
Al quedar firme la resolución administrativa de adjudicación, sea por que no se interpuso ningún recurso, por que no se admitieron o no prosperaron los interpuestos o, porque se modificó la resolución original y no se interpuso recurso alguno por el original adjudicado, procede convocar al ofertante adjudicatario o adjudicado.

En el supuesto que el adjudicado no se presentare a firmar el contrato, se podrá convocar al segundo lugar de acuerdo al inciso 2º del artículo 56 LACAP, pero respetando el Principio de Legalidad , es decir, siempre y cuando se haya previsto en las bases de licitación o concurso tal situación y que el segundo lugar sea elegible.

En tal sentido debe recordarse un elemento fundamental de la evaluación: en ella debe tomarse en consideración la legalidad, en el sentido de apego irrestricto a lo preestablecido en las bases para el objeto contractual y demás requisitos, y por otro lado, la conveniencia institucional, en el entendido que conviene a la institución el ofertante que demuestre por medio de su habilitación legal, técnica y financiera que puede afrontar con responsabilidad la ejecución del contrato.

En el artículo 81 LACAP reformado, no quedó claro a cuál plazo del artículo 77 LACAP se refiere, deberá entenderse que el plazo para la formalización del contrato se contará a partir de la firmeza de la resolución, tal como se expresó en el primer párrafo de este comentario.

CAPÍTULO II
EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

Cumplimiento del Contrato
Art. 82.- El contrato deberá cumplirse en el lugar, fecha y condiciones establecidas en su texto y en los documentos contractuales anexos al mismo.

COMENTARIO
El marco legal de cada contrato administrativo no se ciñe al contrato, sino que incluye los documentos contractuales definidos en el artículo 42 LACAP. En ese sentido las partes deben tener precaución en formalizar debidamente cualquier comunicación, hecho o acto que incida en los términos contractuales, no debiendo dejar las cosas sobreentendidas o al azar.

Legalmente, no se ha definido cuál va a ser el orden de jerarquía normativa de los documentos contractuales. Sin embargo, lo más razonable es que el contrato sea el que tenga mayor jerarquía. La razón es clara: en tal instrumento ya se han fundido las dos manifestaciones de voluntad que representan a las bases de licitación o concurso y la oferta, las cuales pueden incluso estar matizadas por consultas, adendas, etc. En todo caso, deberá consignarse así en el contrato para evitar dudas al respecto.

Prórroga de Contratos por Servicios
Art. 83.- En los contratos por servicios tales como: de arrendamiento, mantenimiento, vigilancia, mensajería, publicidad, seguros y bancarios, podrá acordarse su prórroga por un período menor o igual al inicial, dentro del ejercicio fiscal siguiente a la contratación, siempre que las condiciones del contrato se mantengan favorables a la

institución y que no hubiese una mejor opción. Este acuerdo deberá ser debidamente razonado y aceptado por el contratista.(2)

COMENTARIO

La LACAP recoge el tema de la prórroga en tres artículos: dos para cualquier tipo de contrato: el 86, en el cual se concede por causas no imputables al contratista y en el 92 inciso 2°. El otro artículo, que es el presente, es especial para los contratos por servicios y plantea cuatro requisitos para su prórroga: a) que sea por un período menor o igual al inicial, b) que sea dentro del ejercicio fiscal siguiente a la contratación, c) que las condiciones del contrato se mantengan favorables a la institución y d) que no hubiese una mejor opción. Además deberá emitirse una resolución de prórroga debidamente fundamentada y suscribirse el correspondiente instrumento de modificación contractual.

Una duda frecuente es con relación a si esta prórroga puede darse más de una vez. Al respecto se puede expresar que la ley al mencionar "por un período", está usando un artículo indeterminado y no un adverbio de cantidad, entonces, no puede considerarse como que en ese requisito quiso limitar las prorrogas. Incluso existen otros requisitos que pueden darse más de una vez: las condiciones pueden mantenerse favorables –nótese que no dice iguales- y puede demostrarse que no hay mejores opciones por medio de cotizaciones, ofertas o estudios de mercado. La situación interesante estriba en el requisito que se refiere a que la prórroga sea dentro del ejercicio fiscal siguiente a la contratación, pues tiene implicación en tres sentidos: a) cuando los contratos sean anuales, solo se podrá prorrogar una vez, pues la ley dice "dentro del ejercicio fiscal siguiente a la contratación", que por ejemplo, si contraté inicialmente en el año 2003, el ejercicio fiscal siguiente será el 2004, no el 2005 que será "un" ejercicio fiscal siguiente a la contratación, b) cuando los contratos sean menores de un año e inicien en el primer semestre, no se podrán prorrogar pues la prórroga debe ser en el ejercicio fiscal siguiente y la prórroga de estos sería en el mismo ejercicio fiscal, c) el otro caso, es cuando los contratos sean menores a un año e inicien en el segundo semestre, los cuales se podrán prorrogar varias veces, pues si el contrato original se inició en el segundo semestre de un año, se puede prorrogar –cumpliendo los otros requisitos claro- en el ejercicio fiscal siguiente, e incluso volverse a prorrogar, pues continúa en el ejercicio fiscal siguiente a la contratación.

Una grave impropiedad es que se manifiesta al final que el acuerdo deberá ser aceptado por el contratista, lo que da lugar a que algunas instituciones, solo emiten un acuerdo de prórroga y esperan que el contratista lo apruebe con su firma. No deben olvidar que el acto administrativo es competencia de un funcionario y que los particulares no pueden incidir en su aprobación o ratificación. Si podrán y deberán firmar los instrumentos modificatorios de la voluntad contractual.

Ejecución y Responsabilidad

Art. 84.- El contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación, diere la institución al contratista.

El contratista responderá de acuerdo a los términos del contrato, especialmente por la calidad técnica de los trabajos que desarrolle, de los bienes que suministre y de las prestaciones y servicios realizados; así como de las consecuencias por las omisiones o acciones incorrectas en la ejecución del contrato.

Asimismo, la institución contratante hará el pago oportuno de las obras, bienes o servicios recibidos, después de cumplidos los requisitos para el efecto y dentro de los términos contractuales. En caso de atraso para efectuar el pago devengado, el contratista tendrá derecho a una compensación por parte de la institución contratante equivalente a la tasa básica activa, promedio publicada por el Banco Central de Reserva, sobre las sumas adeudadas por los días posteriores a los señalados.

COMENTARIO

Los contratos deben cumplirse de buena fe y con diligencia. Pero la buena fe no significa permitir las irrazonabilidades, ni la diligencia implica hacer más de lo pactado. Para eso existe una programación de necesidades y un presupuesto aprobado.

La administración tiene toda una serie de prerrogativas debido al fin que se pretende cumplir, entre ellas se encuentran: el ius variandi (facultad de modificar los contratos de acuerdo a las necesidades y fines públicos de la administración), la dirección y control del contrato, la facultad de sancionar y la interpretación unilateral. En este artículo se reconoce la facultad de interpretación de los contratos, la cual lógicamente debe hacerse de acuerdo al fin perseguido.

Ambas partes deben responder por las prestaciones que se han obligado a dar o hacer. Básicamente, el contratista debe entregar una obra, bien o servicio, y la institución debe pagar el precio. Sin embargo la ley se quedó corta en cuanto a que muchas veces las instituciones, además de la obligación de pago, tienen una obligación de hacer o de no hacer para permitir la ejecución o la entrega de la obra, bien o servicio, siendo tan determinante esa acción o pasión que su incumplimiento puede generarle atrasos al contratista o hacerle incurrir en gastos no justificados, como por ejemplo, cuando no se da la orden de inicio de una obra y el contratista está sufriendo costos indirectos que a la postre le privarán de su ganancia contractual.

La ley guardo silencio sobre cómo reclamar la compensación por atraso en el pago, obviamente en el entendido que la ley concede tal derecho y que por tanto ella será el título habilitante de pago, es decir, no debiera mediar ningún tipo de trámite o resolución. Pero ¿qué pasará cuando la institución no quiera pagar?. Si se está en la etapa de ejecución contractual se podría acudir al arreglo directo y al arbitraje, pero por ser un derecho conferido por ley no un conflicto contractual, no necesariamente debe ventilarse en sede arbitral, podrían intentarse la vía judicial directamente.

Nótese que la etapa contractual, de acuerdo al segundo inciso del artículo 92 LACAP se termina hasta que las obligaciones se han cumplido a totalidad, por tanto, si existe una obligación que cumplir, por pequeña que sea, se habilita la vía arbitral a

la cual se podrá acudir. Pasada esa fase, que es obligatoria, queda expedita la vía judicial.

Multa por Mora

Art. 85.- Cuando el contratista incurriese en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por causas imputables al mismo, podrá declararse la caducidad del contrato o imponer el pago de una multa por cada día de retraso, de conformidad a la siguiente tabla:

- En los primeros treinta días de retraso, la cuantía de la multa diaria será del (0.1%) del valor total del contrato.
- En los siguientes treinta días de retraso, la cuantía de la multa diaria será del (0.125%) del valor total del contrato.
- Los siguientes días de retraso, la cuantía de la multa diaria será del (0.15%) del valor total del contrato.

Cuando el total del valor del monto acumulado por multa, represente hasta el doce por ciento (12%) del valor total del contrato, procederá la revocación del mismo, haciendo efectiva la garantía de cumplimiento de contrato.

El porcentaje de la multa previamente establecido, será aplicable al monto total del contrato incluyendo los incrementos y adiciones, si se hubieren hecho.
Sin embargo, de lo dispuesto en los incisos anteriores en su caso, la multa establecida será fijada proporcionalmente de acuerdo al valor total del avance correspondiente dentro de la respectiva programación de la ejecución de las obligaciones contractuales, siempre que éstas puedan programarse en diversas etapas.

En el contrato de suministro, los porcentajes previamente fijados para la multa, le serán aplicables únicamente sobre el valor de los suministros que se hubieren dejado de entregar por el incumplimiento parcial del contrato.

Las multas anteriores se determinarán con audiencia del contratista.

COMENTARIO

Como una manifestación de una verdadera potestad discrecional de la administración, en el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, la institución tiene dos caminos: a) caducar el contrato, o, b) exigir el pago de una multa por cada día de retraso. En este último caso, al llegar al monto acumulado del 12% del monto total del contrato, deberá caducar el mismo. (véase que aunque el texto de la ley dice “revocar” la figura es la caducidad de acuerdo al artículo 94 LACAP).

Muchas veces no es conveniente a la institución caducar el contrato (primero porque es deber de la institución conservar el contrato y además porque de esa forma se evitan costos administrativos), por tal razón empieza a cobrar la multa que consiste en un porcentaje diario que por regla general, se calculará sobre el monto total del contrato.

Debe aclararse que la caducidad es una verdadera sanción administrativa: es la pena capital de los contratos administrativos, pues mata la relación contractual. Además, afecta el derecho de libertad en general y particularmente las libertades de ofertar y contratar, pues de acuerdo al artículo 25 literal c) LACAP el contratista al que se le extingue (la caducidad es una forma de extinción) un contrato, queda incapacitado para contratar por cinco años. Por tanto debe respetarse el Debido Proceso Legal consagrado en el artículo 11 de la Constitución de la República. Debe considerarse que con la vigencia del RELACAP la información sobre los contratistas se difundirá entre todas las instituciones, lo que afectará a los contratistas a quienes se les caduque el contrato. De ahí que la caducidad solo puede imponerse por medio del debido proceso de acuerdo a los artículos 11 y 14 de la Constitución de la República.

Si en el supuesto que exista atraso en todo, la multa se cobra sobre la base del cien por ciento del contrato, además de los sesenta primeros días que plantea la ley, deberán transcurrir treinta y cinco días más para caducar el contrato y hacer efectivas las garantías. Sin embargo, si la multa se calcula por el monto en mora, como ordena la ley, existirán situaciones en que tendrán que transcurrir tiempos considerables que rebasan el año para llegar al doce por ciento. Tal es el caso del contrato de suministro –que así lo menciona la ley-, el de consultoría y el de obra, que por esencia son susceptibles de ejecución por etapas. Por ejemplo, si la ejecución rebasa el setenta y cinco por ciento, la multa se calculará con base en el veinticinco por ciento restante, y habrá qué hacer los cálculos respectivos para ver cuándo de acuerdo al artículo 94 LACAP, se caducará el contrato y se hará efectiva la fianza.

Debe aclararse que al ser “multas por mora”, la infracción atribuible al contratista es la mora, por tanto, si no hay mora, no hay infracción ni puede haber sanción, entonces la multa se cobrará solo por la mora no por el total.

Otro tema interesante es que las multas son sanciones administrativas. Reguladas constitucionalmente en el artículo 14 de la Constitución de la República. Deben ser impuestas mediando el debido proceso legal dentro del cual se incluye que sean impuestas por una autoridad competente. Y tal competencia debe ser conferida por ley, no por reglamento, mucho menos por bases de licitación o contrato.

Retrasos no Imputables al Contratista
Art. 86.- Si el retraso del contratista se debiera a causa no imputable al mismo debidamente comprobada, tendrá derecho a solicitar y a que se le conceda una prórroga equivalente al tiempo perdido, y el mero retraso no dará derecho al contratista a reclamar una compensación económica adicional.

COMENTARIO
En el caso que la mora en la ejecución contractual (o en la entrega de la obra, bien o servicio) no fuera imputable al contratista, la LACAP confiere un derecho a éste: que se le conceda prórroga por tal atraso no imputable. Lógicamente, para efectos de

control, se deberá documentar la situación. Nótese que la ley dice que el contratista tiene derecho: a) a pedir la prórroga, y, b) a que se le conceda tal prórroga, no quedando a potestad de la institución decidir si concede o no la misma, sino que al contrario, si se dan las justificaciones respectivas, debe concederse. Esta disposición se conjuga con el artículo 229 del Código de Procedimientos Civiles, que establece que ante un justo impedimento los términos no pueden contar en contra del impedido.

El artículo 59 RELACAP plantea un procedimiento sucinto para ventilar dicha petición, en el mismo se establece la obligatoriedad de presentar las pruebas que acrediten el atraso y que el mismo no es imputable al contratista.

LEGISLACIÓN MENCIONADA
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

Art. 229.- Al impedido con justa causa no le corre término, ni se le considera rebelde para tener por contestada la demanda ni por desierta la acción.

Seguro Contra Riesgos
Art. 87.- La institución contratante dependiendo de la naturaleza del contrato, podrá exigir al contratista un seguro que respalde los riesgos determinados en el contrato. Esta exigencia deberá constar en las bases de licitación o de concurso.

COMENTARIO
Con el fin de resguardar las personas y los bienes que puedan ser afectados por la ejecución de algún contrato que represente riesgo para los mismos, la ley establece la facultad discrecional de exigir un seguro al efecto.

Ajuste de Precios
Art. 88.- En los contratos en que el plazo de ejecución exceda de doce meses calendario, procederá el ajuste de los precios pactados, siempre y cuando, se compruebe en los mercados, modificaciones de precios que afecten los costos y solo por la parte no ejecutada de la obra, bienes o servicios no recibidos. Estos ajustes deberán hacerse del conocimiento público.

Igualmente procederá el ajuste de precios, al operarse una variación en el poder adquisitivo de la moneda nacional frente al patrón dólar.

La revisión de este rubro se llevará a cabo en la forma prevista en el contrato correspondiente. En el Reglamento de esta Ley se establecerán los diferentes criterios y mecanismos de ajustes de precios, que serán distintos de acuerdo al tipo de contrato.

COMENTARIO
Este artículo solo regula el supuesto de contratos que excedan el año calendario. Los

cuales conceden el derecho para solicitar el ajuste de precios si se comprueban variaciones en los costos que afecten la obra, bien o servicio que falte entregar. La ley se quedó corta para el supuesto que existan variaciones abruptas que afecten los costos aun cuando no se excediere del año calendario, por ejemplo, el alza del hierro que se vivió en el 2004, que incluso hizo quebrar empresas que no pudieron pedir la revisión de precios, pues sus contratos eran menores a un año. En igual sentido se puede tomar el alza de los combustibles que se experimentó en el año 2005. Sin embargo, aplicando la doctrina de la imprevisibilidad, perfectamente se puede pedir tal revisión y ajuste de precios, por medio del arreglo directo y del arbitraje. La base constitucional de lo dicho es el artículo 9 de la Constitución de la República que establece que ***"Nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y en los demás señalados por la ley."*** Debe existir una JUSTA RETRIBUCIÓN por los trabajos o servicios prestados. El consentimiento se expresó al firmar el contrato con ciertas condiciones, si éstas cambian, no puede afirmarse que el consentimiento anterior las vindica, pues es lo contrario, de ahí que querer que se cumplan un contrato en desventaja para el contratista y más allá de lo convenido por éste, implica una vulneración al artículo 9 mencionado.

En uno de los anexos se exponen los resultados de dos consultorías en las que se trató el tema del ajuste de precios y de la modificación contractual por obra adicional.

CAPÍTULO III
SUBCONTRATACIÓN

Condiciones y Limitaciones

Art. 89.- Las bases de licitación o de concurso, determinarán los términos de las subcontrataciones, y los ofertantes deberán consignar en sus ofertas toda la información relativa a las personas naturales o jurídicas a subcontratar. No podrá producirse la subcontratación, cuando las bases de licitación o de concurso y las cláusulas del contrato lo prohíban expresamente.

El contratista podrá subcontratar únicamente las prestaciones accesorias o complementarias de la construcción de la obra o prestación de servicios descritos en su oferta, previa autorización por escrito de la institución contratante.

Sin perjuicio de lo anterior se podrán efectuar subcontrataciones de emergencia por casos fortuitos o fuerza mayor, con conocimiento del Consejo de Ministros y mediante acuerdo razonado del titular, y en el caso de los Municipios, el conocimiento será del Concejo Municipal, esta facultad deberá establecerse en el contrato, y en todo caso, el subcontratista deberá cumplir con todos los requisitos establecidos en esta ley y su reglamento.(2)

Subcontratista

Art. 90.- El contratista sólo podrá concertar con terceros la ejecución parcial del

contrato cuando éstos últimos no estén inhabilitados para contratar, conforme esta Ley y demás Leyes. Por otra parte, el subcontratista sólo ostentará derechos frente al contratista principal, por razón de la subcontratación y, frente a la institución contratante, responderá siempre el contratista principal de todas las obligaciones que le correspondan por razón del contrato.

Condiciones de Validez
Art. 91.- La subcontratación sólo podrá autorizarse validamente, cuando se cumplan los siguientes requerimientos adicionales.

a) Que con carácter previo, se comunique por escrito a la institución contratante, la identidad del subcontratista y las partes del contrato a las que se referirá la subcontratación; y,
b) Lo demás que establezca el contrato, en su caso.

COMENTARIO
En principio, la subcontratación debe estar regulada en las bases de licitación, las cuales incluso pueden prohibirla, en cuyo caso, no se realizará. Sin embargo, aun cuando las bases no hayan dicho nada al respecto, la institución puede autorizarla, tal como se ordena en el 2° inciso del artículo 89. No debe olvidarse que la subcontratación no procede en lo esencial de las prestaciones sino en elementos accesorios o complementarios y en todo caso debe contarse con la aprobación de la institución contratante, previo a la comunicación de la identidad del subcontratista y de las prestaciones que ejecutará que deberá hacerse en la oferta. La subcontratación no excluye la responsabilidad del contratista principal que siempre responde frente a la institución.

No se podrá subcontratar a personas que estén inhabilitadas para contratar. El RELACAP amplía tal restricción en su artículo 23 inciso final.

CAPÍTULO IV
DE LA CESACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

Cesación
Art. 92.- Los contratos cesan en sus efectos, por la expiración del plazo pactado para su ejecución y por el cumplimiento de las obligaciones contractuales, todo sin perjuicio de las responsabilidades derivadas de los mismos.

De acuerdo a las circunstancias, las partes contratantes podrán acordar antes del vencimiento del plazo, la prórroga del mismo especialmente por causas que no fueren imputables al contratista y en los demás casos previstos en esta Ley.

Se entenderán cumplidas las obligaciones contractuales de parte del contratista, cuando éste las haya realizado satisfactoriamente de acuerdo a los términos del contrato, seguida del acto de recepción formal de parte de la institución contratante, en su caso.

COMENTARIO
La LACAP establece dos figuras para describir la terminación de los contratos: a) la cesación que se opera por causas normales, básicamente, la expiración del plazo y el cumplimiento de las obligaciones contractuales; y, b) la extinción, que recoge toda una serie de figuras anormales de terminación de los contratos: revocación, caducidad, rescate, etc.

La figura de la cesación de los contratos es interesante pues presenta dos requisitos: que el plazo contractual esté vencido y que las obligaciones contractuales se hayan cumplido, por tanto, aún cuando el plazo haya vencido si existen obligaciones contractuales el contrato estaría vigente. Esto puede tener una aplicación práctica, por ejemplo para las formas de solución de conflictos que operan únicamente durante la etapa de ejecución contractual, pues si existen obligaciones pendientes de ejecución, por ejemplo, falta de pago de la institución, la otra parte puede solicitar el arreglo directo.

Al final del primer inciso se establece que los contratos pueden cesar o extinguirse sin perjuicio de la responsabilidad derivada de los mismos, la que según tal disposición podrá reclamarse judicialmente, aun cuando medie extinción o cesación contractual.

En el segundo inciso se establece la facultad de prorrogar los contratos, siempre que exista mutuo acuerdo de las partes y que se haga antes de la expiración del plazo contractual. Se puede entender como una facultad general, en la que la ley sitúa como casos especiales –no únicos- que no exista responsabilidad del contratista y los demás casos previstos en la ley, entre los que se pueden incluir las órdenes de cambio del contrato de obra si inciden en el plazo y las prórrogas de los contratos por servicios. Sin embargo, la facultad de prórroga de este artículo es general y puede perfectamente hilarse con la autonomía de la voluntad de las partes establecida en el artículo 1416 del Código Civil que es norma supletoria, debiendo entenderse que la voluntad de las instituciones debe ser la satisfacción de los fines de la administración.

De cara al fin público perseguido y como una garantía del buen cumplimiento de las obligaciones contractuales de parte del contratista se establece que sólo se entenderán cumplidas sus obligaciones cuando además de la entrega formal, conste el acto de recepción de la obra, bien o servicio contratado, acto que según el artículo 12 literal j) LACAP corresponde a la UACI de cada institución.

LEGISLACION MENCIONADA

CODIGO CIVIL
Art. 1416.- Todo contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales.

Formas de Extinción
Art. 93.- Los contratos regulados por esta ley se extinguirán por las causales siguientes:

a) Por la caducidad;
b) Por mutuo acuerdo de las partes contratantes;
c) Por revocación;
d) Por rescate; y,
e) Por las demás causas que se determinen contractualmente.

COMENTARIO
Se establece la enumeración de las causales de extinción o terminación anormal de los contratos, dejando al final de la enumeración una facultad que debe ser usada con mucha prudencia para evitar abusos a los contratistas: las demás causas que se determinen contractualmente. Tales causas a determinarse contractualmente en ningún momento deben afectar los derechos constitucionales de los administrados. Es decir, no pueden ser otras sanciones que las estipuladas en la LACAP misma ni afectaciones al derecho de defensa de los contratistas. En todo caso tales causales deberán ser razonables y no deberán afectar la ecuación o equilibrio de derechos existente entre la administración y los administrados.

Caducidad
Art. 94.- Los contratos también se extinguen por cualquiera de las causales de caducidad, sin perjuicio de las responsabilidades contractuales por incumplimiento de las obligaciones.

Son Causales de Caducidad las Siguientes:

a) La falta de presentación de la Garantía de Cumplimiento de Contrato o de las especiales o complementarias de aquella, en los plazos correspondientes y en los casos previstos en la Ley o en el contrato;
b) La mora del contratista en el cumplimiento de los plazos o por cualquier otro incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y cuando las multas hubiesen alcanzado un monto equivalente al 12% del valor total del contrato, incluyendo en su caso, modificaciones posteriores;
c) Mora en el pago oportuno por parte de la institución contratante, de acuerdo a las cláusulas contractuales; y,
d) Las demás que determine la Ley o el contrato.

COMENTARIO
La caducidad se plantea en la LACAP como una verdadera sanción administrativa: es la máxima sanción que tiene por causal el incumplimiento contractual y por efectos la terminación unilateral del contrato y de acuerdo al artículo 25 literal c) LACAP, la incapacitación del contratista para celebrar contratos con la administración por un plazo de cinco años.

Si bien la ley nos deja claro la causa y el efecto, no nos habló sobre el procedimiento de imposición de esta sanción. Únicamente el artículo 100 inciso 2º LACAP, nos da

una noción del procedimiento posterior a la caducidad. Sin embargo, se guardó silencio en temas capitales, por ejemplo, quién es la autoridad competente para caducar y cuál es su procedimiento, en el entendido de un procedimiento que garantice los derechos de los administrados. Si bien es cierto se podrá aplicar de forma supletoria y analógica el procedimiento del artículo 157 LACAP, la competencia sancionatoria no es una competencia implícita. El artículo 64 RELACAP pretendió subsanar tal situación, sin embargo, la competencia sancionadora no se otorga por reglamento, debe ser en virtud de una ley, tal como se amplía en el comentario a dicho artículo, al cual nos remitimos.

Dentro de sus causales se aclara que la caducidad se acordará luego que se llegue al 12% acumulado de multa contractual. En tal sentido, debemos recordar al artículo 85 LACAP que establece que ante el incumplimiento contractual, se caducará de una sola vez o se empezará a imponer la multa, en cuyo caso se deberá esperar llegar al 12% para caducar el contrato. En otras palabras: cuando la institución decide empezar a cobrar la multa, debe completar un requisito para caducar que es llegar al 12 % de esa multa contractual, la cual se calculará sobre el monto total o sobre lo faltante, en caso que el contrato sea por etapas como son la obra pública y la consultoría y como pueden así determinarse otros.

De una forma interesante se ubica dentro de las causales de caducidad a la mora en el pago por parte de la institución contratante, lo cual es ilógico tomando en consideración que quien impone la caducidad es la misma institución y es un contrasentido que emita un acto administrativo que afecté a sí misma. Vale la pena preguntarse ¿Qué hará la institución frente a una solicitud de caducidad presentada por el contratista a causa de la mora en el pago? o ¿Qué contratista estimará que prosperará la caducidad en sede administrativa?

La figura a utilizar sería la aplicación de la norma supletoria –el derecho común- y sobre tal base incoar un Juicio Ordinario de Terminación de Contrato en jurisdicción civil, pero primero deberá agotarse la vía arbitral.

La ley le otorga a la institución la facultad de determinar otras causales de caducidad. Tal facultad debe usarse sin irrespetar los derechos de los contratistas, razón por la cual dichas causales deberán formularse de forma razonable.

Mutuo Acuerdo de las Partes Contratantes

Art. 95.- Las partes contratantes podrán acordar la extinción de las obligaciones contractuales en cualquier momento, siempre y cuando no concurra otra causa de terminación imputable al contratista y que razones de interés público hagan innecesario o inconveniente la vigencia del contrato, sin más responsabilidad que la que corresponda en su caso, a la ejecución de la obra realizada, al servicio parcialmente ejecutado o a los bienes entregados o recibidos.

COMENTARIO

Debe notarse que para usar esta causal de extinción contractual deben cumplirse dos elementos: a) que no concurra otra causal de caducidad, y, b) que razones de

interés público hagan innecesario o inconveniente la vigencia del contrato, es decir, que el objeto contractual ya no sea necesario para los fines estatales concretados en fines institucionales o que el objeto contractual se salga de la esfera de conveniencia administrativa.

Como una concreción de la responsabilidad de la administración y para evitar el enriquecimiento ilícito, se establece que la institución deberá pagar el equivalente al avance de la obra, bien o servicio que ya se haya entregado.

Revocación

Art. 96.- Procederá la revocación del contrato en los casos siguientes:

a) Por la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o por la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista;
b) Por la declaración de quiebra o concurso de acreedores, y la declaración de suspensión de pagos;
c) Por modificación de las obligaciones contractuales impuestas por la institución contratante, cuando implique una variación sustancial de las mismas;
d) Por caso fortuito o fuerza mayor que afectare significativamente la ejecución del contrato; y,
e) Por las demás que determine la Ley.

COMENTARIO

La revocación procede por motivos de utilidad o conveniencia institucional. No es una sanción administrativa. Es una forma de extinción contractual que cobra vigencia cuando a la institución le parece de forma razonable que ya no es conveniente mantener el vínculo contractual con determinado contratista por diferentes motivos sobrevivientes. Por ejemplo, cuando se extingue la personalidad jurídica del contratista, o, cuando éste ya no refleja un margen de solvencia financiera que le permita afrontar las obligaciones contractuales con responsabilidad y sin poner en peligro los fines institucionales perseguidos en tal contrato; o, cuando sobrevenga caso fortuito o fuerza mayor que incidan de forma decisiva en la ejecución contractual, haciéndola imposible o de difícil ejecución; cuando el contratista se vuelva incapaz, etc.

Véase que la configuración de cualquiera de los casos implica que nace la facultad de revocar. Pero la misma no es obligatoria. La ley la maneja como que “procederá la revocación”, no ordena su declaración ni da el efecto ipso facto. Su declaración vendrá a ser entonces manifestación de la actividad o potestad discrecional de la administración, por lo que deben existir límites a esa actividad. Los límites son la razonabilidad (fundamentar el acto, considerar hechos que consten en el expediente y que existe proporcionalidad entre fin y medios), la no desviación de poder (que no sea para fines personales ni para fines administrativos no queridos) y la buena fe.

Los casos planteados en los literales a) y b) son causados por actos o hechos que provienen del contratista. El literal d) afecta a ambos. Con relación al literal e), no se encontraron otros casos de revocación en la ley. Y finalmente, otro elemento

interesante de la LACAP es el literal c) que implica que motivado por la imposición de modificaciones contractuales por parte de la institución contratante, siempre que éstas impliquen una variación sustancial de las mismas, el contratista podrá pedir la revocación a la institución. Es loable que se haya regulado tal situación en la LACAP, lo que implica una defensa frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad y el reconocimiento de los derechos de defensa y de libre contratación. En todo caso, el artículo 100 inciso 3º ordena que la revocación se acordará por la institución de oficio o a instancia de parte. Será un logro para el Estado de Derecho en El Salvador que una institución llegue a reconocer que ha impuesto condiciones contractuales irrazonables a un contratista y por sobre tal base, acuerde la revocación. Siendo realistas deberá acudirse a la vía arbitral.

Un importante efecto de la revocación es que produce la oportunidad de utilizar la contratación directa, siempre que medien razones de urgencia que impidan realizar una nueva licitación.

Caso Especial
Art. 97.- En los casos de fusión de sociedades en las que participe la sociedad contratista, podrá continuar el contrato con la entidad absorbente o resultante de la fusión, la que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones resultantes de la misma. Toda vez que sea aceptada la nueva sociedad por el contratante.

En los casos de separación de sociedades podrá continuar el contrato con aquella sociedad resultante que conserve dentro de sus finalidades el objeto de las obligaciones contractuales.

COMENTARIO
Se prevé el caso de la fusión o escisión de sociedades, en el cual se podrá darle continuidad al contrato, operándose una cambió de contratista con la sociedad que resulte de la fusión –si la misma es aceptada- o de la sociedad que producto de la escisión incluya o conserve dentro de su finalidad social el objeto contractual.

Rescate
Art. 98.- Por el rescate, la institución fundamentada en razones de interés público pone fin al contrato antes del vencimiento del plazo pactado y asume la administración directa en la ejecución del servicio correspondiente; esta forma de extinción opera únicamente en los contratos de concesión de obra pública o de servicio público.

COMENTARIO
La concesión de obra o de servicio implica que se ha entregado la administración de los mismos al contratista o concesionario. Por medio del rescate, fundándose en razones de interés público, la administración extingue el contrato y asume de forma directa esa administración. Las razones de interés público pueden ser que se está prestando el servicio de forma deficiente, que la obra no se está utilizando

normalmente o que no ese está conservando, etc.

Plazo de Reclamos
Art. 99.- En los contratos se fijará un plazo que se contará a partir de la recepción formal, dentro del cual la institución contratante deberá formular los reclamos correspondientes y si esto no ocurriere se entenderá extinguida toda responsabilidad de parte del contratista, salvo disposición legal expresa en contrario.

Se exceptúan de este plazo, los contratos que por su naturaleza o característica de las obligaciones no fuere necesario.

COMENTARIO
Como un llamado a la eficiencia y eficacia de las instituciones se establece un plazo para que éstas revisen la obras, bien o servicio recibidos y formulen las observaciones o reclamos pertinentes, colocando como condición resolutoria la terminación de dicho plazo, condición que al darse el supuesto de la terminación del plazo implica la extinción de la responsabilidad por parte del contratista. Tal figura tiende a presionar a las instituciones para que la revisión y recepción del objeto contractual se realice de forma seria y responsable.

Tal plazo debe ser razonable pero no es ético que se pretenda que un contratista responda por plazos extensos y sobre todo en los cuales ya no existe control ni responsabilidad por la prestación.

Efectos de la Extinción
Art. 100.- El incumplimiento por parte de la institución contratante, de las obligaciones del contrato, originará la extinción del mismo sólo en los casos previstos en esta Ley y determinará para la referida institución el pago de los daños y perjuicios que por tal causa favorecieren al contratista.

Cuando el contrato se dé por caducado por incumplimiento imputable al contratista, se harán efectivas las garantías que correspondan en su caso y deberá además indemnizar a la institución contratante, por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de las citadas garantías.

La revocación del contrato se acordará por la institución contratante, de oficio o a solicitud del contratista, y en todo caso al tomar dicho acuerdo, deberá considerarse lo expresado en el contrato mismo y lo dispuesto en la Ley.

COMENTARIO
Este artículo contiene tres supuestos normativos: los dos primeros relativos a la caducidad y el tercero a la revocación. Es muy importante el primer inciso pues es de las pocas ocasiones en que la LACAP hace clara referencia a las obligaciones contractuales de la institución, sin limitar éstas al pago. En tal caso se reconoce el derecho de la contratista para que se le resarzan los daños y perjuicios que se hubiesen causado.

El segundo supuesto define el procedimiento legal a seguir para la exigencia de la garantía de cumplimiento de contrato u otras complementarias. Da la impresión que luego de caducarse un contrato es que deben exigirse las garantías correspondientes, lo cual es sumamente lógico, por el tema de que debe existir una comprobación del incumplimiento contractual para exigir la garantía de cumplimiento de contrato. Tal comprobación emanará de la institución por medio de la aplicación de la sanción de caducidad. Entonces, el procedimiento implicaría la declaratoria de caducidad, que implica quedar incapacitado para contratar; luego, el reclamo de la garantía de cumplimiento de contrato, procediendo además la indemnización por daños y perjuicios causados a la institución. Luego como efecto de la caducidad, también se podrá contratar directamente, por medio de la declaración de urgencia de acuerdo al artículo 73 LACAP.

CAPÍTULO V
DE LA NULIDAD

Nulidad de los Contratos

Art. 101.- Los contratos regulados en la presente Ley serán nulos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación o cuando concurra alguna de las causales establecidas en esta Ley o en el Derecho Común.

Son causales de nulidad de los contratos regulados en esta Ley los siguientes:

a) La concurrencia de alguna causal de incapacidad legal prevista en esta Ley;
b) La concurrencia de alguna infracción o prohibición sancionada expresamente con nulidad;
c) El exceso cometido en alguno de los montos establecidos para contratar; y,
d) Las demás reconocidas en el Derecho Común que fueren aplicables.

COMENTARIO

La nulidad importa una sanción impuesta a un acto o contrato por la omisión de elementos o formalidades que le confieren validez. Si bien es cierto que las nulidades en derecho común deben ser taxativas, en el Derecho Administrativo no lo son.

Al diferenciar las nulidades de los actos y de los contratos, nos podemos percatar que la LACAP en este artículo principalmente se refiere a la nulidad de los actos que fueron la base para seleccionar al contratista, sean estos de trámite o el definitivo que es la adjudicación. Salvo la alusión al derecho común en el inciso 1º in fine y en el literal d), la ley se refiere a la nulidad de los actos. En tal sentido, es propio decir que la ley cometió una impropiedad, pues establece la nulidad de los contratos como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos que les dieron origen. Se considera una impropiedad pues el procedimiento administrativo de licitación, al igual que un proceso judicial, implica una serie de pasos preclusivos que van surtiendo efecto para dar vida al anterior. Por ejemplo, una vez vendidas las bases de licitación y vencido el plazo para adendas, enmiendas o consultas, las bases no pueden modificarse; de igual forma, una vez que transcurrió el plazo para firmeza de la

adjudicación y se contrató, la adjudicación surtió efecto. Tal acto se extingue pues cumplió su cometido. Es impropio manifestar que se va a declarar nulo un contrato por vicios en la adjudicación o en sus actos de trámite, pues habría que declarar la nulidad de los mismos con consecuencias a futuro que llegasen a enervar los efectos contractuales que ya están vigentes. Una cosa es la nulidad de los actos. Otra la nulidad de los contratos. Lamentablemente, de forma impropia, la LACAP, ignoró esas nociones básicas de la teoría del acto administrativo y establece como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos, la nulidad de los contratos. Tal figura, si bien plantea la posibilidad de anular contratos en cuya fase de preparación existan vicios, implica una inseguridad jurídica para los contratistas que de buena fe hayan contratado y tengan una relación contractual en ejecución.

Un punto interesante es que la LACAP no plantea cuál será la autoridad competente para decretar la nulidad de los contratos, sea por vía de nulidad de los actos o de los mismos contratos. Es clara sí, al mencionar algunas de las causales, que al considerarlas como tales, nos permiten deducir que la ley considera de forma implícita un procedimiento o proceso previo. En todo caso, tal exigencia es obligada a la luz de Derecho Constitucional. Considero que para suplir ese vacío, aplicando el régimen supletoria y por Seguridad Jurídica, debe acudirse a la vía judicial para la declaratoria de nulidad de los contratos. Lo que es confirmado por el artículo 66 RELACAP que nos remite al tribunal competente. Estimo incluso que con esta "innovación" legislativa a la doctrina sobre los actos administrativos y su régimen de nulidades, se abre la puerta para reclamar en sede contencioso, no solo la ilegalidad de los actos, sino más bien la nulidad de los contratos. No descartando la vía en los tribunales comunes, que sería aplicable de conformidad a los artículos 5 y 23 LACAP, que establecen al Derecho común como norma supletoria, en lo no regulado por la ley.

No puede olvidarse que los actos administrativos, sean de trámite o definitivos, pueden ser ratificados o convalidados por las autoridades competentes.

Otro punto interesante es quién va a pedir la declaratoria de nulidad. A mi criterio, existen dos opciones: la administración o el afectado por la nulidad, sea éste el ofertante adjudicado, contratista o ofertante perdedor. Por ello, es importante que los ofertantes estén bien asesorados en esta materia a efecto de identificar posibles causales de nulidad que permitan evitar una contratación viciada desde su preparación.

Efecto de la Declaración de Nulidad
Art. 102.- La nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación firme, producirá en todo caso, la nulidad del mismo contrato, el que entrará en fase de liquidación, si fuere el caso, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuere posible, se devolverá su valor. La parte que resultare culpable deberá indemnizar a la contraria los daños y perjuicios que haya sufrido.

La nulidad de los actos preparatorios, sólo afectará a éstos y sus consecuencias.(2)

COMENTARIO
Insiste la ley en mencionar que el efecto de la nulidad de los actos preparatorios es la nulidad de los contratos, los que deberán ser liquidados. Una pregunta interesante para el legislador es ¿Qué autoridad decretará la nulidad de los contratos antes de su vencimiento, considerando que la regla general es que no exceden del año fiscal? La verdad es que debido al ritmo de trabajo del órgano judicial, hoy por hoy no existe esa institución. Habrá que crearla, caso contrario, la ley estableció una necedad como norma. Para darle un poco de validez, se podría incoar un proceso judicial, solicitando la medida cautelar de la suspensión de los efectos del contrato, lo cual no será admisible si se está frente a un contrato cuyo objeto cumple un fin público de forma directa, por ejemplo, medicamentos.

En el proceso de liquidación contractual se establece la devolución o compensación de las prestaciones que hayan recibido las partes contractuales, instituyéndose un esbozo de responsabilidad a la parte que resulte culpable, que por regla general será la institución, salvo casos de cohecho pasivo. Tal parte culpable deberá indemnizar a la otra por los daños y perjuicios irrogados.

Nulidad del Derecho Común
Art. 103.- La nulidad de los contratos por causas reconocidas en el Derecho Común aplicables a la contratación administrativa, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidas en el ordenamiento civil.

COMENTARIO
De conformidad a los artículos 5 y 23 LACAP, se toman las normas del Código Civil (artículos 1551 y siguientes), como reguladoras de las nulidades de derecho común que resulten en la contratación administrativa. En tal caso, existe determinación en la ley común de la autoridad competente y de los legitimados activamente para pedir la nulidad.

LEGISLACION MENCIONADA

CODIGO CIVIL
Art. 1551.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Art. 1552.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Art. 1553.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley: y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años.

TÍTULO VI
DE LOS CONTRATOS

CAPÍTULO I
CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Elementos

Art. 104.- El contrato de obra pública es aquel que celebra una institución con el contratista, quien por el pago de una cantidad de dinero se obliga a realizar obras o construcciones de beneficio o interés general o administrativas, sea mediante la alteración del terreno o del subsuelo, sea mediante la edificación, remodelación, reparación, demolición o conservación, o por cualquier otro medio.

Las obligaciones derivadas de un contrato de Obra Pública se regirán por las cláusulas del mismo contrato, los documentos específicos que se denominan documentos contractuales, las disposiciones de esta Ley y las contenidas en el Derecho Común que les fueren aplicables.

COMENTARIO

Se entiende por Obra Pública, aquel bien que pertenece a una institución pública y que tiene por fin satisfacer un bien público o un interés colectivo general, por medio del uso público o administrativo. El contrato de obra pública es aquel que pretende edificar, modificar o destruir una obra pública.

Con relación al Derecho Común aplicable tenemos al artículo 1784 y siguientes del Código Civil que regula la confección de obra material

---

LEGISLACION MENCIONADA

CODIGO CIVIL
CAPITULO VIII
DE LOS CONTRATOS PARA LA CONFECCION DE UNA OBRA MATERIAL
Art. 1784.- Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no.

Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen.

Art. 1785.- Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos.

Art. 1786.- Si se ha convenido en dar a un tercero la facultad de fijar el precio, y muriere éste antes de procederse a la ejecución de la obra, será nulo el contrato; si después de haberse procedido a ejecutar la obra, se fijará el precio por peritos.

Art. 1787.- Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución.

Por consiguiente, el que encargó la obra, aun en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra.

Art. 1788.- La pérdida de la materia recae sobre su dueño.

Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia perece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.

Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario, si no es en los casos siguientes:
1º Si la obra ha sido reconocida y aprobada;
2º Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra;
3º Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice por su oficio haya debido conocer, o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno.

Art. 1789.- El reconocimiento puede hacerse parcialmente cuando se ha convenido en que la obra se apruebe por partes.

Art. 1790.- Si el que encargó la obra alegare no haberse ejecutado debidamente, se nombrarán por las dos partes peritos que decidan.

Siendo fundada la alegación del que encargó la obra, el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios, siempre que el defecto de la obra fuere de importancia; si no lo fuere, sólo podrá ser obligado el artífice a corregir el defecto o a indemnizar los perjuicios.

La restitución de los materiales podrá hacerse con otros de igual calidad o en dinero.

Art. 1791.- Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:
1ª El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un pecio particular por dichas agregaciones o modificaciones;
2ª Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al Juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda;
3ª Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 1788, inciso final;
4ª El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone;
5ª Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente, y hasta concurrencia de lo que éste deba al empresario.

Art. 1792.- Las reglas 3a., 4a. y 5a. del precedente artículo, se extienden a los que se encargan de la construcción de un edificio en calidad de arquitectos.

Art. 1793.- Todos los contratos para la construcción de una obra se resuelven por la muerte del artífice o del empresario, y si hay trabajos o materiales preparados, que puedan ser útiles para la obra de que se trata, el que la encargó será obligado a recibirlos y a pagar su valor; lo que corresponda en razón de los trabajos hechos se calculará pro-porcionalmente, tomando en consideración el precio estipulado para toda la obra.

Por la muerte del que encargó la obra no se resuelve el contrato.

Contrato Llave en Mano

Art. 105.- Podrá acordarse mediante resolución razonada la celebración del Contrato Llave en Mano, siempre que se comprueben las ventajas de esta modalidad de contratación, con respecto a las otras estipuladas en esta ley o que se tratare de la ejecución de proyectos extraordinariamente complejos; en los que fuere evidente la ventaja de consolidar en un solo contratista todos los servicios de ingeniería, provisión de equipo y construcción, teniendo en cuenta las ventajas de esta modalidad respecto a los costos que puede tener el proyecto de celebrarse la contratación en la forma ordinaria.

La determinación del contratista para la celebración del contrato llave en mano, se hará en la misma forma o procedimientos regulados para los demás casos y la respectiva institución contratante deberá incorporar a este contrato, las cláusulas que permitan vigilar y supervisar el desarrollo y cumplimiento de las obligaciones contractuales. Se prohíbe en esta clase de contratos la introducción de órdenes de cambio. Y ajuste de precios; así como, el plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo en los casos de fuerza mayor.

COMENTARIO

El contrato ***"llave en mano"*** o "turnkey contract" es aquel en que el contratista se obliga frente al cliente o contratante, a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En este tipo de contrato el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente.

Otras prestaciones que siempre están presentes en los contratos ***"llave en mano",*** formando parte de la obligación global del contratista son: el suministro de materiales y maquinaria; el transporte de los mismos; la realización de las obras civiles; la instalación y montaje, y la puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada. En determinados casos, también es posible incluir en este tipo de contrato otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como la formación de personal y la asistencia técnica.

De los distintos métodos de realización de proyectos que han aparecido, principalmente en el ámbito del comercio internacional, como consecuencia de los avances tecnológicos, el que mejor refleja las transformaciones experimentadas en este sector es, sin duda el método "llave en mano". Con éste, desaparece la tradicional relación tripartita entre cliente (contratante), ingeniero y contratista, para quedar sustituida por una única relación entre cliente-contratista, en la que este último, junto a sus funciones tradicionales, asume la concepción del proyecto.

Para evita confusiones hay que aclarar que "llave en mano" es una modalidad de contratación. Para dilucidar tal concepto hay que diferenciar entre la clase de contrato, la modalidad de contratación y la forma de elegir al contratante. En cuanto al primer punto, el ámbito natural de la modalidad de contratación "llave en mano" es el contrato de obras, entonces esa será la clase de contrato: de obra, en oposición a otras clases como suministro, servicios, etc. La modalidad podrá ser tradicional o "llave en mano"; y en cuanto a la forma de elegir al contratista ésta será independiente de los factores anteriores, pudiendo usarse la licitación, libre gestión, etcétera. Con respecto a este último tema hay que considerar que el contrato "llave en mano" implica especialización del contratista así como la obligación de este de entregar un producto terminado. Para ello asume una obligación global de realizar todas las prestaciones necesarias, coadyuvantes o complementarias de la obra a realizar. Lo anterior, en la mayoría de los casos puede tener como efecto que las ofertas tiendan a ser sumamente complejas por lo que se tiende a formas directas de elección del contratista.

Se puede clasificar de la siguiente forma: Primero: Cuando se utilizan en un mismo

proyecto: a) Contratos ***"llave en mano"*** Mixtos, cuando una parte del proyecto es tradicional y la otra es llave en mano; b) Contratos ***"llave en mano"*** parciales, cuando se contrata de forma tradicional todo el proyecto pero de subcontrata una parte llave en mano, y c) Contratos semi ***"llave en mano",*** cuando el contratante celebra varios contratos siendo uno de ellos llave en mano y encarga a este último contratista la coordinación de los demás contratos. Segundo: Con base en la diferencia de contenidos en la práctica: a) Contratos ***"llave en mano"*** simples o parciales, cuando el contratista concibe la obra, suministra bienes de equipo y materiales y pone en funcionamiento la obra de conformidad a lo estipulado en el contrato mientras que el contratante realiza la instalación bajo la supervisión y asistencia del primero; b) Contratos ***"llave en mano"*** completos o clásicos, cuando el contratista concibe, construye y pone en funcionamiento del proyecto, y c) Contratos ***"llave en mano"*** amplios, cuando junto a las prestaciones del clásico el contratista asume otras obligaciones complementarias relativas a la formación del personal local o asistencia técnica para el funcionamiento.

Las principales características o los dos rasgos esenciales de los contratos "llave en mano": a) la fusión de las misiones de concepción y ejecución de la obra en una sola persona, y b) la obligación global asumida por el contratista frente al cliente de entregar una obra completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento, dotan a estos contratos de unas características particulares:

1. El contrato "llave en mano" a diferencia del contrato tradicional **implica la celebración de un solo y único contrato** realizado entre el cliente y el contratista. Generalmente, en la selección de este tipo de contratos ejerce una influencia decisiva la tecnología implicada en el proyecto que se pretende realizar y que se va a manifestar no sólo en los planos y especificaciones técnicas sino también en los derechos de propiedad industrial implicados en el proceso de producción y, en determinados casos, en la formación de personal y en la asistencia técnica proporcionada por el contratista.
2. El hecho de que en los contratos "llave en mano", el contratista asuma la concepción y la ejecución de la obra condiciona no solo **el procedimiento de adjudicación del contrato, generalmente un procedimiento restringido o negociado,** sino también la determinación del objeto y la función del cliente o de su ingeniero.
3. A diferencia de los contratos tradicionales de construcción, en los contratos "llave en mano" **la elaboración detallada del proyecto tiene lugar una vez concluido el contrato**, circunstancia ésta que justifica conceder al contratista un **derecho a introducir modificaciones en sus planos, a su propio coste y riesgo y siempre que se respeten los parámetros contractuales acordados** (calidad, cantidades de materias primas, rendimientos) sin que sea necesaria a tal efecto la propia aprobación del cliente
4. Esta estructura sobre la que descansa el contrato "llave en mano", y que ha revolucionado ciertamente la industria de la construcción, implica a su vez una **pérdida de control sobre el proyecto por parte del cliente y una reducción considerable en las funciones del ingeniero que en este tipo de contratos actúa generalmente como representante del cliente**, siendo posible incluso en los casos más extremos que se prescinda de su participación.

5. Finalmente, la obligación global que se deriva de los contratos “llave en mano” para el contratista influye de manera decisiva en la determinación del precio, que no puede ser, más que un **precio alzado**.

En términos generales cabe distinguir dos principales fases en su ejecución:
1. Preparación del contrato: en la que se determinan los objetivos del cliente, se selecciona al contratista y se negocia con él los términos contractuales, y
2. Ejecución del contrato: que comprende el comienzo de los trabajos, el desarrollo progresivo de la obra y su completa realización, funcionamiento y aceptación.

Dentro de la fase de preparación del contrato cabe decir que el papel del ingeniero se limita a asesorar al cliente en cuanto: a) a la preparación de los documentos de invitación a la presentación de ofertas, b) a la comparación y selección de ofertas, y c) en determinado caso, a elaborar las especificaciones generales del proyecto en las que se indicará de forma vaga e imprecisa las condiciones técnicas exigidas por el cliente sin que ello suponga asumir responsabilidad alguna por la concepción detallada del mismo.

Como en los contratos “llave en mano” la descripción detallada de la obra tiene lugar durante la ejecución del contrato, de tal situación se derivan determinadas consecuencias jurídicas:
1. Indeterminación del objeto del contrato al momento de otorgar el contrato, lo que se pretende suplir por medio de estándares
2. Mayores derechos concedidos al contratista para modificar el proyecto siempre y cuando esté informado, revise o apruebe tales cambios, y siempre que tales modificaciones no alteren las garantías técnicas y de buena obra.
3. El contratista responde de las posibles lagunas y omisiones de las que pueda adolecer el proyecto y los derechos del cliente a introducir modificaciones quedan restringidos y generalmente dan lugar a una compensación de los costes en los que haya podido incurrir el contratista.

Como conclusión del tema del llave en mano se puede decir que el contrato “llave en mano” presenta ventajas y desventajas, las ventajas más palpables son que se concentran en un solo contratista todas las prestaciones objeto del contrato, la responsabilidad global del contratista le obliga a dar un buen resultado, el contratante tiene un precio fijo, se eliminan las posibilidades de órdenes de cambio que generan mayores gastos, etcétera. Entre los inconvenientes se encuentran: el precio, que generalmente es elevado, sin embargo, por el costo beneficio, esto es relativo; el cliente no puede intervenir en la gestión del proyecto, hay veces que es difícil encontrar especialistas en un determinado proyecto, etc. Nuestra legislación lo prevé como una modalidad de contratación siendo factible su utilización.

Se aclara que en este tipo de contrato lo que se prohibió fueron las órdenes de cambio, es decir, la institución no puede modificarlo unilateralmente. En cambio, nada dijo de la modificación contractual bilateral que sería viable.

Prohibición Supervisión
Art. 106.- Los contratos de supervisión de una obra pública, no podrán concertarse

con la misma empresa encargada de la ejecución, ni con la que hubiese realizado el diseño, so pena de nulidad. Los contratos de supervisión quedan sujetos a lo establecido en esta Ley para los de consultorías.

COMENTARIO
Sabiendo que nadie es buen juez y parte a la vez, se establece bajo pena de nulidad que el contrato de consultoría de supervisión de obra no podrá celebrarse con quien hubiese formulado el diseño ni con quien fuese a ejecutar la obra.

Estudio Previo y Obra Completas
Art. 107.- Cuando el caso lo amerite, el proyecto deberá incluir un estudio previo de ingeniería de los terrenos en los que la obra se va a ejecutar.

Los proyectos de obras deberán comprender necesariamente obras completas y cada uno de los elementos o medios para la realización y utilización de la misma, incluyendo la adquisición de tierras o de otros inmuebles que fueren necesarios y la remoción oportuna de cualquier obstáculo.

COMENTARIO
En complemento a las normas sobre programación y presupuestación instituidas en el artículo 16 LACAP, se plantea la posibilidad de realizar un estudio previo en los terrenos donde se va a edificar. La verdad es que tal estudio, debiera ser obligatorio, al menos como acto previo al diseño, sino como presupuesto de la edificación para comprobar los datos vertidos en aquel.

Como un requisito de cada proyecto de obras, se debe procurar que no exista ningún tipo de impedimento o traba para la ejecución de la obra. Tales obligaciones se reafirman en los artículos 14, 15 y 16 RELACAP.

Precauciones y Suspensión
Art. 108.- El titular de la institución, previa opinión de la UACI, podrá acordar mediante resolución razonada, comunicada por escrito al contratista, la suspensión de toda o de cualquier parte de la obra, hasta un plazo de quince días hábiles sin responsabilidad para la institución contratante. Si el plazo se extendiere a más de quince días hábiles, deberá reconocerse al contratista y al supervisor los gastos en que incurriere por los días posteriores de suspensión.

En caso de calamidad pública, desastres, fuerza mayor o caso fortuito, el titular de la institución podrá ampliar el plazo por un tiempo racional comunicándolo por escrito a la UNAC, sin costo adicional para la entidad contratante.

En todo caso de suspensión de la obra, sea de oficio o a solicitud del contratista, éste deberá realizar las actuaciones necesarias para evitar el deterioro de la obra ejecutada y para que la paralización no produzca daños en perjuicio de la institución

contratante o de terceras personas.

COMENTARIO
Esta norma instituye la facultad de suspender el contrato de obra pública, debiendo razonarse debidamente los motivos de tal acto administrativo que deberá ser notificado debidamente al contratista. Se plantean dos situaciones: suspensión por quince días hábiles sin responsabilidad para la institución y en segundo caso, ordenando que se reconozcan al contratista y al supervisor los gastos que resultaren.

Aún por caso fortuito o fuerza mayor, no debiera permitirse que sin una justa indemnización el contratista soporte por quince días los costos directos e indirectos que provoca un contrato.

En casos graves tal plazo puede ser ampliado debiendo notificar a la UNAC, obligando al contratista a tomar las medidas conservatorias que sean necesarias.

Tal como menciona el artículo 44 literal u) LACAP, deben estipularse en las bases, previamente las causales de suspensión del contrato. Si no están tal acto se puede tornar ilegal.

Modificaciones Órdenes de Cambio
Art. 109.- La institución contratante podrá modificar el contrato en ejecución, mediante órdenes de cambio debido a circunstancias imprevistas y comprobadas. Toda orden de cambio que implicare un incremento del monto del contrato deberá someterse al conocimiento del Concejo de Ministros, y en el caso de las Municipalidades conocerá el Concejo Municipal.(2)

Cualquier modificación en exceso del veinte por ciento del monto del contrato ya sea de una sola vez o por la suma de varias modificaciones, se considerará como nueva contratación, por lo que deberá someterse a licitación, siguiendo todo el procedimiento establecido en esta Ley, so pena de nulidad de la orden de cambio correspondiente.

COMENTARIO
Todo contrato administrativo puede ser modificado con dos condiciones básicas: que el interés público haga necesaria la modificación y que el contratista no sufra menoscabo por tal modificación. Es decir, toda modificación debe ser razonable y necesaria. Ya examinamos como el artículo 83 LACAP plantea requisitos para la modificación del plazo de los contratos de servicios. En el presente artículo se plantean requisitos para modificar de forma unilateral, por la institución el contrato de obra pública: a) que se deba a circunstancias imprevistas las cuales deben comprobarse, b) que no exceda del veinte por ciento del monto del contrato, sea por un solo incremento o por vario acumulados, y c) que si implica incremento del precio o monto del contrato se someta al conocimiento del Consejo de Ministros o del Concejo Municipal, en el caso de los municipios.

Tal norma pretende proscribir la práctica de las instituciones de modificar

unilateralmente el monto de los contratos de obra en porcentajes que podrían llegar a doblar el monto contractual vía órdenes de cambio, que es una orden de modificar el contrato impuesta por una institución.

En el caso que la modificación exceda del porcentaje límite, se considerará como nueva contratación, debiendo elegirse al contratista por medio de licitación, so pena de nulidad. Esa postura estricta es muy razonable pues, no debiera modificarse un contrato de obra pública, si ha existido un diseño responsable y una ejecución semejante. Sin embargo, debe notarse que uno de los requisitos para modificar el contrato o emitir la orden de cambio, es que existan circunstancias imprevistas. No debieran existir mayores circunstancias imprevistas en un contrato como el de obra pública, pues la misma ley ordena actuaciones previas, estudios preliminares, etc. Ahora, si se suscitan las circunstancias imprevistas, no debiera ponerse el requisito de una nueva licitación en lo que exceda del veinte por ciento, precisamente por que son circunstancias imprevistas, no imputables a las partes contractuales. La presente norma viene a ser la excepción a la regla general que a mayor cuantía del contrato, mayores formalidades de selección del contratista, situación que será dramática en contratos de obra pública cuyos contratista se hayan elegido por libre gestión o licitación pública por invitación, en cuyo caso la licitación vendrá a ser un desproporcionado costo administrativo, sobre todo en instituciones como las municipalidades.

Debe diferenciarse la orden de cambio que es unilateral de la institución y exclusiva del contrato de obra pública, de la modificación bilateral que al no estar expresamente regulada en la LACAP, puede realizarse por la vía de los artículos 5 y 23 LACAP y 1416 del Código Civil.

Seguimiento de la Ejecución
Art. 110.- Sin perjuicio de lo pactado en los contratos de supervisión de obras públicas, adicionalmente las instituciones deberán designar a los técnicos de la misma, para comprobar la buena marcha de la ejecución de la obra y el cumplimiento de los contratos.

COMENTARIO
En el artículo 123 literal b) LACAP se establece que la supervisión del contrato de obra pública es en esencia un contrato de consultoría. Contrato que debe acompañar obligadamente al de obra pública. Sin embargo, la ley debido a la importancia y trascendencia del contrato de obra pública, ordena que además de la supervisión externa debe existir un seguimiento de la ejecución realizado por personeros de la misma institución, que según plantea la ley, deben ser técnicos en la materia, es decir, poseer sólidos conocimientos de construcción. Tal norma se torna interesante en el caso de instituciones que no poseen técnicos especializados que tendrán como opción solicitar el préstamo de los mismos a otras instituciones, vía el artículo 4 literal b) LACAP.

Programación de la Ejecución
Art. 111.- El contratista quedará obligado a cumplir con la programación aprobada para la ejecución de la obra prevista, en las diferentes etapas del proyecto, las que una vez recibidas y aprobadas por el supervisor de la obra, procederá el respectivo pago.

COMENTARIO
El contrato de obra en esencia es un contrato a desarrollarse por etapas. Las mismas implican una programación que debe ser aprobada por la institución. Es fundamentalmente, un plan de trabajo que contiene un cronograma así como los elementos logísticos, administrativos y legales necesarios para la consecución de todas y cada una de las etapas de la obra, y del cual el diseño es parte integrante. El plazo debe empezar a correr después de la comprobación del replanteo por parte del contratista. Tal plazo y su respectiva programación, se desarrolla por medio de órdenes de servicio que deben ir de acuerdo a la programación.

De forma complementaria, en contraprestación al avance de la obra, material y temporalmente, se irán emitiendo por el contratista las estimaciones, que vienen a ser la justificación técnica y legal del trabajo realizado, él que se detalla en las mismas, definiendo las cantidades de trabajo, material utilizados y otros elementos necesarios para justificar el cobro por esa fase ya trabajada, previa la aprobación por la supervisión de la obra. Así, toda estimación va acompañada del respectivo cobro o factura.

Retenciones y Devolución
Art. 112.- En los contratos de obras, las instituciones contratantes deberán retener el monto del último pago; el cual no deberá ser inferior al 5% del monto vigente del contrato, a favor de los contratistas y de los supervisores, a fin de garantizar cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales. El pago del monto retenido se hará posterior a la recepción definitiva de la obra, éstas retenciones no devengarán ningún interés.

COMENTARIO
En contraposición a la costumbre y a la práctica, este artículo plantea una única posibilidad de retención en los pagos al contratista de obra. A la luz del principio de legalidad resulta interesante tal apreciación, que tendría por consecuencia que las instituciones solo estarían autorizadas a una retención al final de la obra, debiendo dejarse incólume los demás pagos o estimaciones, sin detrimento de las amortizaciones al anticipo. La base constitucional es que una retención afecta el patrimonio de los contratistas, que implica una incidencia en el derecho de propiedad, protegido constitucionalmente, razón por la cual, cualquier restricción al mismo debiera ser en virtud de ley, no de un reglamento o de las bases de licitación, como comúnmente se hace. Debido a que las instituciones deben caucionar el normal desarrollo de las obras, es que la misma LACAP estableció las garantías (anticipo, de fiel cumplimiento de contrato y de buena obra) y las respectivas multas. Nótese que los sujetos pasivos de tal retención son los constructores y los supervisores. Si bien es cierto tales retenciones no devengarán interés alguno, véase

que si podrían generar una compensación que no sea interés, como la establecida en el artículo 84 de esta misma ley.

Terminación de Obra por Fiador
Art. 113.- En caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales podrá encomendarse al emisor de la garantía del contratista, la terminación de la obra, siempre que el fiador pueda cumplir con aquellas obligaciones y sus especificaciones. En caso de que el fiador se negare, se hará efectivo el valor de la garantía de cumplimiento de contrato.

COMENTARIO
El presente artículo hace alusión a la garantía de fiel cumplimiento de contrato cuando ésta se constituye por medio de una fianza, haciendo una referencia concreta al supuesto de hecho del incumplimiento contractual del constructor. En tal caso, si se cumple la condición que el fiador pueda asumir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la ley faculta para que éste termine la obra, caso contrario, deberá exigirse el pago de la fianza mediando el cumplimiento de los requisitos legales. Un punto interesante es percatarse que los bancos y las afianzadoras por regla general, no tienen la capacidad instalada de planta para asumir la obligación contractual que conlleva la obra pública. La verdad es que no es su giro ordinario. Tal situación genera que la fiadora (afianzadora, banco o sociedad de garantía recíproca) subcontrate el mismo constructor que incumplió o a un tercero, violentado de esa forma el artículo 89 LACAP en cuanto a que la subcontratación procede en prestaciones accesorias y complementarias, lo que se agrava si se le ha caducado el contrato, pues el RELACAP prohíbe subcontratar a incumplidores.

Aún cuando la ley establezca que en el caso de la negativa, se hará efectivo el valor de la garantía, tal situación solo puede darse cuando se hayan cumplido todos los requisitos legalmente establecidos en el Código de Comercio, el Código Civil y la misma LACAP para el pago de una fianza.

Es importante que las afianzadoras o aseguradoras no se dejen sorprender o presionar para el pago de fianzas sin que se cumplan los requisitos exigidos en la misma LACAP.

Recepción Provisional
Art. 114.- Terminada la obra y comprobado el cumplimiento de las especificaciones contenidas en el contrato, la institución contratante procederá a la recepción provisional, en un plazo no mayor de diez días hábiles, mediante acta de recepción.

Al acto concurrirán los supervisores y funcionarios designados de conformidad a las bases de licitación y cláusulas contractuales.

COMENTARIO

El proceso de recepción de una obra pública comienza con la notificación del contratista con el visto bueno de la supervisión que se ha terminado la obra y que se han cumplido u observado las especificaciones técnicas del contrato. Debe entenderse que el supervisor de obra, que es representante de la institución, verifica tal cumplimiento, razón por la cual, la comprobación a que alude el artículo, se realiza por medio del supervisor que es quien otorga el visto bueno de la terminación de la obra. A partir de tal notificación, la institución cuenta con un plazo perentorio de diez días hábiles para recibirla.

El acto de recepción provisional, al que deben asistir el supervisor y los funcionarios designados en los artículos 110 y 12 LACAP, es solo una comprobación de la finalización de la misma, a partir de la cual y como una nueva fase en la recepción de la obra, continúa el plazo de revisión.

Del acto de recepción provisional debe labrarse un acta cuyo contenido es precisamente hacer constar que efectivamente se concluyó la obra. De ahí la importancia de la previa verificación del supervisor, cuyo asentimiento a la finalización de la obra es el que se formaliza por medio del acta.

Los artículos 60 y 61 RELACAP regulan lo relativo al contenido del acta y a quien corresponderá sufragar los estudios necesarios para la recepción.

Plazo de Revisión
Art. 115.- A partir de la recepción provisional, la institución contratante dispondrá de un plazo máximo de sesenta días para revisar la obra y hacer las observaciones correspondientes.

En el caso de que se comprobare defectos o irregularidades, la institución requerirá al contratista para que las subsane en el plazo establecido en el contrato.

Si el contratista no subsanare los defectos o irregularidades comprobados en el plazo estipulado en el contrato, éste se tendrá por incumplido; pudiendo la institución contratante corregir los defectos o irregularidades a través de un tercero o por cualquier otra forma, cargando el costo de ello al contratista, el cual será deducido de cualquier suma que se le adeude o haciendo efectivas las garantías respectivas, sin perjuicio de la caducidad del contrato con responsabilidad para el contratista. Lo anterior no impedirá la imposición de las multas que correspondan.

COMENTARIO
La importancia de la fecha de la recepción provisional es que a partir de la misma empieza a contar el plazo de sesenta días para determinar si hay defectos, reclamos y hacer las observaciones correspondientes. Eso implica un nivel de diligencia de la institución para aprovechar tal plazo, transcurrido el cual, a la luz de la seguridad jurídica garantizada en el artículo 2 de la Constitución de la República, deberá precluir su competencia para determinar vicios o defectos de construcción. Si bien es cierto la institución debe verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, tal facultad no puede ejercerse per saecula seculorum, lo que vendrá a atrasar la

recepción definitiva y al pago al contratista, así como la devolución de las retenciones.

La LACAP en el segundo inciso de este artículo hace alusión a que los vicios o defectos se corregirán en el plazo establecido en el contrato. Tal plazo esta ausente en la generalidad de contratos de obra. Estimo que es por sentido común, pues no se podría determinar un plazo de corrección si no se sabe cuál es la corrección. En todo caso debiera existir un plazo máximo de corrección –que es diferente- con la finalidad de programar el uso de la obra.

El supuesto de hecho del incumplimiento del contratista de la obligación de corregir los vicios o defectos implica una serie de nefastas consecuencias: a) cobro de multas; b) caducidad del contrato; c) reclamo de fianzas; d) facultad de reparación de tales vicios o defectos por otro contratista, cuyos servicios serán asumidos por el contratista original, sea de las sumas que se le adeuden o con base en el reclamo de las garantías.

Recepción Definitiva
Art. 116.- Transcurrido el plazo máximo de sesenta días desde la recepción provisional sin que se hayan comprobado defectos o irregularidades en la obra, o subsanados que fueren éstos por el contratista, se procederá a la recepción definitiva por los funcionarios designados de acuerdo con las bases de licitación y cláusulas contractuales. Dicha recepción se hará mediante el acta correspondiente.

COMENTARIO
Sea que no se hayan encontrado defectos o irregularidades o que éstas hayan sido reparadas y luego de transcurrido el plazo de revisión de sesenta días, procederá la recepción definitiva, a cuyo acto deberán asistir los encargados legalmente de la recepción de la obra (Jefe UACI o su representante, el Jefe de la Unidad que solicitó la obra, la supervisión, el personal de verificación de la institución, etc.), debiendo labrarse acta de la misma.

En aras de la Seguridad Jurídica, debiera establecerse en las bases de licitación o por medio de consultas, cuál es el plazo para que después de transcurrido los sesenta días se realice la recepción definitiva. La verdad es que de la lectura del artículo se colige que debe ser después de concluido el plazo de revisión y la subsanación de los vicios o deficiencias. Pero tal interpretación apegada a la razonabilidad, muchas veces es obviada por algunas instituciones que, en detrimento de la economía del contratista, dilatan de forma grave la recepción.

Redención de Garantías
Art. 117.- Practicada la recepción definitiva de la obra, la institución contratante devolverá al contratista la garantía de cumplimiento de contrato, previa presentación de la garantía de buena obra. Cumplido el plazo de la garantía de buena obra se notificará al contratista la liquidación correspondiente y se devolverá la garantía.

COMENTARIO
Realizado el acto de recepción definitiva, la institución requiere la garantía de buena obra, la que intercambiará por la garantía de cumplimiento de contrato antes del vencimiento de esta última. De acuerdo al artículo 37 LACAP, el plazo de la garantía de buena obra será como mínimo un año, que puede ser ampliado en las bases de licitación y que se contará a partir de la recepción definitiva de la obra.

Vicios Ocultos de la Obra
Art. 118.- La responsabilidad por vicios ocultos de la obra, será imputable según corresponda, al constructor, al supervisor o al consultor, la que prescribirá en los plazos establecidos en el Derecho Común.

Si después de practicada la liquidación se comprobare vicios ocultos, se deberán ejercer las acciones legales correspondientes, para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

El plazo a que se refiere el inciso primero deberá consignarse en las bases de licitación y en el contrato.

COMENTARIO
Los vicios ocultos de una obra pública son los defectos de diseño o ejecución que no han sido detectados en las posteriores fases del contrato y que son susceptibles de generar deterioro parcial o total de la misma, pues reducen de forma significativa el tiempo de vida útil o la capacidad de resistencia de la obra.

El hallazgo de vicios ocultos en la obra implicará ineludiblemente la necesidad de determinar quien o quienes son los responsables de los mismos: si el constructor o el supervisor.

La facultad de reclamar vicio ocultos de la obra prescribe en los plazos establecidos en el Derecho Común, siendo diferentes según la edificación de la obra se considere una venta o un arrendamiento de servicios. El artículo 1784 del Código Civil establece que si el artífice proporciona el material el contrato es de compraventa, en cuyo caso, los plazos de prescripción serán de seis meses para muebles y de un año para inmuebles de acuerdo al artículo 1668 del mismo código. Sin embargo, el artículo 1791 ordinal 3° del Código Civil amplía tal plazo a diez años, por vicios en la construcción, del suelo o de los materiales. En el entendido que tales vicios o defectos debieron haber sido conocidos por el constructor en razón de su profesión.

En el segundo inciso del artículo en comento, se prevé la situación en que después de entregada la garantía de obra se verificare la existencia de vicios ocultos, en cuyo caso queda facultada la institución para ejercer la acción de indemnización de daños y perjuicios por vicios ocultos. Tal acción se ventilará en sede judicial ante los tribunales comunes.

CAPÍTULO II
CONTRATO DE SUMINISTRO

Elementos

Art. 119.- Por el Contrato de Suministro las instituciones adquieren o arriendan bienes muebles o servicios necesarios mediante una o varias entregas en períodos sucesivos, en el lugar convenido por cuenta y riesgo del contratista. Dentro de este contrato se incluyen los servicios técnicos, profesionales y de mantenimiento en general, relacionados con el patrimonio, así como los servicios de vigilancia, limpieza y similares.

Cuando se trate de contratos de una sola entrega e inmediata, no será necesario exigir garantía de cumplimiento de contrato.

COMENTARIO

La naturaleza jurídica del contrato de suministro es de una compraventa, sin embargo, nuestra ley amplió tal naturaleza pues en la LACAP el contrato de suministro implica varias figuras: compraventa o arrendamiento de bienes muebles o servicios.

El riesgo de la cosa vendida corre a cargo del contratista hasta que la entregue en el lugar designado contractualmente. En este punto tienen aplicación práctica los INCOTERMS, que como normas contractuales que son, regulan la responsabilidad de las cosas compradas.

Oportunidad

Art. 120.- Los contratos de suministro se celebrarán de acuerdo con la política anual de adquisiciones y contrataciones, el plan de trabajo y el plan anual de compras y suministros.

Cuando las cantidades para adquirir un determinado bien fueren significativas y su precio resultare ventajoso, podrá celebrarse un solo contrato para la adquisición, el que podrá determinar pedidos, recepciones y pagos totales o parciales, por razón de almacenamiento, conservación o actualización tecnológica.

COMENTARIO

Un instrumento importantísimo para la ejecución y el control de las compras estatales es la programación anual de adquisiciones y contrataciones que cada institución está obligada a formular con base en la política anual de adquisiciones y contrataciones que debe ser emitida por el Ministerio de Hacienda a propuesta de la UNAC y el Plan de Trabajo Institucional. En el mismo, debe establecerse, de cara a la conveniencia institucional, cómo, dónde y cuándo deben realizarse las entregas de los bienes o la ejecución de los servicios contratados.

Recepción, Incumplimiento y Sanción
Art. 121.- Para la recepción de los bienes adquiridos por suministro, deberá asistir un representante de la institución solicitante de la adquisición, con quien se levantará acta para dejar constancia de la misma, a entera satisfacción o con señalamiento de los defectos que se comprobaren.

Cuando se comprueben defectos en la entrega, el contratista dispondrá del plazo que determine el contrato, para cumplir a satisfacción, y en caso contrario, además, se hará valer la garantía de cumplimiento de contrato.

Si el contratista no subsanare los defectos comprobados, se tendrá por incumplido el contrato y procederá la imposición de sanciones, o en su caso, la extinción del contrato.

COMENTARIO
El acto de recepción de los bienes o servicios conlleva la comprobación de los requisitos esenciales de los mismos con base en el contrato. En el caso de defectos, el contratista deberá subsanarlos o corregirlos entregando otros bienes a cambio o realizando de forma eficaz los servicios, so pena de cobrarse la garantía de cumplimiento de contrato, si detrimento de las demás sanciones por incumplimiento contractual. Para tales efectos es que se debe establecer en el contrato un plazo máximo para realizar tales correcciones.

Vicios o Deficiencias
Art. 122.- Si durante el plazo de la garantía de fábrica otorgada por el ofertante de los bienes o servicios suministrados, se observare algún vicio o deficiencia, la UACI deberá formular por escrito al suministrante el reclamo respectivo y pedirá la reposición de los bienes, o la correspondiente prestación del servicio.

Antes de expirar el plazo de la garantía indicada en el inciso anterior y comprobado que los bienes y servicios no pueden ser reparados o repuestos, la UACI deberá rechazarlos y hará efectiva la garantía de cumplimiento de contrato. La institución contratante quedará exenta de cualquier pago pendiente y exigirá la devolución de cualquier pago que haya hecho al suministrante.

COMENTARIO
Aún cuando en el capítulo respectivo no se trató el tema de la garantía de fábrica, en este artículo la ley recoge la misma. Nótese que la garantía de fábrica es diferente a la de cumplimiento de contrato y a la de buena obra, aún cuando muchas veces se equipara a esta última. Sin embargo, la garantía de fábrica, aún cuando no medie documento formal que la respalde, es exigible si se ha pactado contractualmente, a tal grado que la institución contratante puede exigir la reposición de los bienes. Con relación a la prestación de los servicios, resulta curioso que la ley lo mencione, sin embargo no tiene razón de ser pues los servicios no se fabrican. Tal vez será equiparable a una garantía de buena obra, sin embargo, la ley no la reguló en el artículo 37, por ende, la garantía de fábrica debe ser para bienes.

En caso de determinación de defectos de fabricación que no puedan ser reparados o repuestos, la UACI tiene las siguientes acciones: a) rechazarlos, b) hacer efectiva la garantía de cumplimiento de contrato, c) omisión de pago pendiente, y d) exigencia de la devolución de lo pagado y si es anticipo, el reclamo de la garantía de anticipo.

CAPÍTULO III
CONTRATO DE CONSULTORÍA

Casos

Art. 123.- Son Contratos de Consultoría los que celebra la institución, con el objeto de obtener mediante un precio la prestación de servicios especializados, tales como:

a) Toma de datos, investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico;
b) Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizacionales;
c) Cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominan las prestaciones de carácter intelectual no permanente; y,
d) Estudios de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga.

COMENTARIO

El contrato de consultoría es en esencia un contrato de prestación de servicios, pero éstos son especializados. Por ello, tiene la siguientes notas características: a) es un servicio especializado de carácter intelectual, b) es un servicio eventual, no permanente, c) el consultor debe entregar un producto de su esfuerzo intelectual, sea este dictamen, informe, etc., d) el consultor devenga honorarios profesionales como contraprestación por los servicios efectuados.

La enumeración de este artículo se amplía en el 72 RELACAP.

Requerimientos

Art. 124.- Los Consultores, sean éstos personas naturales o jurídicas deberán acreditar:

a) Las primeras, su capacidad académica, profesional, técnica o científica y experiencia, que en cada caso sean necesarias; y,
b) Las segundas, que se finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto de las obligaciones contractuales, según resulte de sus respectivas escrituras de constitución y acrediten debidamente que disponen de una organización con elementos personales y materiales suficientes, para la debida ejecución del contrato.

En el caso de las personas jurídicas será tomada en cuenta su experiencia como tal y la de las personas consultores que la integran y prestarán el servicio, debiendo éstos llenar los requisitos señalados para los consultores que ofertan sus servicios en calidad de personas naturales.

COMENTARIO
Debido a que el objeto del contrato de consultoría es la prestación de servicios profesionales o técnicos especializados, es necesario que los potenciales contratistas acrediten su capacidad e idoneidad. De tal forma la institución sabe que cuenta con el personal que efectivamente puede brindar el servicio indispensable para obtener los objetivos institucionales.

Véase que es tan importante el factor capacidad que el artículo 55 LACAP establece que en el caso de los consultores la evaluación técnica será la determinante independientemente del precio ofertado. Precisamente, el espíritu de la ley es que las instituciones puedan obtener al mejor en el área que sea necesaria.

Prohibición
Art. 125.- En los contratos de consultoría que tuvieren por objeto diseño, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones, la institución no podrá adjudicarlos a las mismas empresas que estuvieren desarrollando contratos de construcción de obra pública ni a las empresas vinculadas a éstas, en las que el contratista pueda ejercer directa o indirectamente una influencia dominante por razón de propiedad, participación financiera y otras similares, todo so pena de nulidad.

Los contratos de consultoría para la supervisión de la ejecución de la obra pública, no podrán ser adjudicados a la empresa que elaboró el diseño, so pena nulidad.

COMENTARIO
En consonancia con el artículo 106 LACAP, sabiendo que es incompatible la función de juez y parte en un proceso de construcción, se prohíbe que la supervisión esté a cargo de contratistas que de forma directa o indirecta puedan ejercer algún tipo de influencia sobre los dictámenes o instrucciones que él formula en la bitácora. Recuérdese que el supervisor es un representante de la institución que tiene una función técnica muy delicada consistente en velar que el proceso constructivo esté de acuerdo a las especificaciones técnicas y sobre todo a los estándares técnicos establecidos en reglamentos, así como por asociaciones o colegios profesionales. Por tal motivo, si el consultor de supervisión de obra es presionado o influenciado por otros agentes, podría darse el caso que no realice su función de forma eficaz o eficiente, lo que conllevará a pérdidas a la institución y posibles riesgos para el personal o público que use la obra que se está construyendo.

El presente artículo pretende vigenciar la nota de independencia profesional que debe tener todo consultor.

Fijación de Precio
Art. 126.- El precio de los servicios contratados podrá fijarse con base a costos más honorarios fijos, hora-hombre, suma alzada o por porcentaje del valor de la obra.

COMENTARIO
En este artículo se establece la facultad discrecional para determinar en las bases de concurso o los términos de referencia la forma de pago al consultor. Esa es una potestad que la ley confiere a las instituciones para que éstas se resguarden en sus intereses. Sin embargo, puede darse el caso que un consultor determinado oferte sus servicios estableciendo una forma de pago diferente, la que si no va en contra de los intereses institucionales, y si tal consultor es el elegible, puede ser tomada en consideración para una posterior modificación contractual. No es recomendable que en la adjudicación se haga reserva de ello, pues a la postre generaría un problema consistente en que el ofertante no estaría obligado a firmar un contrato en condiciones diferentes a las propuestas, pues la adjudicación será diferente a la oferta y ésta, no la voluntad de la institución, es la caucionada con la garantía de oferta.

Pagos y Retenciones
Art. 127.- De conformidad a lo establecido en el artículo anterior, los pagos serán efectuados de acuerdo a la programación de resultados o avances definidos en el contrato, previa aceptación por escrito de la institución contratante.

COMENTARIO
De forma similar al contrato de obra, el de consultoría requiere la presentación y aceptación de avances para emitir los pagos correspondientes. Esa es una forma de preservar los intereses institucionales. Requiere asimismo un esfuerzo de parte de la institución para contar con personal idóneo para evaluar y en su caso, aceptar los avances presentados.

Caso de Supervisión
Art. 128.- Cuando el contrato de consultoría se refiera al servicio de supervisión, los pagos parciales se harán con relación a la programación de la ejecución de la obra y de conformidad a lo establecido en el contrato respectivo, so pena de incurrir en responsabilidad.

Cuando por razones de fuerza mayor o caso fortuito se justifique la suspensión temporal de la obra, ésta no implicará incremento al valor del contrato.

En el caso de que la ejecución de obra no se concluyera en el plazo establecido en el contrato de obras por causa imputable al constructor, los costos adicionales por la extinción de los servicios de supervisión serán descontados de cualquier suma que se le adeude al constructor.

COMENTARIO

Los pagos de los servicios de consultoría de supervisión de obra están condicionados al avance de la obra. Eso implica que el supervisor debe coadyuvar no solo a que la obra se realice de acuerdo a las condiciones pactadas y a las normas técnicas vigentes, sino además que se ejecute en el plazo estipulado y de acuerdo a la programación.

El segundo inciso contiene una norma abusiva y que afecta la economía de los contratistas de obra e incluso de los supervisores, pues pretende que en el caso de suspensión de la obra, no se reconocerán gastos. Se olvidó que mantener un plantel de obra implica costos directos usualmente elevados, como son la planilla de trabadores, mantenimiento de equipo, arrendamientos, etc. Esta norma se puede declarar inconstitucional, pues contraviene al artículo 9 de la Constitución de la República.

En el tercer inciso se desarrolla una norma que pretende garantizar los derechos del supervisor en cuanto al pago en el caso de un atraso en la obra. A la vez es una motivación para que el constructor ejecute de la obra en el plazo previsto, pues un pago derivado de un descuento o retención puede alargarse. El riesgo de ello es que el supervisor no sea tan exigente para el proceso de construcción.

Deficiencia y Responsabilidad
Art. 129.- Cuando el servicio de consultoría demostrare alguna deficiencia, la institución exigirá la subsanación al consultor.

El consultor responderá por los daños y perjuicios provenientes de defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o por los errores materiales, omisiones e infracciones de normas técnicas, o en su caso, de preceptos legales o reglamentarios en que el mismo haya incurrido e imputables a él en la ejecución o utilización de la obra o servicio contratado. Esta responsabilidad será compartida por el funcionario contratante cuando se hubiere contratado en forma directa sin la concurrencia de competencia.

COMENTARIO
Debido a la especialidad e idoneidad que debe reunir el consultor para realizar los servicios que se le encomienden, en muchas oportunidades puede suceder que su negligencia o impericia sea causante de daños o perjuicios a la institución que habrá tomado en consideración las opiniones del consultor para actuar en determinado sentido. Por ello es que se establece la presente facultad. La conclusión es que no es fácil ser consultor, sobre todo cuando estamos en un estado en el cual cada tres y cinco años hay cambio de gobierno con el consiguiente cambio de rumbo, lo que puede hacer ver mal el trabajo de un consultor solo por haber brindado sus servicios para el anterior régimen.

CAPÍTULO IV

CONTRATO DE CONCESIÓN

Clases

Art. 130.- Para los efectos de esta ley, los contratos de concesión podrán ser:

a) De Obra Pública;
b) De Servicio Público;
c) De Recursos Naturales y Subsuelos (3)

COMENTARIO

Según Roberto Dormí se puede diferenciar entre la concesión de obra y de servicio público, conceptualizándola así: Concesión de Obra Pública: es un modo de ejecución de la obra pública por el que la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, y no paga luego un precio por ella, sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante el plazo determinado.

Concesión de Servicio Público: es el contrato por el cual el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. Esta persona, llamada concesionario, actúa por su propia cuenta y riesgo. El servicio prestado se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios o con subvenciones o garantías otorgadas por el Estado, o ambos simultáneamente.

Concesión de Obra Pública

Art. 131.- Por concesión de obra pública, el Estado a través de la institución correspondiente o del Concejo Municipal concede la explotación a una persona natural o jurídica para que a su cuenta y riesgo proceda a construir, mejorar, reparar, mantener u operar cualquier bien inmueble a cambio de la concesión temporal para que administre y explote el servicio público a que fuere destinada, incluidos los bienes nacionales de uso público o municipales destinados a desarrollar obras y áreas de servicios.

Además, en las obras que se otorguen para concesión se podrá incluir el uso del subsuelo y los derechos de construcción en el espacio sobre los bienes nacionales de uso público o municipales destinados a ello.

Finalizado el plazo de la concesión, la persona concesionaria se obliga a entregar al Estado a través de la institución correspondiente, la propiedad de la obra en condiciones adecuadas para la prestación del mismo servicio. (3)

COMENTARIO

La base constitucional de la concesión de obra pública es el artículo 120 de la Constitución de la República. Tal artículo solo hace referencia al Estado como sujeto activo de la concesión, estableciendo como elementos esenciales el plazo y las condiciones de dicha concesión y ordenando que sean sometidas a la Asamblea Legislativa.

Este artículo viene a ampliar a los sujetos activos establecidos en la Constitución, incluyendo a la municipalidad, tomando en consideración que la concesión de obra pública implica la prestación de un servicio, facultad que ya poseían las municipalidades de acuerdo al Código Municipal.

Concesión de Servicio Público
Art. 131-Bis.- Por el Contrato de Concesión de Servicio Público, el Estado a través de la institución correspondiente, concede temporalmente a una persona natural o jurídica, la facultad de prestar un servicio público, bajo su vigilancia y control y a cuenta y riesgo de la concesionaria. El plazo y demás condiciones se determinarán de acuerdo al contrato de concesión. (3)

COMENTARIO
La concesión de servicio público implica que una persona privada asume la administración de la prestación de un servicio público, debiendo velar por su normal y buena prestación, además de garantizar que se mantengan los caracteres jurídicos de los servicios públicos: continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad, obligatoriedad, calidad-eficiencia y subsidiariedad. A cambio obtendrá un precio establecido en una tarifa.

Tomando en consideración que el Código Municipal confiere competencia para otorgar concesión de servicio, es curioso que el presente artículo no menciona de forma expresa al concejo municipal, pero si a las instituciones en general dentro de las que se incluyen a las municipalidades.

Concesión de Recursos Naturales y del Subsuelo
Art. 132.- Los contratos de concesión para la explotación de los recursos naturales y del subsuelo, estarán sujetos a leyes específicas según el recurso de que se trate.

COMENTARIO
La concesión de recursos naturales (espectro radioeléctrico, recursos hídricos, minas, etc.) que dan sujetos a las leyes especiales que ya existen y que de forma especial regulan tales situaciones: Ley de Electricidad, Ley de Telecomunicaciones, Ley de Minas, etc.

Licitación Pública para Concesión
Art. 133.- La forma de seleccionar al concesionario para cualquier tipo de contrato de concesión, será la licitación pública, nacional o internacional, y se regirá por las disposiciones que regulan las licitaciones en esta Ley.

La concesión de obra y de servicio público podrá adoptar cualquiera de las siguientes modalidades:

a) Concesión con origen de iniciativa pública, a cargo de la Administración Pública o Municipal: se refiere a la invitación o llamado para la ejecución de

obra públicas o prestación de servicios públicos a concesionar a solicitud de la Administración Pública; y,

b) Concesión con origen de iniciativa privada, a cargo de cualquier persona privada natural o jurídica: se refiere a una solicitud o postulación expresa de una persona natural o jurídica, para la ejecución de obras públicas o prestación de servicios públicos mediante un contrato de concesión.

Cuando se trate de una concesión bajo la modalidad de origen de iniciativa privada, el postulante deberá hacer la presentación del proyecto de la obra o servicio público a ejecutar, ante la entidad que tiene a su cargo la vigilancia y control de la obra o del servicio público, o a los Concejos Municipales, según sea el caso, de conformidad a los requerimientos establecidos por la autoridad concedente para esos efectos y a lo estipulado en los artículos 135 y 136 de esta ley.

La entidad pública respectiva deberá resolver sobre la viabilidad del proyecto en un plazo no mayor de seis meses, contado a partir de la presentación del proyecto. Si la Resolución fuere de aprobación, la obra pública de cuya ejecución se apruebe deberá licitarse dentro de un año desde la aprobación de la solicitud.

El proponente tendrá derecho a participar en la licitación en los términos y condiciones que los demás particulares, pero con los siguientes derechos sobre los demás ofertantes:

a) Que se le reembolsen los gastos en que haya incurrido para la formulación de la propuesta; y,
b) Que se le otorgue la concesión en caso que no se presentaren otros oferentes, si calificare para ser concesionario. (3)

COMENTARIO

Se establece una regla general para seleccionar al concesionario: debe realizarse una licitación pública. Tal requisito pretende que exista una eficaz selección del contratista, sobre todo debido a la responsabilidad que implica este contrato. Sin embargo, en el caso de algunas municipalidades, por su tamaño, puede representar un costoso esfuerzo que incide en la eficiencia del procedimiento de selección.

Se permite que el procedimiento de selección de contratista de concesión se genere a iniciativa pública o de los particulares en el caso que éstos tengan la iniciativa y creatividad para formular algún proyecto que bajo la forma de obra o servicio favorezca a la colectividad.

En el caso que se apruebe la concesión por iniciativa privada el proponente tiene derecho a que se le reembolsen los gastos en caso de no resultar ganador o a que se le adjudique en el caso de que no se presenten más postores a la licitación. Lógicamente, deberán cumplirse los requisitos que enuncia el artículo 63 LACAP y sobre todo calificar para ser concesionario.

Temporalidad

Art. 134.- La autoridad competente para la adjudicación de los contratos de todo tipo

de concesión y para la aprobación de las bases de licitación o del concurso, será el titular, la Junta o el Consejo Directivo de la institución del Estado que promueva la concesión o el Concejo Municipal en su caso. Para las concesiones de obra pública, las bases deberán ser presentadas a la Asamblea Legislativa para su aprobación, y para cumplir con lo establecido en el Art. 120 de la Constitución de la República, las mismas deberán contener como mínimo lo siguiente:

a) Las condiciones básicas de la concesión; y
b) El Plazo de la concesión. (3)

COMENTARIO

Se mantiene el criterio que la máxima autoridad es la que debe adjudicar el contrato, sea ésta el titular en el caso de órganos unipersonales o la Junta o Consejo Directivo o Concejo Municipal en el caso de órganos colegiados. Además se reitera el mandato constitucional que las concesiones de obra se envíen a la Asamblea Legislativa para su aprobación. Sólo el literal b) del artículo es congruente con el acápite.

Competencia y Requerimientos Previos

Art. 135.- La celebración de los contratos de concesión a que se refiere el artículo 131 de esta ley, se hará previo cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) La elaboración de las cláusulas de prestación a que haya de sujetarse el servicio en sus aspectos administrativos, operativos, jurídicos, económicos y técnicos;
b) Establecer los procedimientos para la inspección y aceptación de las obras respectivas, en su caso;
c) Establecer la estructura tarifaria respectiva, así como las fórmulas de los reajustes tarifarios y su sistema de revisión, previa aprobación de la autoridad concedente;
d) Establecer el plazo por el cual se concederá la concesión;
e) Determinar el subsidio que otorgará el estado, en caso existiere;
f) Determinar los pagos ofrecidos por el concesionario al Estado, en el caso que se entreguen bienes y derechos para ser utilizados en la concesión;
g) Elaborar el grado de compromisos de riesgo que asume el concesionario durante la construcción o la explotación de la obra, o gestión de los servicios públicos, tales como caso fortuito y fuerza mayor y los riesgos que asumirá el Estado; y,
h) Establecer los procedimientos para calificar cualesquier otros servicios adicionales útiles y necesarios. (3)

COMENTARIO

Estos requisitos son para la concesión de obra y debieron ser incluidos en los requisitos mínimos del artículo 134 LACAP.

Requerimientos de Ejecución

Art. 136.- En los contratos regulados en el presente Capítulo, el concesionario deberá cumplir con los requisitos siguientes:

a) Ejecutar las obras precisas y organizar el servicio con estricta sujeción, a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo;
b) Prestar el servicio en forma continua y universal, sujetándose a las tarifas o peajes aprobados;
c) Cuidar del buen funcionamiento y mantenimiento del servicio y de cubrir la demanda del mismo, sin perjuicio de las facultades que le corresponden a la institución; y,
d) Indemnizar por cualquier daño ocasionado a los usuarios por negligencia, impericia o mala fe debidamente comprobadas. Todo sin perjuicio de lo establecido al respecto por la Ley.(3)

COMENTARIO

Estos mal llamados requisitos son más bien condiciones de ejecución o normas que deben estar expresa o implícitamente presentes en el contrato de concesión con las consecuencias legales por su incumplimiento.

Limitaciones

Art. 137.- Los bienes y derechos que adquiera el concesionario a cualquier título y que queden afectos a la concesión, no podrán ser enajenados separadamente de ésta, ni hipotecados o sometidos a gravámenes de ninguna especie sin la autorización de la institución contratante. Los mismos pasarán al dominio de la institución respectiva por Ministerio de ley al expirar el plazo de la concesión, lo que se hará constar tanto en el contrato de concesión o en el decreto legislativo según el caso.

COMENTARIO

Con la finalidad de garantizar los bienes necesarios para la explotación de la obra o servicio, en virtud de este artículo, los mismos quedan afectos a la concesión, no pudiendo separarse, enajenarse o gravarse sin autorización de la institución concedente. Estimo que en el caso de bienes que haya adquirido en concesionario para que opere la transmisión por ministerio de ley, se deberán resarcir el costo de los mismos, sea incluyéndolo en la tarifa o abonando el costo de los mismos, si esta disposición se interpreta como una autorización para confiscar los bienes estaremos frente a un aplicación inconstitucional de la misma que traerá las consecuencias pertinentes.

Uso de Bienes del Estado

Art. 138.- El concesionario utilizará los bienes de la Hacienda Pública que la institución determine, sólo en cuanto fuere necesario para cumplir con el contrato de concesión.

COMENTARIO
Estimo que el presente artículo está más apegado a la realidad al reconocer que los bienes que se utilizarán en la concesión son por lo general bienes públicos y no dejan de serlo por la concesión. No siendo conveniente para los fines estatales que una obra pública a darse en concesión se desarrolle en bienes privados. Debe hacerse la diferencia entre los bienes en donde se construirá la obra y los bienes que de una forma u otra coadyuvan o son medios para la ejecución de la concesión. Estos últimos están afectos a la misma, por ello, su valor debe estar incluido dentro del costo de la inversión que el concesionario pretende resarcirse por medio del cobro de tarifas. Es recomendable para los intereses públicos que la propiedad de tales bienes se transfiera a la institución concesionaria al momento de la firma de la concesión.

Bienes Excluidos y Obligaciones
Art. 139.- Por pertenecer la riqueza del subsuelo al Estado, todos los recursos naturales y bienes arqueológicos que se descubrieren como consecuencia de la ejecución de una obra, quedarán excluidos de la concesión otorgada y dependiendo de la magnitud del hallazgo, las autoridades competentes decidirán si procede suspender los trabajos o continuarlos, excepto cuando la concesión se refiera a éstos recursos naturales.

Es obligación del concesionario preservar al medio o ambiente, e informar inmediatamente a la autoridad competente de los hallazgos. La omisión de esta obligación, según la gravedad del caso, será causa de caducidad del respectivo contrato y la autoridad competente deberá proceder a realizar las demandas legales correspondientes.

COMENTARIO
De conformidad al artículo 103 inciso 3º de la Constitución de la República, el subsuelo pertenece al Estado. En el caso eventual que en ocasión de la ejecución de una obra pública se descubrieren minerales o fluidos valiosos o riquezas arqueológicas, podría decretarse la suspensión de los trabajos. Es una contradicción el decir que los trabajos no se suspenderán cuando la concesión se refiera a determinados recursos naturales, pues la concesión de recursos naturales no está regulada por la LACAP.

De conformidad a la Ley del Medio Ambiente debe preservarse el mismo. En caso de hallazgos arqueológicos, deben resguardarse para evitar su depredación. Caso contrario, se deberán realizar las denuncias pertinentes para que se determine la responsabilidad de los infractores, todo sin detrimento de la caducidad del contrato.

LEGISLACION MENCIONADA
CONSTITUCION DE LA REPUBLICA

Art. 103.- Se reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social.

Se reconoce asimismo la propiedad intelectual y artística, por el tiempo y en la forma determinados por la ley.
El subsuelo pertenece al Estado el cual podrá otorgar concesiones para su explotación.

Tráfico en Carreteras y Caminos
Art. 140.- La construcción de las obras relativas a la concesión, no podrá interrumpir el tránsito en carreteras y caminos existentes. Cuando la interrupción sea inevitable, el concesionario estará obligado a habilitar un adecuado tránsito provisorio.

COMENTARIO
La construcción de una obra que será afectada por una concesión no debe ser en ningún momento una causal para entorpecer la libre circulación.

Obligación del Concesionario
Art. 141.- El concesionario estará obligado:

a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas en el contrato de concesión, evitando las causales que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligro a los usuarios, salvo que la alteración del servicio obedezca a razones de seguridad o de urgente reparación;
b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de las facultades de supervisión, vigilancia y control del concedente;
c) Indemnizar los daños que causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo de la obra o servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables al Estado o a la Municipalidad; y,
d) Velar por el cumplimiento exacto de las normas y reglamentos sobre el uso y conservación de las obras o servicios concedidos.(3)

COMENTARIO
Estas son normas que debieran estar formando parte del contrato de concesión a firmarse. En el fondo pretenden garantizar los derechos de los administrados que de una forma u otra tengan contacto con el concesionante o concesionario.

Otras Obligaciones
Art. 142.- El concesionario estará obligado a velar por el cumplimiento exacto de las normas y reglamentos sobre el uso y conservación de las obras.

COMENTARIO
Este artículo es una copia casi exacta del literal d) del artículo anterior.

Expropiaciones
Art. 143.- Cuando sea imprescindible la expropiación de tierras u otros bienes, para realizar las obras relativas a la concesión, se estará a lo dispuesto por la Constitución y la Ley de la materia.

COMENTARIO
De forma respetuosa al derecho de propiedad, se establece el procedimiento administrativo de compra de inmuebles o el proceso de expropiación como un requisito ineludible para cuando es necesario un bien raíz para la construcción de la obra o la ejecución del servicio. En tal sentido deberá seguirse el procedimiento establecido en la Ley de Expropiación y de Ocupación de Bienes por el Estado, sin detrimento de otras leyes que confieren tal facultad: ley de ANDA, el Código Municipal, etc.

Exención y Extinción por Caso Fortuito
Art. 144.- En caso de guerra, conmoción interior, fuerza mayor o caso fortuito, si las circunstancias así lo exigieren, podrá eximirse temporalmente al concesionario de la prestación del servicio. Si estas situaciones persistieren indefinidamente, podrá darse el rescate y se tendrá por extinguido el contrato respectivo.

COMENTARIO
Como una medida de seguridad jurídica para el concesionario, en caso de situaciones imprevisibles e irresistibles que entorpecieran o imposibilitaran la prestación del servicio público concesionado, se prevé la suspensión mientras duren tales circunstancias, y en caso de alargarse de forma irrazonable se establece el rescate como un mecanismo de extinción anormal de las obligaciones contractuales. En este caso el rescate va más allá de las razones establecidas en el artículo 98 LACAP. Estimo que debiera tomarse en consideración qué piensa el contratista para efectos de efectuar el rescate de la obra.

Derecho de la Institución
Art. 145.- En caso de muerte o quiebra del concesionario o de extinción de la sociedad concesionaria, sucedidas antes del vencimiento del plazo contractual, la institución tendrá el derecho prioritario de adquirir la obra mediante su pago por el estricto valor de la obra a precios corrientes de mercado, una vez deducida la depreciación de la misma y el retorno de la inversión de acuerdo a los registros en los libros contables. Este pago deberá hacerse a plazos.

Cuando la obra no hubiera sido terminada por culpa imputable al concesionario, la institución tendrá la opción de terminarla o de otorgar la concesión a otra persona natural o jurídica, a través de licitación pública.

COMENTARIO
Si bien los supuestos de hecho que se plantean no son homogéneos –la muerte de una persona es un acontecimiento que por lo general es incierto y no imputable a la

persona; sin embargo, la quiebra o la extinción de una sociedad involucran un nivel de responsabilidad-, debido a que los contratos administrativos son intuito personae, para lo cual se ha seguido un procedimiento de selección de contratista, la ley ordena que si el contratista que fue elegido por medio de la concesión ya no puede seguir desarrollando su función de concesionario, debe extinguirse el contrato y pasar a etapa de liquidación en la cual se le deberá reconocer el monto de la inversión real que haya inyectado a la obra.

De la lectura del artículo se entiende que en la concesión de obra la propiedad de la misma es del concesionario, razón por la cual el artículo menciona que la institución podrá adquirir la obra. Sin embargo, por lo general. la concesión de obra implica la construcción de la misma sobre el dominio público que es inalienable e imprescriptible, razón por la cual una obra construida sobre ese bien público al formar parte de él, pasa a ser también bien público. Una obra pública no se va a construir sobre un inmueble que no sea parte del dominio público, para ello existe la expropiación por medio de la cual se adquieren los derechos de vía o la propiedad de los inmuebles en donde se desarrollarán obras para uso público. La excepción sería unir el contrato de concesión con un contrato de obra pública llave en mano que podría incluir la compra del terreno, pero que en todo caso deberá ser trasmitido en propiedad a la entidad pública al firmarse el contrato de concesión. Entonces, lo que aplicará durante la ejecución del contrato de concesión será el pago de la construcción y el material, no siendo propio hablar de derecho prioritario para adquirir la obra pues la misma ya es estatal y las instituciones deben cuidar sus intereses en el sentido de procurar que los bienes pasen a su dominio. Debe recordarse que el Derecho de Reversión que la Constitución Política de 1962 establecía a favor del Estado, no fue incluido en la Constitución de la República vigente, motivo por el cual no existe constitucionalmente hablando una reversión obligatoria, siendo más conveniente y prudente para las instituciones concesionarias tener el dominio sobre los bienes que estén afectos la concesión desde el momento en que inicie la misma.

Debe notarse que de la lectura del artículo se infiere que el momento en que se ubica el supuesto de hecho es posterior a la entrega de la obra, entrega que implicará el traspaso del dominio. Por tanto, no procede del todo el supuesto de hecho del primer inciso del artículo, sobre todo debido a que al construirse la obra sobre un bien público, la misma pasa a ser parte del inmueble, de acuerdo al Código Civil. No se puede separar la obra del inmueble en donde se construyó, siendo lo más prudente el traspaso de los bienes al momento del inicio de la concesión. Incluso de esa manera se garantiza mejor el derecho de propiedad de los concesionarios pues no se aplica la reversión automática que implica que al extinguirse el plazo de la concesión pasarán los bienes a la institución concedente sin más, lo que en el fondo es una confiscación.

Con relación al segundo inciso se plantea una potestad discrecional fincada en la satisfacción de los fines públicos, permitiéndole a la institución terminarla por sí o promover una nueva concesión para la finalización de la misma.

Caso de Intervención
Art. 146.- Corresponde a la entidad concedente, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario, de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la explotación de la obra o servicio.

Si el concesionario incumpliere el contrato y de esto se derivare perturbación del servicio público, el Estado a través de la institución correspondiente o del Concejo Municipal en su caso podrá acordar la intervención del servicio hasta que esta situación desaparezca o revocare el respectivo contrato.

En todo caso, el concesionario deberá reconocer y proceder al pago a la institución concesionaria correspondiente o la municipalidad respectiva, los gastos daños y perjuicios en que haya incurrido. (3)

COMENTARIO
Como parte sustancial de las prerrogativas de la administración se encuentra el control de la concesión. Tal control debe realizarse en las dos grandes etapas de la concesión: la construcción de la obra y la explotación de la obra o del servicio.

En caso de incumplimiento y como un acto previo al rescate o para las sanciones establecidas en el artículo 147-bis LACAP, se establece la facultad de intervención que implica asumir de forma indirecta la administración de la obra o del servicio con la finalidad que exista una explotación apegada a las condiciones contractualmente establecidas, resguardando la eficacia y eficiencia del servicio público o del uso de la obra pública. Por ello, dentro del tema de la eficiencia se establece que el concesionario deberá sufragar los gastos, daños y perjuicios que se deriven de la intervención.

Efecto de Incumplimiento
Art. 147.- Cuando exista incumplimiento del contrato imputable al concesionario, la entidad concedente hará efectivas las garantías correspondientes. (3)

COMENTARIO
De conformidad a los artículos 35 y 36 LACAP, se procederá a la exigencia o cobro de la garantía de fiel cumplimiento de contrato al momento de incumplirse éste.

Sanciones
Art. 147-bis.- Son infracciones graves:

a) La no iniciación de las obras o servicios, por parte del concesionario, en un plazo superior a seis meses contados a partir del día de la aprobación de la concesión;
b) La suspensión injustificada por parte del concesionario de las obras o servicios por un plazo superior a seis meses;
c) Si de la ejecución de la obra o servicio a cargo del concesionario se

derivaren perturbaciones graves y no reparables por otros medios en el servicio público, imputables al concesionario;

d) No permitir a los usuarios el libre uso de las obras o el servicio público, cuando sea utilizado para los fines establecidos en el contrato de concesión;
e) Si el concesionario suministraré un bien, servicio u obra de inferior condición o calidad del pactado o contratado o concesionado;
f) Cuando se produzca una destrucción parcial de las obras o de sus elementos, y servicios, de modo que se haga inviables su utilización en un período de tiempo; y,
g) Las demás que determine la Ley, las bases de licitación o el contrato de concesión.

Sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II. Ejecución de los contratos de esta Ley, las infracciones graves contenidas en los anteriores literales, serán sancionadas, por parte de la entidad concedente, con una multa de acuerdo a lo establecido en el contrato de concesión, la cual no podrá ser mayor de diez por ciento del valor del contrato por cada infracción. Los fondos provenientes de la aplicación de las sanciones ingresarán al Fondo General de la Nación.

El Incumplimiento consecutivo de tres o más resoluciones sancionatorias por haber cometido las anteriores infracciones graves, dentro de un lapso de tres años, será motivo suficiente para declarar la suspensión provisional de la concesión, por un plazo máximo de tres meses, previa audiencia al concesionario.

La suspensión sólo podrá levantarse si se comprueba el cumplimiento de las resoluciones sancionatorias. Si transcurrido el plazo de la suspensión, el concesionario persistiere en el incumplimiento, se procederá a la revocación de la concesión, previa audiencia a aquél.

A efectos de imponer las sanciones a las infracciones graves anteriores, se elevarán al conocimiento de una Comisión Conciliadora, que estará integrada por tres miembros, todos ellos profesionales universitarios, designados uno por la entidad concedente, uno por el concesionario, y uno de común acuerdo por las partes quien la presidirá. A falta de acuerdo por las partes, éste será designado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

La Comisión Conciliadora instruirá las diligencias con base en los informes, denuncias o documentos en que se indicare la infracción y la persona a quien se atribuyere. Recibida la información anterior se ordenará su notificación extractada, con indicación precisa de la infracción a la persona imputada, quien tendrá tres días hábiles a partir del siguiente a la notificación, para responder y ejercer su defensa. Si el presunto infractor no hiciere uso del término para su defensa, guardare silencio o confesare, el asunto quedará listo para resolver, salvo que por la naturaleza de los hechos fuere necesario la apertura a pruebas, que no excederá de cuatro días hábiles contados después de su notificación al interesado. De igual manera se procederá cuando en su defensa el imputado solicitare la producción de pruebas.

Concluido el término probatorio o si la prueba no hubiere tenido lugar, deberá

resolverse en definitiva de conformidad a la ley, y de la resolución, sólo podrá interponerse recurso de revocatoria, dentro de las veinticuatro horas siguientes de la notificación respectiva. Interpuesta la revocatoria en tiempo, la Comisión Conciliadora resolverá lo que corresponda en la siguiente audiencia.

En caso que se revocare la concesión, la entidad concedente procederá a licitar públicamente y en el plazo máximo de ciento ochenta días a partir de la declaratoria de revocación de la concesión, el respectivo contrato por el plazo que reste la misma. Las bases de licitación deberán establecer los requisitos que deberá cumplir el nuevo concesionario, los que, en ningún caso, podrán ser más gravosos que los impuestos al concesionario original. (3)

COMENTARIO
En este artículo se regulan diferentes situaciones: se establecen infracciones graves que serán sancionadas con multa; en caso de incumplimiento de las resoluciones sancionatorias se prevé la suspensión del contrato por tres meses; si transcurrido el plazo de suspensión no se han cumplido las resoluciones, se revocará la concesión, y se establece un procedimiento para la aplicación de las sanciones.

A fin de darle continuidad al servicio que se está prestando, se establecen sanciones que pretender resguardar el normal desarrollo de la concesión. Se crea un régimen especial para algunas situaciones que ya estaban reguladas por la LACAP, por ejemplo, la contenida en el literal e) del artículo que estaba sancionada con inhabilitación o el incumplimiento de las obligaciones contractuales que implicaba la caducidad del contrato. Debido a esta reforma no queda clara la figura tradicional del rescate que continúa vigente en el capítulo de la extinción de los contratos.

Se utiliza la figura de revocación de forma diferente al espíritu del artículo 96 LACAP, pues en el contrato de concesión la revocación opera como una especie de sanción que se impone por el incumplimiento de las sanciones de multa impuestas por las infracciones del primer inciso.

Asimismo, establece un procedimiento ad hoc para imponer las nuevas sanciones que son multa, suspensión o revocatoria. Esta última como ya se dijo con un significado nuevo y especial a tal grado que en el caso de la revocación de la concesión no se prevé la contratación directa sino la promoción de una nueva licitación, apartándose de lo establecido en el artículo 72 LACAP.

Efecto de Caducidad del Plazo
Art. 148.- Una vez finalizado el plazo de la concesión y no habiendo prórroga del contrato, el concesionario deberá entregar las obras e instalaciones a que está obligado con arreglo al contrato y en el Estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Durante un período prudencial anterior a la caducidad del plazo de la concesión, la entidad concedente adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de la obra, bienes o servicios se verifique en las condiciones convenidas en el contrato de

concesión. Dicha regulación deberá establecerse tanto en las bases de licitación como en el contrato. (3)

COMENTARIO
Estimo que esta terminología es la adecuada para la finalización del contrato de concesión, pues se habla de entrega de las obras o instalaciones. Recuérdese que las obras son públicas y por ende solo procede su entrega terminando la mera tenencia que el concesionario detenta sobre el bien público utilizado en la concesión.

CAPÍTULO V
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES

Arrendamiento de Bienes Muebles
Art. 149.- La institución podrá obtener en calidad de arrendamiento toda clase de bienes muebles con o sin opción de compra. El monto base de la contratación se establecerá de acuerdo al precio actual en el mercado local y en todo caso, se observarán las formas de contratación establecidas en esta Ley.

Los criterios técnicos para evaluar las ofertas estarán determinados en las bases de licitación y se normarán en el Reglamento de esta Ley.

COMENTARIO
Parece que el constituyente, quiso regular el leasing o arrendamiento financiero. Aún así, debido a que el contrato de suministro incluye el arrendamiento de bienes muebles, es innecesaria la presente disposición.

El RELACAP le dedicó dos artículos al tema del arrendamiento de bienes muebles: 74 y 75.

TÍTULO VII
PROHIBICIONES, INFRACCIONES Y SANCIONES

CAPÍTULO I
SANCIONES A FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PÚBLICOS

COMENTARIO PREVIO
La imposición de sanciones a administrados, sean éstos particulares o empleados o funcionarios, de conformidad al artículo 14 de la Constitución de la República, tiene como requisito insoslayable la garantía del Debido Proceso.

Asimismo, debe tomarse en consideración que los derechos y las garantías que el Código Penal y Procesal Penal otorgan a los imputados viene a ser el mínimo de protección que contra el poder estatal debe otorgarse a los sujetos a quienes se

atribuye un infracción administrativa. La razón es evidente: los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal son de mayor importancia jurídica, de ahí las sanciones que implican mayor afectación a los condenados. Entonces los administrados que han dañado bienes jurídicos menores y cuyo castigo debe ser menor, debieran tener muchas más garantías pues son infractores, no imputados, no pueden ser tratados igual que los imputados, al contrario, por justicia y proporcionalidad debieran tener mayores garantías.

Dejando a un lado el Principio de Única Persecución (Non Bis in Idem) contemplado en el artículo 11 de la Constitución de la República, además del régimen administrativo propio de la LACAP deben tomarse en consideración las infracciones y sanciones administrativas que derivan de hallazgos de Corte de Cuentas, reparando que en todo caso pueden existir indicios de responsabilidad penal.

En el artículo 6 de la Ley de Etica Gubernamental se han establecido prohibiciones éticas que vienen a complementar el régimen de prohibiciones de la LACAP.

LEGISLACION MENCIONADA
CONSTITUCION DE LA REPUBLICA

Art. 14.- Corresponde únicamente al Organo Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad. (7)

LEY DE ETICA GUBERNAMENTAL
Prohibiciones Éticas
Art. 6.- Son prohibiciones éticas para los servidores públicos:
a) Solicitar o aceptar, directamente o por interpósita persona, dádivas, regalos, pagos, honorarios o cualquier otro tipo de regalías, por acciones relacionadas con las funciones del cargo público.
b) Prevalecerse de su cargo público para obtener o procurar beneficios privados.
c) Desempeñar simultáneamente dos o más empleos en el sector público, salvo los casos permitidos en la ley.
d) Utilizar, para beneficio privado, la información reservada o privilegiada que obtenga en función de su cargo.
e) Negarse a proporcionar información de su función publica, exceptuando las que establecen la Constitución y la ley.
f) Intervenir en cualquier asunto en el que él o algún miembro de su unidad familiar tenga conflicto de intereses.
g) Nombrar a parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, para que presten servicios en la entidad que preside o se desempeñe.
h) Utilizar en forma indebida los bienes y patrimonio del Estado.
i) Retardar sin motivo legal los trámites o la prestación de servicios administrativos.

j) Alterar documentos oficiales y;
k) Discriminar a la persona en la prestación de un servicio del Estado por su condición social, racial, política, o religiosa.

Prohibición por Entrega de Bases
Art. 150.- Se prohíbe solicitar o recibir algún bien o servicio, a cambio de la entrega de las bases de licitación o de concurso.

COMENTARIO
Con esta disposición se pretende proscribir una práctica ilegal que realizó el sector público antes de la vigencia de la LACAP, por medio de la cual se exigían en las publicaciones de las licitaciones la entrega de bienes como contraprestación por las bases. Hoy día, de conformidad al artículo 49 LACAP, lo único que debe entregarse por las bases es una suma de dinero que tiene el objetivo de resarcir los costos de producción de las bases de licitación.

Prohibición por Aceptación de Obras
Art. 151.- Se prohíbe a los funcionarios, empleados públicos y municipales designados para ejercer funciones de supervisión, aceptar la obra, el bien o el servicio contratado en condiciones diferentes a las establecidas en el contrato o documentos contractuales, so pena de responder por los daños o perjuicios.(2)

COMENTARIO
La idea general del artículo es establecer una prohibición para los funcionarios que realizan labores de supervisión. La prohibición consiste en recibir el objeto contractual de forma diferente a lo establecido en las especificaciones técnicas del contrato. Como primera idea, surgen como sujetos pasivos de la prohibición los designados en el artículo 110 LACAP, que son los funcionarios o empleados que realizan una supervisión de la obra en representación y velando por los intereses de la institución, sin embargo, el texto del artículo se refiere a obras, bienes o servicios, yendo más allá de la obra pública. Entonces, o existe una franca contradicción o error en la ley, o la LACAP, está de forma tácita ordenando que se realicen labores de supervisión para toda obra, bien o servicio, situación que será irrazonable generalizarla, pues la supervisión se amerita completamente en la obra pública, no siempre en el caso de un servicio y quizá menos en un suministro de bienes muebles.

Infracción Grave
Art. 152.- Los funcionarios, empleados públicos o municipales sujetos a las prohibiciones para contratar contempladas en esta ley, que participaren directa o indirectamente en un procedimiento de contratación administrativa incurrirán en infracción grave de servicios. Esta se sancionará con la destitución del cargo sin perjuicio de las responsabilidades penales o administrativas en que incurra.(2)

COMENTARIO
Es de suponer que cuando este artículo se refiere a las "prohibiciones para contratar" se refiere a los impedimentos para participar en procedimientos de contratación, regulados en el artículo 26 LACAP. La razón es que ambos artículos (el 26 y el presente) tienen por sujetos pasivos a funcionarios o empleados públicos o municipales. La situación es preocupante por los errores que se han advertido en el artículo 26 LACAP, sobre todo por que la sanción es gravísima: destitución del cargo, además de las sanciones administrativas que puedan derivar de hallazgos de Corte de Cuentas, las que se traducen en multas, todo sin detrimento de la responsabilidad penal por delitos como Incumplimiento de Deberes (Artículo 321 Pn), Negociaciones Ilícitas (artículo 328 Pn) u otros.

Amonestación
Art. 153.- Se impondrá amonestación por escrito al funcionario, servidor público o municipal que incurra en alguna de las infracciones siguientes:(2)

a) No incorporar oportunamente la documentación atinente al expediente administrativo;
b) No permitir el acceso al expediente de contrataciones a las personas involucradas en el proceso;
c) Omitir en los informes o dictámenes datos relevantes para el estudio de las ofertas, cuando se determine que los conocía con anterioridad a la presentación del informe o dictamen; y,
d) No remitir y no proporcionar oportunamente la información que la UNAC haya solicitado.

COMENTARIO
La amonestación es una sanción administrativa disciplinaria correctiva que implica un llamado de atención al orden o una advertencia a un empleado o funcionario público o municipal, sobre determinadas conductas cuya reincidencia o agravamiento puede hacerle incurrir en faltas más graves.

Dentro de las infracciones que pueden ocasionar la sanción de amonestación por escrito están no incorporar en su momento la documentación que tenga que ver con un procedimiento de selección de contratista; violar el derecho de vista de los ofertantes; no proporcionar información conocida por el funcionario o empleado en el caso que sean relevantes para la evaluación y no remitir la información que la UNAC solicite.

De las anteriores, debe tomarse en cuenta que todos los literales implican incumplimiento de deberes, infracción que está sancionada de acuerdo al artículo 321 de Código Penal. Por otro lado, el acto de no permitir el acceso al expediente a los involucrados en el proceso, como son los ofertantes, violenta también el principio de transparencia en la licitación e infringe los principios de la Ley de Etica Gubernamental y el artículo 55 del Reglamento de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado. Además de ello, no puede dejarse de lado que violenta el Derecho de Defensa de los ofertantes, por consiguiente incluso puede tomarse como

una vulneración o afectación al derecho de defensa, infracción que es sancionado en el artículo 298 del Código Penal.

LEGISLACION MENCIONADA
CODIGO PENAL

Art. 298.- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, **que impidiere u obstaculizare el ejercicio del derecho de defensa** o la asistencia de abogado al detenido o procesado, procurare o favoreciere la renuncia del mismo o no informare de forma inmediata y de manera comprensible al detenido sobre sus derechos y las razones de su detención, será sancionado con **prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual tiempo**.

Suspensión sin sueldo
Art. 154.- Se impondrá suspensión sin goce de sueldo hasta por tres meses, al funcionario, empleado público o municipal, que cometa alguna de las infracciones siguientes:(2)

a) Reincidir en alguna de las infracciones de las tipificadas en el artículo anterior, después de haber sido sancionado;
b) Recibir o dar por recibidos obras, bienes o servicios que no se ajusten a lo pactado o contratado, o que no se hubiere ejecutado;
c) Recomendar la contratación con una persona natural o jurídica comprendida en el régimen de las prohibiciones para contratar, siempre que haya conocido esta circunstancia antes de la recomendación;
d) Retrasar injustificadamente el trámite de pagos que deba cubrir la institución a sus proveedores o contratistas; y,
e) Retrasar injustificadamente la recepción de obras, bienes y servicios.

COMENTARIO
La suspensión sin goce de sueldo es de igual manera una sanción administrativa disciplinaria correctiva, que viene a ser un acto previo para la imposición de sanciones más graves. Consiste en dejar en suspensión la relación laboral que tienen el funcionario o empleado y la institución pública. En virtud de dicha suspensión la institución no abonará el salario o sueldo al empleado durante el tiempo que dure la suspensión, todo sin detrimento de las prestaciones sociales y previsionales. Entonces se convierte en una prohibición de realizar las funciones propias de su cargo con la correlativa privación del sueldo durante el lapso de la suspensión

Como se nota, las infracciones implican mayor gravedad y hasta cierto punto pasamos de la negligencia que podría ser la causal de las infracciones del artículo anterior, a un nivel grave de negligencia o al dolo, pues debe existir un grave descuido o un germen de intencionalidad de dañar, para realizar las conductas sancionadas con suspensión sin goce de sueldo.

De igual forma que en el artículo anterior, todas pueden ser constitutivas del delito de

Incumplimiento de Deberes de conformidad al artículo 321 Pn. Dentro de las infracciones encontramos la reincidencia en las infracciones sancionadas con amonestación por escrito; la recepción de objetos contractuales que no se ajusten a lo contratado y la recomendación para contratar a una persona que esté dentro del régimen de las "prohibiciones" que establece la LACAP. Todas las cuales afectan principalmente a las instituciones. En cambio, las otras dos: el retraso en la recepción o en el pago, tienden a afectar más al contratista. De las anteriores la infracción del literal c) tiene por sujetos activos a los miembros de la Comisión de Evaluación de Ofertas.

Causales de Despido

Art. 155.- Son causales de despido sin responsabilidad para el titular o el Concejo Municipal en su caso, respecto del funcionario, empleado público o municipal, que cometa alguna de las infracciones siguientes:(2)

a) Reincidir en alguna de las infracciones tipificadas en el artículo anterior, después de haber sido sancionado;
b) Suministrar información a algún ofertante que le represente ventaja sobre el resto de ofertantes o contratistas potenciales;
c) Recibir o solicitar dádivas, comisiones o regalías de los ofertantes o contratistas ordinarios o potenciales de la institución en la que labora;
d) Provocar que la institución incurra en pérdidas patrimoniales mayores que el monto equivalente a doce meses del salario devengado por el funcionario responsable al momento de cometer la infracción, siempre que la acción fuere realizada con dolo, fraude, impericia, negligencia o mala fe en el procedimiento para contratar o en el control de su ejecución;
e) Propiciar o disponer la fragmentación de las adquisiciones y contrataciones en contravención a lo dispuesto en esta Ley, tramitando contratos que por su monto unitario implicarían un procedimiento más riguroso que el seguido al fraccionarla; y,
f) Participar en actividades de capacitación organizadas o patrocinadas por los ofertantes o contratistas, dentro o fuera del país, que no formaren parte de los compromisos de capacitación, legalmente adquiridos en contrataciones administrativas.

COMENTARIO

El despido o destitución del cargo o puesto dentro de la organización administrativa es una suerte de sanción administrativa disciplinaria expulsiva que en virtud de graves infracciones del sujeto aparta a éste definitivamente de sus funciones por considerarlo un elemento indeseable para el normal y moral desarrollo de las mismas.

A excepción de literal d) el nivel de intencionalidad de las infracciones revela la falta de ética y moral del funcionario o empleado, quien comete verdaderos actos de corrupción que no pueden ser justificados con negligencia o error.

Dentro de las infracciones se encuentran: a) la reincidencia; b) el suministrar información a ofertantes cuando la misma le represente ventaja sobre sus

semejantes, aclarando que tal acto se encuadra en la prohibición del artículo 54 LACAP y constituye el delito de Revelación de Secreto (Art. 324 Pn); c) solicitar o aceptar dádivas, comisiones o regalías de los ofertantes o contratistas, que implica el delito de Cohecho Propio (Art. 330 Pn) o incluso el Cohecho Impropio (Art. 331 Pn), la Concusión (Art. 327 Pn) o las Negociaciones Ilícitas (Art. 328 Pn); d) el provocar que la institución incurra en pérdidas patrimoniales, sanción que debiera aplicarse a aquellos funcionarios por cuya actitud frente a un recurso de revisión no es posible revertir los resultados de una adjudicación, obligando a los ofertantes a acudir a la vía judicial del Contencioso Administrativo, tras la cual se obtiene la acción de indemnización de daños y perjuicios, debido a que el acto administrativo de adjudicación que se ha impugnado ya causó efectos irremediablemente; e) la práctica de la fragmentación o fraccionamiento en contravención a la prohibición de los artículos 58 y 70 LACAP; y la participación en "actividades de capacitación" patrocinadas por ofertantes o contratistas siempre que no formaren parte del objeto contractual.

Con relación a las "Dadivas", el artículo 7 de la Ley de Etica Gubernamental lo desarrolla de forma clara. De igual forma es tratado por el artículo 60 numeral 4 de la Ley de la Carrera Administrativa Municipal.

LEGISLACION MENCIONADA
CODIGO PENAL

CONCUSION
Art. 327.- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare a otro a dar o prometer a él o a un tercero, dinero u otra utilidad lucrativa, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo.

NEGOCIACIONES ILICITAS
Art. 328.- El funcionario o empleado público que debiendo intervenir por razón de su cargo, en cualquier contrato, licitación, subasta, decisión o cualquier operación, se aprovechare de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial del cargo o empleo por el mismo tiempo.

El funcionario o empleado público, que por razón de su cargo, interviniere en cualquier contrato, suministro, licitación o subasta en que estuviere interesada la Hacienda Pública y aceptare comisiones o porcentajes en dinero u otras dádivas que le ofrecieren los interesados o intermediarios, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si el funcionario o empleado público hubiere sido el que solicitare las comisiones o porcentajes, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte de su máximo.

La disposición del inciso primero, es aplicable a los árbitros, peritos, contadores y demás profesionales, respecto a los actos en que intervinieren por razón de su oficio, así como a los tutores y síndicos y a todo el que en virtud de cualquiera otra actuación legal interviniere en rendiciones de cuentas, particiones, concursos, liquidaciones y actos análogos.

COHECHO PROPIO

Art. 330.- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto contrario a sus deberes o para no hacer o retardar un acto debido, propio de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a seis años e inhabilitación especial del empleo o cargo por igual tiempo.

COHECHO IMPROPIO

Art. 331.- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva o cualquiera otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de la misma naturaleza, para realizar un acto propio de sus funciones o por un acto ya realizado propio de su cargo, será sancionado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo.

LEY DE ETICA GUBERNAMENTAL
Dádivas y favores.
Art. 7.- Los servidores públicos no podrán pedir o recibir dádivas, beneficios o favores en razón de:
a) Hacer, dejar de hacer, apresurar, o retardar trámites que correspondan a sus funciones;
b) Hacer valer su influencia en razón del cargo que ocupa, ante otro servidor público, con el objetivo de que éste haga, omita o retarde cualquier tarea propia de sus funciones.

Procedimiento y Competencia
Art. 156.- La autoridad competente para la imposición de las sanciones reguladas en este capítulo, será el respectivo titular de la institución y cuando la infracción fuere atribuible a éste, conocerá el superior correspondiente.

COMENTARIO
Se designa al titular como autoridad competente para la imposición de las sanciones. De esta forma expresamente se le confiere competencia sancionadora, cumpliéndose el artículo 14 de la Constitución de la República, en cuanto a que para imponer sanciones debe existir un Debido Proceso el que tiene como primer elemento la existencia previa de un Juez Natural designado por ley en virtud que por contener posibles afectaciones a los derechos de los funcionarios y empleados públicos y municipales, se encuentra dentro de la Zona de Reserva Legal, de acuerdo al artículo 246 de la Constitución de la República.

Comprobación
Art. 157.- Previo a la imposición de cualquiera de las sanciones determinadas en este capítulo, deberá comprobarse la infracción correspondiente, con audiencia del funcionario o empleado público a quien se le atribuyere.

Para ese efecto el titular comisionará al jefe de la Unidad Jurídica u oficina, quien instruirá las diligencias con base en los informes, denuncias o documentos en que se

indicare la infracción y la persona a quien se atribuyere.

Recibida la información anterior se ordenará su notificación extractada, con indicación precisa de la infracción a la persona imputada, quien tendrá tres días hábiles a partir del siguiente a la notificación, para responder y ejercer su defensa.

Si el presunto infractor no hiciere uso del término para su defensa, guardare silencio o confesare, el asunto quedará listo para resolver, salvo que por la naturaleza de los hechos fuere necesaria la apertura a pruebas, que no excederá de cuatro días hábiles contados después de su notificación al interesado. De igual manera se procederá cuando en su defensa el imputado solicitare la producción de pruebas.

Concluido el término probatorio o si la prueba no hubiere tenido lugar, deberá resolverse en definitiva de conformidad a la Ley, y de la resolución, sólo podrá interponerse recurso de revocatoria, dentro de las veinticuatro horas siguientes de la notificación respectiva. Interpuesta la revocatoria en tiempo, el funcionario resolverá lo que corresponda en la siguiente audiencia.

Se exceptúa de este procedimiento la sanción que se refiere a las amonestaciones por escrito a funcionarios o servidores públicos.

Todas las prohibiciones e infracciones sancionadas por esta ley, se aplicarán sin perjuicio de lo señalado en la Ley de la Corte de Cuentas de la República y demás disposiciones emitidas por ésta en su área de competencia.

COMENTARIO

Con el fin de resguardar el Derecho de Defensa de los presuntos infractores, se establece un procedimiento administrativo sancionador que tiene por objeto imponer las sanciones correspondientes con la intervención del inculpado. En tal procedimiento deben garantizarse todas y cada una de las garantías procesales. Por ello, la primera providencia del titular, es decir, el primer acto administrativo de trámite del titular debe ser dar por abierto el procedimiento administrativo sancionador, lo que equivale al auto cabeza del proceso. Tal acto tendrá como fundamento las pruebas y elementos de juicio que recabe en Jefe del Jurídico de la institución, pudiendo ser desestimatorio de abrir el procedimiento de sanción. Como un reflejo de las garantías que deben respetarse se establece el recurso de revocatoria que será interpuesto ante el funcionario que impuso la sanción. El anterior procedimiento no se aplicará a la amonestación por escrito, que tiene carácter de prevención.

Además de las sanciones administrativas reguladas en el presente capítulo, la ley dice que se impondrán las demás sanciones que establezcan otras leyes que regulen las mismas situaciones, lo que podría vulneral el Principio Non Bis in.

CAPÍTULO II
SANCIONES A PARTICULARES

Exclusión de Contrataciones

Art. 158.- La institución inhabilitará para participar en procedimientos de contratación administrativa, por un período de uno a cinco años según la gravedad de la falta, al contratista que incurra en alguna de las conductas siguientes:

a) Afectare reiteradamente los procedimientos de contratación en que participe o invocare hechos falsos para obtener la adjudicación de las contratación;
b) Obtuviere ilegalmente información confidencial que lo sitúe en ventaja respecto de otros competidores;
c) Suministrare dádivas, directamente o por intermedio de otra persona, a los funcionarios o empleados involucrados en un procedimiento de contratación administrativa, o acreditarse falsamente la ejecución de obras, bienes o servicios en perjuicio de la institución contratante;
d) Suministrare un bien, servicio u obra de inferior condición o calidad del pactado o contratado;
e) Participare directa o indirectamente, en un procedimiento de contratación, pese a estar excluido por el régimen de prohibiciones de esta Ley;
f) DEROGADO;(2)
g) DEROGADO;(2)
h) No suscribiere el contrato en el plazo acordado o señalado, sin causa justificada y comprobada; e,
i) Hubiere reincidido en las conductas contempladas en los literales anteriores.

j) "Haber sido sancionado de conformidad al Art. 25 letra c) de la Ley de Competencia." (6)

La exclusión deberá hacerse por resolución razonada y de todo lo actuado, la UACI deberá informar a la UNAC.

COMENTARIO

Hábil es la persona que tiene la competencia o capacidad para desarrollar una actividad determinada. La inhabilitación es una sanción administrativa contravencional excluyente que inhibe a un sujeto para participar en procedimientos de selección de contratistas, considerándolo inhábil debido a actos graves de engaño, fraude, mala fe o similares. Debe aclararse que la inhabilitación no es una sanción por incumplimiento. La LACAP establece como sanciones por incumplimiento las multas y la caducidad. La inhabilitación procede por actos de ofertantes o contratistas que revelan un comportamiento alejado de la moral, la etica o la legalidad, afectando la libre competencia o concurrencia y la igualdad en los procedimientos de selección o la ejecución contractual.

No entiendo la causal del literal i) pues se refiere a la reincidencia. La verdad es que solo se puede tomar como reincidente al que se comprobó que sí efectivamente cometió una infracción e intenta volver a realizarla. Entonces, si ya cometió, deberá tener su sanción por hacerlo. Al contrario, si no la cometió no existirá reincidencia. Por otro lado, si la reincidencia implica el cometimiento de una nueva infracción, implicará asimismo una nueva sanción, entonces, la causal para inhabilitar no debiera ser la reincidencia sino una nueva infracción.

Se prevé que de toda inhabilitación se informe a la UNAC para darle cumplimiento a

la potestad establecida en el artículo 7 literal i) LACAP. Por tanto, una costumbre sana es que las instituciones, en cada procedimiento de selección de contratistas consulten a la UNAC sobre la habilidad de los ofertantes elegibles.

La última reforma a la LACAP, vigente desde febrero de 2005, establece una nueva causal de inhabilitación: haber sido sancionado de conformidad al artículo 25 letra c) de la Ley de Competencia. De acuerdo al primer inciso del artículo 38 de la Ley de Competencia las sanciones a aplicar por esa ley consistirán en multas. Entonces, se sancionará con multa y además con inhabilitación, pero ¿qué es lo que se va a sancionar en la LACAP?

Al leer la reforma nos percatamos que la causal de inhabilitación a diferencia de las otras, no es una conducta imputable a quien será sancionado, pues la ley dice: que "la institución inhabilitará" "al contratista que incurra en alguna de las conductas siguientes:" y la reforma dice "haber sido sancionado de conformidad al Art. 25 letra c) de la Ley de Competencia". ¿Cuál es la conducta del contratista? No hay coherencia entre el texto legal y la reforma, pues ésta no se refiere a una conducta del contratista sino a la de una autoridad administrativa que impone la multa. La reforma no recogió un elemento básico para imponer una sanción administrativa como es el supuesto de hecho tipificado como infracción que según el enunciado del artículo 158 LACAP debe ser una conducta imputable al potencial sancionado. Por ello, sin detrimento del Non Bis in Idem, estimo que tal sanción será de difícil aplicación.

LEGISLACION MENCIONADA
LEY DE LA COMPETENCIA

Art. 25.- Se prohíben las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores las cuales, entre otras, adopten las siguientes modalidades:

a) Establecer acuerdos para fijar precios u otras condiciones de compra o venta bajo cualquier forma:
b) Fijación o limitación de cantidades de producción;
c) Fijación o limitación de precios en subastas o en cualquier otra forma de licitación pública o privada, nacional o internacional, a excepción de la oferta presentada conjuntamente por agentes económicos que claramente sea identificada como tal en el documento presentado por los oferentes; y
d) División del mercado, ya sea por territorio, por volumen de ventas o compras, por tipo de productos vendidos, por clientes o vendedores, o por cualquier otro medio.

Efecto de no Pago de Multas
Art. 159.- No se dará curso a nuevos contratos con el mismo ofertante, mientras éste no haya pagado las multas o el valor del faltante o averías, a que haya habido lugar por incumplimiento total o parcial del contrato.

COMENTARIO
Como una motivación para que los contratistas a quienes se les haya impuesto una

multa la paguen, se establece que no se celebrarán nuevos contratos con contratistas que deban el valor de multas por incumplimiento.

Procedimiento
Art. 160.- Para la aplicación de las sanciones establecidas en el presente capítulo, se observará el procedimiento detallado en el capítulo precedente, en todo lo que fuere aplicable.

COMENTARIO
Sabiendo que van a aplicarse sanciones contravencionales excluyentes que afectarán el derecho de libertad de los ofertantes, se establece que para determinar su aplicación, se deberá seguir el procedimiento establecido para sancionar a funcionarios y empleados públicos y municipales establecido en el artículo 157 LACAP. Si bien el artículo hace la aclaración que se usará en todo lo que fuere aplicable, es evidente su aplicación total para la aplicación de sanciones a los particulares.

TÍTULO VIII
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

CAPÍTULO I
ARREGLO DIRECTO Y ARBITRAJE

Resolución de Diferencias
Art. 161.- Para resolver las diferencias o conflictos que surgieren durante la ejecución de los contratos, se observará el procedimiento establecido en este capítulo, en particular el arreglo directo y el arbitraje de árbitros arbitradores.

COMENTARIO
No se previó la vía judicial para la solución de los conflictos que surjan durante la ejecución de los contratos. El mecanismo que legalmente se ordena descansa sobre los métodos alternos de solución de conflictos. Por ello, la LACAP de forma imperativa establece que debe seguirse el arreglo directo y el arbitraje de árbitros arbitradores de conformidad al artículo 23 de la Constitución de la República, que establece el derecho fundamental de resolver las disputas por este medio, con lo cual queda claro que una institución no puede oponerse al arbitraje.

Cuando Recurrir al Arbitraje
Art. 162.- agotado el procedimiento de arreglo directo, si el litigio o controversia persistiere, las partes podrán recurrir al arbitraje.

COMENTARIO
El acápite de este artículo aclara muchas situaciones sobre la obligatoriedad del arbitraje, y para entenderlo, debemos leer el artículo anterior que no deja duda. Nos

plantea que se acudirá al arbitraje cuando las partes hayan agotado la etapa previa y obligatoria del arreglo directo, no debe entenderse ese "podrá", como característico de las potestades discrecionales y no es que plantee una opción. **El arbitraje es obligatorio.** No podría ser de otra forma pues la Constitución en el artículo 23 establece que: ***"Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento".*** Y no se nos puede obligar a renunciar al arbitraje. Tampoco puede decirse que tal facultad es solo para las personas y los comerciantes y no se aplicará al tema de los contratos administrativos, pues los administrados igual son personas y comerciantes y en todo caso, si se les confiere tal derecho a unos, por igualdad debe conferírseles a los otros, es decir, lo que tienen las personas y los comerciantes, por igualdad debe dársele a los administrados.

Esa obligatoriedad se funda en que la LACAP quiere salidas ágiles para no entorpecer la ejecución contractual que se vería frustrada por un pleito judicial. Eso no puede ser lo que ordena la LACAP.

SECCIÓN I
ARREGLO DIRECTO

Definición
Art. 163.- Por el arreglo directo, las partes contratantes procuraran la solución de las diferencias sin otra intervención que la de ellas mismas, sus representantes y delegados especialmente acreditados, dejando constancia escrita en acta de los puntos controvertidos y de las soluciones, en su caso.

COMENTARIO
El arreglo directo implica que las partes interesadas (la institución y el contratista) se reunirán para resolver los conflictos suscitados durante la ejecución contractual. Los concurrentes a las reuniones de arreglo directo serán los representantes legales o sus apoderados especialmente designados y facultados, pues de nada sirve reunirse con representantes que no tienen facultades y por ello lo más que pueden hacer es recibir y llevar las propuestas a sus superiores. Ese no es el objetivo del arreglo directo. Éste implica procurar de forma efectiva y eficiente la solución a los conflictos planteados, para ello los representantes deben estar acreditados e instruidos hasta donde llegar. Otro elemento deseable para lograr una solución real a los conflictos es establecer cronogramas de reuniones, orden de participación, propuestas, etc.

Solución del Arreglo Directo
Art. 164.- Cuando una de las partes solicitare el arreglo directo, dirigirá nota escrita a la contraparte, puntualizando las diferencias y solicitará la fijación del lugar, día y hora para deliberar, asunto que deberá determinarse dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud.

Recibida la comunicación que solicite el arreglo directo, se convocará por escrito al solicitante para fijar el lugar, día y la hora a que se refiere el inciso anterior, la otra parte podrá introducir los puntos que estime conveniente.

Cuando la institución contratante fuere la solicitante del arreglo directo, en la misma solicitud se indicará el lugar, día y la hora en que deberán reunirse las partes para la negociación.

COMENTARIO
El artículo establece un procedimiento para la solicitud del arreglo directo, diferenciado en el inciso segundo cuando es solicitado por el contratista y en el tercero cuando es solicitado por la institución.

Existe una contradicción entre el 1° y 2° inciso: el primero dice que solicitará día, hora y lugar para deliberar, es decir que la institución lo definirá, en el segundo dice que se reunirán para determinarlo. Pienso que lo correcto es que se defina por escrito y no se espere a tener una reunión para definirlo, pues se atrasaría más la solución al conflicto.

No queda clara la ambigua expresión final del inciso primero “asunto que deberá determinarse dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud”. Cuando habla de asunto ¿se refiere a la solicitud o al conflicto? Lo recomendable sería que se refiriera al conflicto, pues de tal forma se tendría que dar una respuesta rápida a la solicitud y en su caso, empezar las reuniones de arreglo directo. En tal sentido se pronuncia Cabanellas al definir el significado de asunto, equiparándolo a pleito o conflicto, por tanto lo que quiere la ley es una solución rápida al conflicto en sí y no se refiere a la simple respuesta de cuándo y dónde reunirnse.

SECCIÓN II
ARBITRAJE

Arbitraje de Arbitros Arbitradores
Art. 165.- Intentado el arreglo directo sin hallarse solución a alguna de las diferencias, podrá recurrirse al arbitraje de árbitros arbitradores con sujeción a las disposiciones que les fueren aplicables de conformidad a las leyes pertinentes, teniendo en cuenta las modificaciones establecidas en este capítulo.

COMENTARIO
Cumplido el requisito previo de intentar en arreglo directo, en los puntos en los que no se hay encontrado solución –que pueden ser todos- se podrá intentar el arbitraje.

Una situación interesante de nuestra legislación es que el presente artículo dispone que el arbitraje será de árbitros arbitradores y que se regulará de conformidad a las leyes pertinentes, que en la época de entrada en vigencia de la LACAP eran el Código de Procedimientos Civiles, la Ley de Procedimientos Mercantiles y el Código de Comercio, leyes que en lo pertinente a la solución de conflictos fueron derogadas

por la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje (en adelante LMCA), que hoy día es la ley pertinente.

Arbitraje con más de un Arbitro
Art. 166.- Cuando el arbitraje recayere en dos o más árbitros, cualquiera sea la calidad en que se les designe, todos deberán concurrir sin excepción en las deliberaciones, audiencias y resoluciones.

El árbitro que deba intervenir en calidad de tercero para dirimir y resolver discordias, será nombrado de común acuerdo por los árbitros designados por las partes, dentro de los siete días hábiles siguientes a la juramentación de éstos, quienes lo juramentarán e instruirán del asunto.

Transcurrido el plazo anterior, sin haberse designado al árbitro en calidad de tercero en discordia, cualquiera haya sido el motivo, podrá acudirse al Juez que juramentó a los árbitros para que haga la designación dentro del plazo de quince días, contados a partir de la fecha en que se recibiere el aviso de no haberse efectuado el nombramiento.

Con todo, si en el Juez concurriere respecto de las partes o de sus abogados, alguna causal de recusación, excusa o impedimento, éste la manifestará y se abstendrá de hacer la designación y convocará al Juez suplente para ese efecto. Si el Juez no hiciere tal manifestación, podrá ser recusado por el interesado.

Para la sola juramentación de los árbitros designados por las partes, es intrascendente la concurrencia de causales de excusa, recusación o impedimento en el Juez.

COMENTARIO
El presente artículo establece varias situaciones: que todos los árbitros deben concurrir a todas las actuaciones; que el tercero en discordia será nombrado por los otros árbitros, estableciendo un plazo de siete días hábiles al efecto; que en caso de no acordarse tal nombramiento podrá acudir se al juez que juramentó a los otros dos; y que si el Juez fuese recusable o tuviese impedimento deberá ser excluido.

Con relación a tales situaciones podemos realizar las siguientes reflexiones: a) la LMCA establece en su artículo 34 el número de árbitros que siempre será impar, si las partes no están de acuerdo serán tres si la controversia es de mayor cuantía y uno si es de menor cuantía, tal como lo regula en artículo 6 LMCA. En el caso de tres árbitros, de conformidad al artículo 37 LMCA, dos serán nombrados por las partes y el tercero por los dos anteriores, que deberán respetar el plazo de siete días hábiles establecido en el inciso 2º del presente artículo.

La situación se pondría interesante si los árbitros no se ponen de acuerdo en dicho plazo, pues la LACAP ordena que el tercero sea nombrado por el Juez que juramentó a los dos anteriores, pero debe recordarse que la figura de la

juramentación fue derogada por la LMCA, entonces no existe la figura del Juez que juramentó. ¿Quién nombrará a tal árbitro si los dos primeros árbitros no se ponen de acuerdo? La solución es que aplicando el 2° inciso del Art. 37 LMCA lo nombre un centro de arbitraje.

Reclamos en el Arbitraje
Art. 167.- En la demanda de arbitraje únicamente se podrán introducir los puntos planteados en el arreglo directo que no hayan sido resueltos. La parte demandada podrá introducir en su defensa nuevos hechos o argumentos, y aún contrademandar, siempre que la contrademanda tuviere relación directa con los hechos planteados en la demanda.

COMENTARIO
La materia del arbitraje será únicamente los puntos no resueltos en el arreglo directo. Por consiguiente será prudente valorar e introducir todos los puntos de conflicto desde al arreglo directo a fin de conocerlos en él o más adelante en el arbitraje. Si existieren conflictos sobrevivientes, creo que deberá iniciarse un nuevo arreglo directo, para de esa forma introducir los puntos al arbitraje, sobre todo si no se la interpuesto la demanda ante el tribunal arbitral.

Plazos
Art. 168.- Los plazos a que se sujetará el procedimiento arbitral y el pronunciamiento del laudo, se contará únicamente en días hábiles y empezarán al día siguiente de la juramentación de los árbitros, salvo que el tribunal de arbitraje no estuviere completamente integrado, en cuyo caso los plazos se iniciarán a partir del día siguiente de su integración.

Cualquier plazo se suspenderá por la muerte o incapacidad comprobada de cualquiera de los árbitros, y la suspensión durará hasta el correspondiente reemplazo o restitución ante el tribunal que juramentó a los sustituidos.

COMENTARIO
A falta de regulación legal en la LACAP y si las partes no lo han convenido se aplicarán las reglas del arbitraje ad hoc contenidas en el artículo 47 LMCA. Mientras que el artículo 58 LMCA toma por hábiles todos los días, el presente artículo limita el tiempo del arbitraje a días hábiles. El plazo para resolver deberá ser el del artículo 49 LMCA que es de tres meses contados a partir de la constitución del tribunal arbitral.

En casos no imputables a las partes podrá suspenderse el arbitraje debiendo coordinarse el presente artículo con el 50 LMCA.

Remuneraciones
Art. 169.- Concluido el arbitraje, los árbitros serán remunerados por ambas partes a

prorrata y, en su caso, se les dotará oportunamente para el pago de viáticos y otros gastos, que se ocasionaren en el curso del arbitraje. Esta dotación deberá solventarse inmediatamente después de la determinación de la cuantía, debidamente comunicada por los árbitros, de todo lo cual se llevará cuenta documentada.

COMENTARIO

De acuerdo a los artículos 41 y 74 LMCA y al presente, las partes deberán dotar a los árbitros de las sumas de dinero necesarias para lograr su cometido, sin detrimento de los honorarios que serán pactados con cada interesado.

LEGISLACION MENCIONADA

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA

Art. 23.- Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.

LEY DE MEDIACION, CONCILIACION Y ARBITRAJE

Cuantía

Art. 6.- Para los efectos de la presente ley, se considerarán asuntos de mayor cuantía aquéllos en los cuales las pretensiones sean iguales o superiores a veinticinco mil colones y de menor cuantía los que tuvieren un monto inferior al indicado.

Art. 25.- Podrán someterse a arbitraje las controversias en las que el Estado y las personas jurídicas de derecho público son partes interesadas, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.

En las controversias derivadas de los contratos que el Estado Salvadoreño o las personas de derecho público celebren con nacionales o con extranjeros, se estará a lo dispuesto en leyes especiales o en tratados o convenios internacionales y, en su defecto, a lo establecido por esta ley.

Podrán conocer del arbitraje para este tipo de controversias los Centros establecidos por la presente Ley.

Las empresas de derecho privado con capital estatal o las de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refiere a sus bienes propios, sean sometidas a Arbitraje.

Número de Arbitros

Art. 34.- Las partes determinarán el número de árbitros que, en todo caso, será impar. A falta de acuerdo de las partes los árbitros serán tres, si la controversia es de mayor cuantía, o uno, si ella es de menor cuantía.

Designación

Art. 37.- Las personas podrán designar los árbitros de manera directa y de común acuerdo o delegar en un tercero, persona natural o jurídica, la designación parcial o total de los árbitros.

Si no hubiere acuerdo entre las partes en elección de los árbitros, cada parte elegirá uno y los dos árbitros designados elegirán un tercero, quien será el Presidente del Tribunal Arbitral.

En el arbitraje con árbitro único si alguna de las partes estuviere renuente a la designación, o no hubiere acuerdo entre las mismas o si los dos árbitros o el tercero delegados no pudieren acordar la designación del que faltare, éste o éstos serán designados por el Centro de Arbitraje que corresponda, cuando se trate de arbitraje institucional o tratándose del arbitraje ad-hoc, por cualquiera de las instituciones arbitrales que estuvieren legalmente establecidas en el lugar del domicilio donde habrá de llevarse el arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes.

Honorarios y Gastos
Art. 41.- Los árbitros o el Centro de Arbitraje, en su caso, podrán exigir en cualquier momento a las partes la provisión de fondos que estime necesaria para atender a los honorarios de los árbitros y a los gastos que puedan producirse en la administración y tramitación del arbitraje o el ajuste de los mismos, si las condiciones del caso así lo ameritan Los pagos habrán de producirse en la forma y momento en que los árbitros o la institución, así lo determinen. Los Centros, en sus reglamentos, deben establecer la cuantía y forma de pago de los honorarios de los árbitros, del Centro y los demás costos y gastos del trámite arbitral, siendo de obligatorio cumplimiento para las partes su observancia.

Reglas del Arbitraje Ad-hoc
Art. 47.- Salvo disposición en contrario adoptada por las partes o los árbitros, conforme a los términos del artículo precedente, el procedimiento arbitral, para el arbitraje ad-hoc, se sujetará a las siguientes reglas:

Demanda, Contestación, Plazos y Excepciones:
1. La parte que promueva la iniciación del arbitraje, deberá presentar ante los árbitros su demanda junto con sus anexos, dentro de los ocho días hábiles contados a partir de la aceptación del último Arbitro.

Recibida la demanda se correrá traslado de la misma de manera inmediata al demandado, quien tendrá ocho días hábiles para presentar su contestación, junto con los anexos respectivos. En este mismo plazo y oportunidad deberá presentar sus excepciones y demanda de reconvención si fuere el caso.

De las excepciones y la demanda de reconvención, en su caso, se correrá traslado al demandante para pronunciarse al respecto para cuyo efecto contará con diez días hábiles. En caso de proponer excepciones contra ella se dará el traslado en la forma y términos de la demanda principal.

Anexos a la demanda, su contestación o la demanda de reconvención, deberá agregarse toda la prueba documental que se pretenda hacer valer; en caso de no tenerla, se indicará su contenido, el lugar en que se encuentra y se pedirá su incorporación al proceso.

Caducidad y Rebeldía:
2. En caso de que quien promueva la actuación arbitral no presentare su demanda dentro de la oportunidad prevista o no lo hiciere cumpliendo los requisitos legales, el Tribunal dará por terminadas sus funciones y devolverá las actuaciones a fin de que las partes

promuevan su acción ante la justicia ordinaria.

No habrá acuse ni declaratoria de rebeldía, por lo que a falta de contestación de la demanda, el trámite continuará su curso.

Cita a Conciliación:

3. Vencidos los plazos antes indicados, los árbitros citarán a las partes a una audiencia de conciliación en la forma que previene esta ley. En caso de llegarse a un acuerdo los árbitros darán por terminado el trámite. Las partes podrán solicitar del Tribunal que el arreglo logrado sea elevado a la categoría de laudo arbitral definitiva.

Prueba:

4. De no llegarse a un acuerdo total de las pretensiones, se continuará con el trámite en lo que hace relación a la evacuación de las pruebas las que, excepción hecha de las de carácter documental, serán practicadas en audiencia y deberán producirse dentro del plazo máximo de treinta días hábiles, contados desde la fecha de la contestación de la demanda o de la reconvención.

Alegatos:

5. Evacuadas las pruebas los árbitros podrán solicitar a las pares la presentación de un resumen escrito de sus alegaciones.

Laudo:

6. Verificado lo anterior, los árbitros procederán a emitir el laudo para lo cual deberán tener en cuenta el plazo máximo establecido para trámite arbitral en la presente ley.

Procedimiento de Mero Derecho:

1. En aquellos eventos en que la materia disputada sea de mero derecho, una vez concluidas las diligencias a que se refiere el numeral 1 precedente, se dará curso a la audiencia de conciliación regulada en el numeral 3 anterior. De no haber acuerdo o siendo ése parcial, el Tribunal procederá, de inmediato, a pronunciar su laudo, para lo cual contará con un plazo de quince días hábiles, si las partes no han fijado un plazo diferente. En el Arbitraje Institucional o en el evento de que el procedimiento sea establecido por las partes o los árbitros, conforme a lo establecido en esta ley, se aplicará lo dispuesto en este numeral, salvo disposición de las partes en contrario.

Procedimiento de Menor Cuantía:

2. En aquellos eventos en que se trate de arbitraje de menor cuantía, las partes podrían solicitar a los árbitros que, una vez concluidas las diligencias a que se refiere el numeral 1 precedente y fracasada la audiencia a que se refiere el numeral 3 anterior, se proceda en una sola audiencia a la práctica de pruebas y al dictado del laudo respectivo dentro de los cinco días hábiles siguientes a la práctica de las mismas. De no solicitarlo o en caso de no existir un procedimiento diferente, se aplicará el procedimiento establecido en este artículo.

Inicio y Duración del Procedimiento

Art. 49.- El procedimiento Arbitral se entiende iniciado cuando el último de los árbitros designados haya manifestado a las partes por escrito su aceptación del cargo. A partir de ese momento se contará el plazo de duración del Tribunal Arbitral que, salvo pacto en contrario de las partes, no podrá ser superior a tres meses, sin perjuicio de que las partes, de común acuerdo y en forma previa a su vencimiento, decidan prorrogarlo.

Transcurrido el plazo sin que se hubiere dictado el laudo, quedará sin efecto el convenio arbitral y expedita la vía judicial para plantear la controversia.

Suspensión Temporal y Desistimiento
Art. 50.- Las partes de común acuerdo, podrán en cualquier momento antes de dictarse el laudo, convenir el desistimiento del arbitraje o la suspensión del Trámite Arbitral; de igual manera se suspenderá en caso de muerte, renuncia, incapacidad definitiva, incapacidad temporal mayor de quince días o separación de un Arbitro, hasta tanto se haya reemplazado éste y el Arbitro designado haya aceptado el cargo.

En cualquiera de los casos a que se ha hecho referencia, el término de suspensión del proceso no se tendrá en cuenta para efectos del cómputo del plazo máximo de duración del trámite arbitral y, en consecuencia, deberá ser descontado en su totalidad.

Días y horas hábiles
Art. 58.- Para la práctica de las actuaciones arbitrales, todos los días y horas son hábiles.

TÍTULO IX

CAPÍTULO UNICO
DISPOSICIONES GENERALES, DEROGATORIAS Y VIGENCIA

Art. 170.- Atendiendo a las disposiciones de esta Ley y a las demás que de ella emanen, el Ministerio de Economía, dictará las normas que deban observar las dependencias y entidades, y que tengan por objeto promover la participación de las empresas nacionales especialmente de la micro, pequeñas y medianas, con excepción de las Municipalidades que por su propia autonomía dictarán las normas a que se refiere este decreto.(2)

COMENTARIO
Estas normas todavía no han sido emitidas.

Reglamento y Transitoriedad
Art. 171.- El Presidente de la República deberá aprobar el Reglamento de la presente Ley, dentro de los noventa días posteriores a la vigencia de ésta.

Todas las adquisiciones y contrataciones que se hubieren celebrado bajo la vigencia de la legislación anterior y de las que se haya iniciado el proceso, continuarán rigiéndose por la misma hasta su conclusión; salvo si se introdujeren modificaciones a la relación contractual, posteriores a la vigencia de esta Ley.

COMENTARIO
El RELACAP está vigente desde el 5 de noviembre de 2005.

Transitorio
Art. 172.- Mientras no se aprueben el o los reglamentos de aplicación de la presente

ley, las adquisiciones y contrataciones que se realicen a partir del momento en que entre en vigencia el presente decreto, serán reguladas conforme a lo estipulado en las disposiciones que para tal efecto contiene esta ley.

COMENTARIO
Aún cuando el RELACAP ya está vigente, éste no puede regular por sobre la LACAP. Si bien es cierto que este régimen transitorio ya pasó eso no quiere decir que el reglamento prevalecerá.

Carácter Especial de la Ley
Art. 173.- Las disposiciones de esta ley, por su especialidad prevalecerán sobre cualquiera otra que con carácter general o especial regule la misma materia. Para su derogatoria o modificación se le deberá mencionar expresamente.

COMENTARIO
La materia por la que la LACAP tiene especialidad es lo relativo a las adquisiciones y contrataciones, los contratos administrativos. Téngase en cuenta que para esta materia especial, el Derecho Administrativo es el Derecho Común en cuanto a Derecho Público se refiere.

Debe considerarse que la LACAP con su vigencia modificó regímenes como por ejemplo el sancionatorio que detentan algunas instituciones por medio de su manual de clasificación de contratistas, que no es instrumento legal para sancionar (es sanción, pues restringe el Derecho de Libertad) y que frente a la LACAP que es ley posterior, especial y que por ser ley es superior a un manual, éste último queda sin efecto. Se espera que el sistema judicial, en su momento, haga gala de independencia y reconozca tal realidad, pues pretender mantener el status que de instituciones que actúan al margen de la ley, no puede ser ni ético, ni constitucional.

Derogatoria
Art. 174.- A partir de la vigencia de la presente Ley quedan derogados los siguientes Decretos y sus reformas:

a) Decreto Legislativo N° 280 de fecha 19 de diciembre de 1945, publicado en el Diario Oficial N° 283, Tomo N° 139, del 26 de diciembre del mismo año, que contiene **Ley de Suministros**.
b) Decreto Legislativo N° 976 de fecha 27 de febrero de 1953, publicado en el Diario Oficial N° 42, Tomo N° 158, del 3 de marzo del mismo año, que contiene **Ley de Suministros para el Ramo de Obras Públicas**.
c) Los capítulos IV y V de las **Disposiciones Generales y Especiales de Presupuestos**, en lo relacionado con las compras y suministros, contenidos en el Decreto Legislativo N° 3 de fecha 23 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial N° 239, tomo N° 281 del mismo mes y año.
d) Decreto de la Junta Revolucionaria de Gobierno N° 1083 de fecha 14 de abril de 1982, publicado en el Diario Oficial N° 67, Tomo N° 275 del 14 de abril del mismo año, que contiene **Ley de Suministros del Ramo de Salud**

Pública y Asistencia Social.

e) Disposiciones que contradigan el contenido de la presente ley, inclusive las de la Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa y del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

COMENTARIO

Debe notarse que en el literal c) la LACAP es clara al manifestar que la derogatoria opera solo sobre las disposiciones que se refieran a contratos administrativos (adquisiciones y contrataciones). Evidentemente, la LACAP, también viene de reformar las normas sobre sanciones administrativas existentes relacionadas con las adquisiciones y contrataciones. Las normas de la DGP que contengan elementos que no se refieran a dicha materia continúan vigentes.

Vigencia

Art. 175.- El presente Decreto entrará en vigencia cuarenta y cinco días después de su publicación en el Diario Oficial.

COMENTARIO

La presente ley entró en vigencia en 29 de junio de 2000. Sin embargo, en el caso de las municipalidades cobró vigencia a partir del 1º de enero de 2001.-

---

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los cinco días del mes de abril del año dos mil.

JUAN DUCH MARTÍNEZ,
PRESIDENTE.

GERSON MARTÍNEZ,
PRIMER VICEPRESIDENTE.

CIRO CRUZ ZEPEDA PEÑA,
SEGUNDO VICEPRESIDENTE.

RONAL UMAÑA,
TERCER VICEPRESIDENTE.

NORMA FIDELIA GUEVARA DE RAMIRIOS,
CUARTA VICEPRESIDENTA.

JULIO ANTONIO GAMERO
PRIMER SECRETARIO.

JOSÉ RAFAEL MACHUCA ZELAYA,
SEGUNDO SECRETARIO.

ALFONSO ARISTIDES ALVARENGA,
TERCER SECRETARIO.

GERARDO ANTONIO SUVILLAGA GARCÍA,
CUARTO SECRETARIO.

ELVIA VIOLETA MENJIVAR,
QUINTA SECRETARIA.

JORGE ALBERTO VILLACORTA MUÑOZ,
SEXTO SECRETARIO.

CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los doce días del mes de abril del año dos mil.
PUBLÍQUESE,

FRANCISCO GUILLERMO FLORES PÉREZ,
Presidente de la República.

JOSÉ LUIS TRIGUEROS,
Ministro de Hacienda.

D.L. N° 868, del 5 de abril del 2000, publicado en el D.O. N° 88, Tomo 347, del 15 de mayo del 2000.

REFORMAS:
D.L. N° 204, del 30 de noviembre de 2000, publicado en el D.O. N° 238, Tomo 349, del 19 de diciembre de 2000.
(1) D.L. N° 204, del 30 de noviembre de 2000, publicado en el D.O. N° 238, Tomo 349, del 19 de diciembre de 2000.
(2) D.L. N° 244, del 21 de diciembre de 2000, publicado en el D.O. N° 11, Tomo 350, del 15 de enero de 2001.
(3) D.L. N° 593, del 31 de octubre de 2001, publicado en el D.O. N° 222, Tomo 353, del 23 de noviembre de 2001.
(4) D.L: N° 66, del 10 de julio del 2003, publicado en el D.O. N° 178, Tomo 360, del 26 de noviembre del 2003.
(5) D.L. N° 222, del 4 de diciembre de 2003, publicado en el D.O.N° 237, Tomo 361, del 18 de diciembre del 2003.
(6) D.L. Nº 571, del 06 de enero del 2005, publicado en el D.O. Nº 28, Tomo 366, del 09 de febrero del 2005.
(7) D.L. Nº 909, del 14 de diciembre del 2005, publicado en el D.O. Nº 8, Tomo 370, del 12 de enero del 2006.

DECRETO N°. 98.

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

I. Que mediante Decreto Legislativo N° 868, de fecha 5 de abril de 2000, publicado en el diario Oficial N° 88, Tomo N° 347, del 15 de mayo de ese mismo año, se emitió la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, la que tiene por objeto regular las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios que deben celebrar las instituciones de la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines;

II. Que es necesario decretar el Reglamento de a Ley enunciada en el considerando anterior, a fin de facilitar y asegurar la aplicación de la misma.

POR TANTO,

en uso de sus facultades constitucionales,

DECRETA el siguiente:

REGLAMENTO DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

TÍTULO I
OBJETO, PRINCIPIOS BASICOS, CONVENIOS Y CONTRATOS NO SUJETOS A LA LEY

CAPÍTULO ÚNICO

Objeto

Art. 1.- El presente Reglamento tiene por objeto regular, desarrollar y facilitar la aplicación de las normas contenidas en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, que en lo sucesivo podrá abreviarse la Ley o LACAP, en lo relativo a la adquisición y contratación de obras, bienes y servicios.

En el contenido de este reglamento se hará uso de las siguientes abreviaturas:

a) Instituciones de la Administración Pública: Las Instituciones
b) Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública: UNAC
c) Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional: UACI

COMENTARIO
De conformidad a la facultad del artículo 168 ordinal 14 de la Constitución de la República, el Presidente de la República emite el Reglamento de Ejecución de la LACAP para facilitar y asegurar la aplicación de la misma.

No debe perderse de vista jamás que de conformidad al Principio de Jerarquía Normativa contenido en los artículos 246 y 168 ordinal 14º de la Constitución de la República, el reglamento de ejecución está bajo normas superiores como son la Constitución de la República, los tratados y las leyes. En ese sentido, el reglamento es una norma secumdum legem, es decir, de acuerdo a la ley previa y no viene a reformar a la ley. Por tanto, cuando una norma reglamentaria se oponga a la LACAP o a la Constitución de la República, se debe tomar como no escrita. Por ejemplo, si en el reglamento se establecen más requisitos de los previstos legalmente para una determinada situación, si tales requisitos afectan derechos fundamentales o violan la ley, se tomaran como no escritos. Incluso, de acuerdo al artículo 3 literal c) de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pueden impugnarse los actos que se emitan aplicando normas reglamentarias ilegales.

Se establece el objeto o razón de ser del RELACAP, que pretende regular, desarrollar, y facilitar la aplicación de la LACAP. Se oficializa la expresión LACAP para designar a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. Se retoman las abreviaturas de los artículos 2 inciso final, 6 inciso final y 9 inciso 1º LACAP.

Principios básicos
Art. 2.- Para las adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública regirán los siguientes principios: la publicidad, la libre competencia e igualdad, la racionalidad del gasto público y la centralización normativa y descentralización operativa.
Para los efectos del presente reglamento se entenderá por:

a) **Publicidad:** el acceso que los interesados tienen a la información relacionada con los procesos de adquisición y contratación que desarrollan las Instituciones y la difusión de éstos a través de los medios establecidos en la Ley.
b) **Libre competencia e igualdad:** propiciar la participación del mayor número de ofertantes en las condiciones previstas por la Ley y que éstas proporcionen las mismas oportunidades, sin favorecer o perjudicar a los participantes.
c) **Racionalidad del gasto público:** la utilización eficiente de los recursos en la adquisición y contratación de los bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de las facultades, deberes y obligaciones que corresponden a las Instituciones.
d) **Centralización normativa y descentralización operativa:** se entiende por centralización normativa, la facultad de ejercer en forma centralizada la formulación de lineamientos o directrices de carácter normativo, complementarios para la ejecución de la Ley y este Reglamento; se entiende por descentralización operativa la facultad de las Instituciones para proceder

con independencia y responsabilidad en la ejecución de la LACAP y este Reglamento.

COMENTARIO
El valor de los Principios del Derecho, como fuente de Derecho, va de acuerdo a su ubicación como norma. Si el principio se ubica en la Constitución, tendrá rango constitucional, si se ubica en la ley, rango legal. Dada la importancia de los principios enunciados en el presente artículo, debieron ser enunciados en la ley. Sin embargo, debe tomarse en consideración que la Libre Competencia e Igualdad, ya están reconocidos en los artículos 8 y 3 de la Constitución de la República, que establecen el Principio General de Libertad –de cual la Libre Competencia emana- y la Igualdad.

Por otro lado, la Publicidad, con el significado que le da el RELACAP viene a constituirse en necesario para el Derecho de Defensa, razón por lo cual se puede considerar incluido en el artículo 11 de la Constitución de la República, que garantiza el Debido Proceso. Además, bajo el nombre de Transparencia y la Racionalización del Gasto Público, ya está contenido en el artículo 55 del Reglamento de la ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

La centralización normativa y la descentralización operativa es un desarrollo del artículo 6 inciso 2º LACAP. La idea de la descentralización operativa tiene entre otras funciones el hacer ver a las instituciones que quienes administran son ellas por medio de sus funcionarios y no los entes de asesoría o control como la UNAC y Corte de Cuentas de la República, a cuyas opiniones no se pueden atener, ni mucho menos pretextarlas o tomarlas como elemento de defensa por una potencial observación.

La centralización normativa debe entenderse bajo los artículos 6, 7 literales c) y d) y 12 literal a) LACAP, es decir, es eminentemente técnica.

De los convenios interinstitucionales
Art. 3.- Cuando las Instituciones realicen Convenios entre sí para la ejecución de una obra, adquisición de un bien o prestación de un servicio, las adquisiciones y contrataciones que las Instituciones necesiten realizar para cumplir con las obligaciones derivadas del convenio, se regirán por las disposiciones que regulan las adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública.

COMENTARIO
Se aclara que las adquisiciones y contrataciones que las instituciones realicen con particulares para cumplir las obligaciones que emanen de un convenio interinstitucional (contrato interadministrativo: entre dos instituciones) deben seguir los procedimientos de la LACAP y el RELACAP.

TÍTULO II
UNIDADES NORMATIVA Y EJECUTORAS

CAPITULO I
UNIDAD NORMATIVA DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (UNAC)

Jefe UNAC

Art. 4.- La idoneidad para el desempeño del cargo de Jefe de la UNAC, se podrá determinar de acuerdo a las siguientes características:

a) Conocimiento y experiencia en la aplicación de la LACAP;
b) Capacidad de análisis e interpretación de normas legales de carácter administrativo;
c) Habilidad y experiencia en el diseño de términos de referencia o bases de licitación o de concurso;
d) Experiencia en coordinación de equipos multidisciplinarios;
e) Experiencia en redacción de documentos técnicos; y
f) Experiencia en administración pública.

COMENTARIO

Seguramente luego del quinto aniversario de la LACAP, se ha generado un criterio para definir el perfil del jefe UNAC, quien debe poseer sólidos conocimientos sobre esta materia especial que es parte del Derecho Administrativo. A la vez, dada la delicadeza de la gestión encomendada, debe contar con experiencia que resulta vital. Por ende, es positivo que se exija en el literal b) la capacidad de análisis de normas legales de carácter administrativo. Se debe entender de normas de Derecho Administrativo, tal como establece el artículo 5 LACAP. Es positivo, pues en la medida que los ejecutores de las adquisiciones y contrataciones sepan derecho administrativo, se mejorará ostensiblemente su gestión y es el Jefe UNAC el llamado a ser un elemento multiplicador de dichos conocimientos. Por ello, hay quienes piensan que sería recomendable que se pusiera como requisito la profesión de abogado con conocimientos en dicha materia, la que sus asesores legales también deben manejar. Por ello, se estima que hubiera sido preferible atreverse a colocar el requisito de “conocimiento de normas de Derecho Administrativo” en vez de “normas legales de carácter administrativo” que es un término que puede ser tomado en sentido ambiguo.

Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones

Art. 5.- El Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Publica, constituirá el soporte de la estadística sobre contratación pública para fines estatales y contendrá información actualizada sobre la naturaleza, estado, cuantía y grado de cumplimiento de los contratistas y ofertantes de las Instituciones.

Formará parte del registro, información actualizada de las personas naturales o jurídicas que hayan incumplido sus obligaciones contractuales y hayan sido objeto de exclusión por las Instituciones en su caso, especificando la duración de la

inhabilitación y el tipo de incumplimiento. En este registro se incluirá el nombre o razón social, la fecha de la sanción, los motivos que mediaron para su imposición y la fecha de vencimiento del plazo de la sanción y su cumplimiento.

Las UACI deberán suministrar la información pertinente a la UNAC. Esta información será de acceso público y la UNAC lo mantendrá en soporte informático y de ser posible accesible en línea para cualquier interesado**.**

COMENTARIO
En el primer inciso se tomó casi textual la idea contenida en el literal i) del artículo 7 LACAP que contiene las atribuciones de la UNAC. Estimo que el reglamento hubiera sido una oportunidad para desarrollar con la suficiente amplitud el tema del Registro Nacional de de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (RENACAP).

En el segundo inciso el contenido del RENACAP se inclina a ser una lista negra, incluyendo los incumplidores a quienes se les caducó o rescató el contrato y a los inhabilitados. Tal vez hubiera sido recomendable que también se incluyera información sobre los cumplidores o que solo estos estuvieran en tal lista. En cambio se tomó un criterio negativo, colocando a los ofertantes y contratistas que han tenido problemas. Se aclara que el literal citado del artículo 7 LACAP así como los artículos 13 y 14 LACAP no ciñen la información a incumplidores. Entonces el reglamento tiende a circunscribir el contenido del RENACAP más allá de lo que la LACAP dispone, con los efectos legales consiguientes.

Si prevalece este criterio, las instituciones y la UNAC, con base en el artículo 14 de la Constitución de la República, deben ser sumamente prudentes para que únicamente se incluya en tal lista negra a los ofertantes y contratistas a quienes se les haya seguido el debido procedimiento administrativo de sanción, con todas las garantías que concede la ley. Incluso recomiendo que se tenga certeza que no han acudido a la vía contencioso o al amparo antes de colocarlos en tal listado. En conclusión, debe seguirse previamente el Debido Procedimiento Administrativo y el Debido Proceso Judicial para que se incluya a alguien en tal listado.

Es un error que tal información sea del acceso público. Los artículos 7 literal i), 13 y 14 LACAP, no lo ordenan así. Es más, el primer literal dice que será de “interés público”, no de acceso público. Es que interesa que las instituciones, por el fin que persiguen tengan acceso a información sobre grado de cumplimiento. Eso no quiere decir que la colectividad en pleno conozca tal información que incluso puede afectar a los señalados en su honra y buen nombre. Por ello se insiste en que si van a asumir las consecuencias de colocar a ofertantes y contratistas en tal lista negra, se haga previo al menos el Debido Procedimiento Administrativo Sancionador, en caso que éste exista.

CAPITULO II
UNIDADES DE ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES INSTITUCIONALES (UACI)

Estructura de la UACI
Art. 6.- La UACI podrá organizarse en diferentes áreas, de acuerdo a la estructura organizacional de la Institución y al volumen de sus operaciones. Cuando las necesidades de organización administrativa lo requieran por motivo de especialización funcional o ubicación geográfica, el Titular de la Institución podrá desconcentrar la operatividad de la UACI, mediante acuerdo razonado. En el acuerdo se establecerá con precisión la asignación de competencias que corresponda a cada una de estas unidades y los mecanismos de coordinación adecuados para evitar duplicidad de esfuerzos.

La consolidación y preparación del programa anual de adquisiciones y contrataciones integrado, corresponderá al Jefe de la UACI.

COMENTARIO
Por razones determinadas que desconocemos, el artículo 9 inciso 2º LACAP confiere a la UACI la competencia para desconcentrar su gestión, creando una unidad especial por territorio, especialidad u otro criterio. En el presente artículo se confiere tal competencia al Titular, contradiciendo a la LACAP. Estimo que tal cambio de atribución, que es correcto, debió hacerse por medio de una reforma de ley, no por reglamento ya que la norma reglamentaria es inferior a la legal y no debería tener efecto.

Atribuciones de la UACI
Art. 7.-
En el ejercicio de sus atribuciones, la UACI deberá:

a) Coordinar las fases de implantación y administración del Sistema de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, en la Institución a que pertenece;
b) Dar seguimiento permanente a la ejecución de la programación anual de adquisiciones y contrataciones;
c) Requerir del solicitante de la adquisición o contratación la definición de aspectos tales como objeto, cantidad, calidad, especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras, bienes y servicios, valores estimados y condiciones específicas de administración de los contratos.
d) Formar los expedientes de cada adquisición o contratación.

COMENTARIO
Se añaden más funciones a la UACI, además de las contenidas en los artículos 12, 13, y otros LACAP. Se retoma la idea del literal b) del artículo 7 LACAP en cuanto al SIAC, pero todavía no se define con claridad en que consiste tal sistema, ni cuál es su utilidad concreta para las instituciones ni para la colectividad.

Una importante atribución es el seguimiento de la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones, pues implica una titánica pero útil labor de un efectivo seguimiento del proceso de ejecución contractual. Tal gestión, de acuerdo al

artículo 19 LACAP debe contar con el apoyo del titular o de la máxima autoridad para que sea eficaz. La razón es simple: las máximas autoridades no pueden sustraerse de su responsabilidad por medio de una norma reglamentaria que no debe entenderse contraria ni mucho menos superior al artículo 19 LACAP.

Jefe UACI

Art. 8.- La idoneidad para el desempeño del cargo de Jefe de la UACI podrá determinarse, de acuerdo a las siguientes características:

a) Conocimiento de la aplicación de la LACAP y de otras normas legales de carácter administrativo;
b) Habilidad y experiencia en la elaboración de términos de referencia y bases de licitación o de concurso;
c) Experiencia en coordinación de equipos multidisciplinarios; y
d) Experiencia en cargos similares

COMENTARIO

Estimo que son aplicables hasta cierto punto los comentarios formulados en el artículo relativo a las atribuciones del Jefe UNAC. Es que la labor de darle seguimiento a las adquisiciones y contrataciones es tan intensa que requiere conocimientos sólidos e inmediatos sobre Derecho Administrativo como materia principal, sin detrimento de las otras planteadas en este artículo. Tal labor no da lugar para andar preguntando. De ahí que para un futuro Jefe UACI resulta un requisito ineludible y una carga para su seguridad el llegar a la UACI con un bagaje de conocimientos y experiencia, lo que propiciará seguridad en sus actuaciones, evitando observaciones de Corte de Cuentas.

Control de inventarios

Art. 9.- Independientemente de la estructura organizativa, las Instituciones deberán contar con un control de inventarios, que tiene por objeto la custodia y control del movimiento de bienes y de las adquisiciones, transferencias, enajenaciones y bajas de inventarios. El control deberá contar al menos con un registro de entrada, almacenamiento y salida, con el objeto de prever la continuidad del suministro de bienes a los usuarios y evitar la interrupción de las tareas para las cuales son necesarios, para tal efecto cada Institución deberá adoptar una metodología para determinar la cantidad económica, racional y adecuada de existencias y de reposición, así mismo utilizará la técnica de inventarios más apropiada al tipo de bien.

La UACI podrá requerir al encargado de dicha función la información necesaria con respecto al consumo y existencia de bienes a fin de que sirva de base para la ejecución de los diferentes procesos de adquisiciones.

COMENTARIO

Desarrollando la norma del artículo 12 literal p) LACAP, se aclara en el segundo inciso que es una labor complementaria del Jefe UACI, quien no es el encargado de

los inventarios.

Evidentemente, la gestión de los inventarios es un insumo ineludible para la Programación Anual de Adquisiciones y Contrataciones, en cuya ejecución la actualización periódica de los inventarios viene a ser una necesidad, por ello el segundo inciso le confiere la potestad al Jefe UACI para que requiera toda la información necesaria para una eficaz y eficiente gestión de todos y cada uno de los procesos de ejecución contractual, que son la concreción de la programación mencionada.

CAPITULO III
PROGRAMACION Y PRESUPUESTACION

Programación

Art. 10.- La programación anual de adquisiciones y contrataciones institucional será coordinada por el Jefe de la UACI. Las Instituciones deberán tomar en cuenta los aspectos siguientes:

a) Los programas sustantivos, de apoyo administrativo y de inversiones, así como en su caso, todo lo relacionado a la adquisición de insumos para su transformación y posterior comercialización, cuando así los faculten las leyes;
b) Los requerimientos de mantenimiento de los bienes muebles e inmuebles que por su naturaleza así lo exijan;
c) La coordinación que sea necesaria para resolver posibles interferencias y evitar duplicidad de trabajos o interrupción de servicios públicos;
d) La adquisición de inmuebles, así como la obtención de los permisos de construcción necesarios;
e) El costo estimado de las obras y servicios relacionados con las mismas que se realicen por contrato, o por el sistema de administración tales como: los costos y condiciones del suministro de materiales, de maquinaria, de equipos; así como los recursos para la realización de pruebas técnicas y de funcionamiento y todos los costos indirectos de los trabajos;
f) Los permisos, autorizaciones y licencias que se requieran;
g) Las demás previsiones que deban tomarse en cuenta según la naturaleza y características de las obras, bienes, servicios y arrendamientos de bienes muebles; y
h) Las características ambientales, climáticas y geográficas de la región donde deba realizarse la obra pública.

COMENTARIO

De forma complementaria al artículo 16 LACAP que es el que instituye la obligación de formular la programación anual de adquisiciones y contrataciones, el presente artículo viene a establecer otras variables a considerar para la programación y presupuestación institucional . Vienen a ser entonces catorce variables a considerar para la programación y presupuestación: seis que plantea el artículo 16 LACAP y ocho que plantea el presente artículo del RELACAP.

De la lectura de tales variables se puede sacar un propósito en común que consiste

en que las instituciones realicen procedimientos de selección de contratistas y ejecuten contratos de forma eficiente y eficaz, que satisfagan a plenitud necesidades reales de la Administración Pública.

Este propósito, además de favorecer el ahorro del sector público, viene a ordenar a las instituciones quiénes deben tomar conciencia de la importancia del mismo. Por otro lado, una buena programación procura una buena relación contractual e incide de forma favorable en los derechos del contratista. La razón es evidente: si las instituciones ya saben lo que quieren y como conseguirlo, el contratista tendrá una definición del objeto contractual que le dará seguridad jurídica. Hoy día, en algunos casos, pasa lo contrario, pues existen instituciones que no saben lo que necesitan para satisfacer un fin público determinado, ni mucho menos cómo obtenerlo y es sobre la marcha del procedimiento de compra o incluso durante la ejecución contractual que se define el objeto contractual. Eso provoca que se le realicen exigencias a los contratistas que van más allá de lo que estos consideraron para emitir una oferta económica. A la postre, el contratista bajo la amenaza de sanciones administrativas se ve constreñido para realizar toda una serie de prestaciones que le afectan de forma financiera pues no fue lo que ofreció.

En conclusión, es vital la presente programación y presupuestación para obtener de forma eficiente y eficaz los objetivos institucionales que se traducen en públicos, sin que se afecte de forma injusta e injustificada a los ofertantes y contratistas.

Contenido del programa anual de adquisiciones y contrataciones

Art. 11.- En el Programa Anual de Adquisiciones y Contrataciones, las Instituciones incluirán por lo menos los siguientes datos:

a) Tipo o clase de bien o servicio u obra por adquirir o contratar, según el caso;
b) Proyecto o línea de trabajo dentro del cual se realizará la adquisición o contratación, y en el caso de obra, plazo de ejecución;
c) Valor estimado de la adquisición ó contratación;
d) Fecha estimada de adquisición o contratación; y
e) Fuente de financiamiento.

COMENTARIO

Estos elementos, tal como dice el artículo, son lo menos que se puede incluir en la programación y presupuestación. Además de ello, un componente que no puede faltar es la relación entre los catorce factores base para la elaboración de la programación y presupuestación (artículos 16 LACAP y 11 RELACAP) y los resultados obtenidos. Por ejemplo: si para la construcción de una obra pública es necesaria la remoción de obstáculos, realización de estudios, etcétera, tales actividades se incluirán dentro de la programación y presupuestación como contrataciones necesarias y previas para la confección de la obra determinada, haciendo ver que su justificación estriba en que son necesarias para la construcción de la obra que viene a satisfacer un fin institucional determinado. En otras palabras, el elemento que considero necesario colocar es la justificación de la adquisición o contratación. Es que no podemos olvidar que los contratos administrativos son para satisfacer fines públicos concretados en fines institucionales, por ende, los

programadores y presupuestadotes debieran tener certeza sobre cuales son los fines que se pretenden cumplir con determinadas prestaciones. Por ello estimo que la programación y presupuestación debe incluir un apartado en el cual se establezca el objetivo o finalidad de determinada adquisición o contratación. Eso redundará en compromiso con la organización, en ahorro del sector público, en favorecer la ética en las compras estatales, entre otras cosas.

Carácter público del programa anual de adquisiciones y contrataciones
Art. 12.- Las Instituciones a más tardar 30 días calendario después de la aprobación de su presupuesto, pondrán a disposición del público su programa anual de adquisiciones y contrataciones del período presupuestario. El carácter público del programa no implicará compromiso alguno de contratación y podrá ser modificado sin responsabilidad alguna para la Institución. Así mismo podrá ser publicado en las carteleras institucionales, en los medios de comunicación, tecnológicos, o en cualquier otro que la Institución tenga acceso.

COMENTARIO
Plausible regulación que genera una sana transparencia. A la vez implica una obligación, pues si la programación y presupuestación se realizaron tomando en cuenta los comentarios aludidos no debe existir temor a publicar las compras de una institución. Existirá temor si las compras son para fines no públicos o públicos no necesarios en un momento dado. Por ello insisto en la justificación de la programación.

Es que dentro de los controles a los que debe someterse la Administración Pública, uno de los más críticos y por ende, eficaces, es la opinión pública, quien juzgará si las compras son realmente para satisfacer fines públicos por un lado, y por otro, bajo el ropaje de ofertantes y contratistas, podrá programar en cuales procedimientos de compras puede participar.

Es evidente que siendo una programación y presupuestación puede estar sujeta a cambios, por eso no debe constituir un compromiso. Pero cada modificación no debe ser injustificada y estimo que debiera publicarse en los mismos medios que la original, de lo contrario, el presente artículo, bajo la expresión “podrá ser modificado sin responsabilidad alguna para la institución”, se volverá un permiso para modificaciones injustificadas.

Como un corolario, es muy sana la actitud de los auditores de la Corte de Cuentas de la República, al pedir como primera providencia la programación de adquisiciones y contrataciones para cotejar lo planificado con la realidad, que en caso de existir diferencia, deberá ser justificada.

Adquisiones y contrataciones que excedan el ejercicio fiscal
Art. 13.- Las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios cuya ejecución exceda al ejercicio fiscal, se regirá de conformidad a lo estipulado en la Ley

Orgánica de Administración Financiera del Estado.

COMENTARIO
El artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado planea lo siguiente:

"Cuando en los proyectos de presupuesto se incluyan créditos para contratar obras, adquirir bienes y servicios o elaborar estudios, cuyo plazo de ejecución exceda el ejercicio financiero fiscal, se deberá incluir información sobre los recursos invertidos en años anteriores, los que se invertirán en el futuro y el monto total del gasto, así como los respectivos cronogramas de ejecución física.

En los proyectos de presupuesto, deberán consignarse las asignaciones necesarias para cubrir los compromisos derivados de dichos contratos que deban cumplirse dentro de cada ejercicio financiero."

De forma complementaria, el artículo 42 también de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado establece lo siguiente:

"No se podrá disponer ni utilizar recursos para los cuales no existan saldos disponibles de créditos presupuestarios, ni para una finalidad distinta a la prevista en el presupuesto, excepto lo establecido en el Art. 45 de esta Ley.

Además de los casos señalados en el Artículo 34 de esta Ley, sólo podrán comprometerse fondos de ejercicios futuros con autorización legislativa, para obras de interés público o administrativo o para la consolidación o conversión de la deuda pública, con tales finalidades podrá votarse una presupuesto extraordinario."

El artículo 228 de la Constitución de la República ordena que:

"Ninguna suma podrá comprometerse o abonarse con cargo a fondos públicos, si no es dentro de las limitaciones de un crédito presupuesto.

Todo compromiso, abono o pago deberá efectuarse según lo disponga la ley.

Sólo podrán comprometerse fondos de ejercicios futuros con autorización legislativa, para obras de interés público o administrativo, o para la consolidación o conversión de la deuda pública. Con tales finalidades podrá votarse un presupuesto extraordinario.

*Habrá una ley especial que regulará las subvenciones, pensiones y jubilaciones que afecten los fondos públicos.***"**

Verificación de estudios y proyectos en archivos
Art. 14.- Las Instituciones que requieran realizar estudios o proyectos, previamente verificarán si en sus archivos, en los de la UNAC o de otra Institución, existen estudios o proyectos sobre la materia de que se trate. En el supuesto que se advierta su existencia y se compruebe que los mismos satisfacen los requerimientos de la

Institución, no procederá la contratación de ese estudio, con excepción de aquellos trabajos que sean necesarios para la adecuación, actualización o complemento del estudio.

COMENTARIO
Se instaura un quinceavo requisito de programación y presupuestación: la no existencia de determinados estudio o proyectos en los archivos de la UNAC así como en otras instituciones. Para ello será necesario que la UNAC centralice tal información, de lo contrario, la institución que necesite el servicio se verá obligada a plantear las consultas en las instituciones que razonablemente lo puedan tener. Es que en la programación deberá justificarse la no existencia de tales estudios como un justificativo de la contratación. En el fondo es un excelente mecanismo que pretende propiciar el ahorro del sector público por medio de la eliminación de compras innecesarias o duplicadas. Sin embargo, para que tal obligación sea exigible es menester que se den facilidades a las instituciones, centralizando el registro de tales prestaciones, de lo contrario se está incrementando el trabajo de la UACI, quien, en este caso, no solo debe verificar que no hayan existencias en la institución, sino que por medio de la presente disposición, debe verificar que no haya existencia en aquellas instituciones que puedan tenerlas por su función específica.

Verificación de permisos y licencias
Art. 15.- Las Instituciones por medio de sus unidades respectivas, previamente a la contratación, deberán obtener de las autoridades competentes los dictámenes, permisos, licencias, derechos de propiedad intelectual y demás, necesarios para la ejecución de los contratos. En las bases de licitación o concurso se estipularán, aquellos trámites que corresponderá realizar al contratista.

COMENTARIO
Siempre bajo el supuesto de una sana programación y presupuestación, a efecto de no afectar de forma injusta a los contratistas, y materializando los supuestos de los artículos 16 literal d) y 107 LACAP, se plantea para las instituciones la obligación de obtener de las autoridades competentes los requisitos legales previos para que los contratos puedan ejecutarse sin trabas. Estimo que se pretende fomentar la buena fe contractual con el fin de proscribir la triste práctica de cargar al contratista con todo lo que aguante o se deje.

Es de hacer notar que el artículo en comento cuando se refiere a las instituciones usa la expresión “deberán obtener”, por otro lado, al referirse a los contratistas menciona “aquellos trámites que corresponderá realizar al contratista”. Siguiendo la línea de interpretación y aplicación de la LACAP y el RELACAP planteada en el artículo 5 LACAP, se puede concluir que el contratista realizará trámites pero no la obtención de los permisos, licencias o similares que el mismo reglamento ha destinado para que sean obtenidos por las instituciones. El contratista puede colaborar, pero no es su obligación. Eso se constituye en una muestra de buena programación y en un símbolo de buena fe contractual.

Bajo tal disposición me atrevo a recomendar que los ofertantes no se sometan a bases de licitación que pretendan obligarlos a completar determinados trámites que el presente artículo aclara que corresponden a la institución. Diferente serán los trámites que se realizan durante la ejecución contractual.

Impacto ambiental y patrimonio cultural

Art. 16.- Las Instituciones por medio de sus unidades respectivas, estarán obligadas a considerar los efectos que sobre el medio ambiente pueda causar la ejecución de las obras públicas, con sustento en la evaluación de impacto ambiental prevista por las leyes correspondientes. Los proyectos deberán apegarse a lo establecido en los permisos y autorizaciones correspondientes emitidos por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales y las Instituciones del Estado que tengan atribuciones en la materia.

Así mismo, deberán disponer lo necesario para la conservación del patrimonio cultural, de conformidad a la "Ley Especial de Protección al Patrimonio Cultural de El Salvador" y su respectivo reglamento.

COMENTARIO

Sin detrimento de las disposiciones de la Ley Agraria y la Ley Forestal, los artículos 21 y siguientes y 107 de la Ley del Medio Ambiente establecen cuáles son las actividades que deben contar con un permiso ambiental previo. Asimismo, plantean la obligatoriedad de realizar un estudio de impacto ambiental y de una consulta pública al respecto. Tales actividades deben ser iniciadas y concluidas por el titular de la obra. Al respecto existe una interpretación auténtica de varios artículos de la Ley del Medio Ambiente que expresa lo siguiente:

"Interprétase auténticamente los incisos trigésimo sexto y trigésimo séptimo del Artículo 5, el inciso primero del Artículo 20, el Artículo 22, Artículo 23, el Literal "a" del Artículo 25, el Inciso Primero y Literal "b" del Artículo 27, el Literal "a" del Artículo 64, el Inciso Primero del Artículo 107 y el Inciso Segundo del Artículo 108 de la Ley del Medio Ambiente, emitida mediante Decreto Legislativo N° 233, de fecha 2 de marzo de 1998, publicado en el Diario Oficial N° 79, Tomo 339 del 4 de mayo del mismo año, en el sentido de que cuando se hace referencia en tales disposiciones al vocablo "titular o titulares" de actividades, obras o proyectos públicos o privados, se refiere a los propietarios del proyecto, de la obra o de la infraestructura, y por consiguiente son éstos quienes deben cumplir con las obligaciones establecidas en el Art. 107 de la misma."

Entonces es el propietario del proyecto quien debe obtener el permiso, lo que en contratos de obra pública quiere decir la institución. Es ésta la obligada a iniciar y a realizar los trámites respectivos para la obtención de los permisos que sean necesarios.

En el sector del Gran San Salvador, de acuerdo a la Ley de la OPAMSS y su reglamento deben realizarse en la Oficina de Planificación del Area Metropolitana de San Salvador y los Municipios Aledaños, determinados trámites para obtener la calificación de lugar, la revisión vial, el permiso de construcción y otros permisos

necesarios para la licitación de las obras.

Estimo que tales permisos deben tenerse previamente por la institución a fin de evitar que un contrato no se pueda continuar por la falta de los mismos. De ahí que dichos permisos, deben ser un presupuesto para el procedimiento de licitación, de lo contrario se puede correr el riesgo de que un contrato quede fallido por la falta de requisitos o que el atraso en la obtención de los permisos, impacte en los costos de los contratistas de obras. Caso aparte son los trámites que se realizan durante la ejecución.

Entonces, para una sana y eficaz ejecución debiera contarse con todos los requisitos para el desarrollo de la obra, pues los contratistas son constructores, no tramitadores. Y si el proyecto de obra adolece de algún vicio que provoque la negativa de permisos o el retraso de los mismos, se habrán gastado de forma irresponsable los fondos públicos, en el primer caso, y en el segundo, se deberá resarcir al contratista por los costos que tenga por dichos atrasos que no se serán imputables. Véase que no bastará una simple prórroga con base en el artículo 86 LACAP, sino que lo justo y equitativo es resarcir los costos que el contratista estará sufriendo por el atraso, pues él no puede despedir a sus obreros o devolver el equipo arrendado si existe la posibilidad de continuar el proyecto.

De ahí que para evitar los gastos innecesarios y ahorrar los fondos públicos, debe contarse previamente con los permisos exigidos por las leyes pertinentes, obligación que este reglamento la carga a las instituciones.

CAPITULO IV
RESPONSABILIDADES DE LOS EJECUTORES DE LAS CONTRATACIONES

Elaboración de bases

Art. 17.- Dependiendo del tipo de adquisición o contratación requerida por el solicitante, el jefe de la UACI podrá integrar un grupo de trabajo para la elaboración del proyecto de bases de licitación o concurso, de acuerdo al objeto y alcance de la contratación. Este podrá estar integrado por el solicitante de la obra, bien o servicio, el representante de la UACI y si fuere necesario, expertos en el objeto del contrato y un asesor legal.

Cuando el grupo estuviere integrado por el solicitante y el representante de la UACI, el solicitante definirá objeto, cantidad, calidad, especificaciones técnicas y condiciones específicas de las obras, bienes y servicios, valores estimados y condiciones específicas de administración de los contratos, y el representante de la UACI incorporará los aspectos legales, administrativos, financieros, y procedimentales para cada una de las situaciones que lo requieran.

COMENTARIO

Bajo la tímida figura de una facultad discrecional, usando el término “podrá”, se ha previsto que la operación de la confección de las bases de licitación, de conformidad

al literal f) del artículo 12 LACAP, sea coordinada por el Jefe UACI. Debe recordarse que tal literal establece la carga de la adecuación de las bases para el Jefe UACI en conjunto con la Unidad solicitante. Entonces, ahí no cabe el "podrá" del presente artículo. Ambos deben estar presentes, de acuerdo a la LACAP. Las figuras que pueden variar serán los expertos y el asesor legal. Estimo que más que una facultad discrecional se debió establecer como una obligación que se constituya una comisión de elaboración de bases y que además de los establecidos en el artículo 12 LACAP, se incluyeran obligadamente expertos en la materia y el asesor legal.

En el segundo inciso ya se parte del supuesto que puede asumir la función un representante de la UACI, lo que es perfectamente viable, sin embargo, no debe olvidarse que de conformidad al último inciso del artículo 12 LACAP, sigue siendo responsabilidad del Jefe UACI, entonces, él debe tener un estrecho control concomitante y posterior de lo elaborado.

En el mismo inciso, cuando se habla del supuesto que el equipo de confección de las bases esté conformado solo con dos personas, tal como ordena el artículo 12 literal f) LACAP, se le carga al representante de la UACI que incorpore los aspectos legales, financieros y procedimentales. Eso implica que el representante de la UACI debe tener sólidos conocimientos sobre esas áreas, lo que es improbable en una gran mayoría de casos. No deben subestimarse los conocimientos de una determinada profesión, asumiendo que un técnico solo por su experiencia los tiene. La verdad es que los conocimientos legales y financieros son propios de los profesionales con real experiencia y a ellos se les debieran confiar tales elementos, de forma que el representante de la UACI solo realice la operación de incorporarlos.

Impedimento para ser miembro de la comisión de evaluación de ofertas
Art.18.-Sí se comprobare que en alguno de los miembros de la Comisión de Evaluación de Ofertas concurriere alguno de los impedimentos para ofertar, será relevado de esta responsabilidad y reemplazado por otra persona. En su caso procederá la excusa o la recusación por la misma causa.

La prueba del parentesco y la convivencia se establecerá conforme a la legislación de familia.

COMENTARIO
El artículo 26 LACAP establece cuales son los impedimentos para ofertar. En este caso todos son aplicables: el primer supuesto que se refiere a los miembros del Consejo de Ministros, es muy poco probable que un Ministro o Viceministro tenga tiempo de asumir tal función. Es más probable que uno de los empleados o funcionarios tenga vinculación con los ofertantes, tal como plantea el segundo supuesto contenido en el literal b) del artículo 26 LACAP. En tal caso también se configuraría el impedimento para ofertar de quien esté presentando la oferta, que no deberá continuar en el procedimiento. Si ha presentado una declaración jurada en la que manifiesta no estar impedido, se estará a los efectos legales por falsedad. En el tercer supuesto, contemplado en el literal c) del artículo 26 LACAP, aún cuando pueda resultar poco probable que parientes de los miembros del Consejo de

Ministros o de los funcionarios mencionados en el literal b) del artículo 26 LACAP conformen la comisión de evaluación de ofertas, tal supuesto se puede dar cuando se dé la situación contemplada en el inciso 5º del artículo 20 LACAP, es decir, cuando se requiera personal especializado de otras instituciones, quienes están obligados a colaborar, pero con la presente regulación, deberán excusarse al darse los supuestos reglamentarios.

De conformidad al artículo 195 del Código de Familia el parentesco se probará con las respectivas certificaciones de las partidas de matrimonio, nacimiento, etc. Sin embargo, la unión matrimonial puede tener problemas para probarse, pues se declara judicialmente al morir uno de los convivientes o al romperse de acuerdo al artículo 123 del Código de Familia y tal declaratoria únicamente la pueden pedir los convivientes.

Designación
Art. 19.- En los casos que la Ley faculta al Titular a la designación, el designado podrá acordar los actos y resoluciones necesarias para el cumplimiento de su cometido, dentro de los límites establecidos por la Leyes, debiendo dejar constancia en el mismo acto que su actuación se origina en la designación del Titular.

En las resoluciones y actos que se firmen por designación se hará constar la autoridad de procedencia.

COMENTARIO
La delegación de competencia es una figura muy usada en la práctica administrativa. Tal práctica debe tener una base legal para otorgarse, pues de lo contrario la delegación será ilegal así como los actos de los delegados. La LACAP en el artículo 18 permite la delegación de la competencia para adjudicar en Libre Gestión. El acto de delegación es un acto administrativo que debe tener todos los elementos de éste como, causa, objeto, motivación, etcétera. A su vez, los actos que realice el delegado, deben contener dentro de la motivación, una relación a ese acto de delegación a fin de legitimar la competencia con que actúa. De lo contrario pueden ser impugnados pues un administrado puede pensar que no está delegado. Es que la delegación no se supone, debe expresarse. Si no es así se está jugando con los administrados y el derecho de defensa de éstos.

TÍTULO III
GENERALIDADES DE LAS CONTRATACIONES

CAPÍTULO I
DE LOS CONTRATOS

Contenido de los contratos
Art. 20.- Los contratos podrán contener lo siguiente:

a) Relación de las personerías de quienes suscriben el contrato. En el caso de las instituciones de Gobierno Central deberá hacerse constar que su titular comparece en representación del Estado de El Salvador en el ramo correspondiente;
b) La determinación del objeto del contrato;
c) La fuente de financiamiento, la cual bastará como existencia de disponibilidad, no siendo necesario hacer constar el cifrado presupuestario;
d) Lugar para recibir notificaciones;
e) Lugar y fecha de la suscripción del contrato;
f) El precio contractual, forma de pago o cualquier otra forma compensatoria;
g) El plazo de ejecución determinado en días hábiles o calendario, la fecha de inicio y terminación, en armonía con la orden de inicio correspondiente, la cual se hará constar por separado; lugar y condiciones de entrega, así como los plazos para verificar la terminación del objeto contractual, que deben ser establecidos de acuerdo a las características, complejidad y magnitud;
h) Clase y monto de garantías a exigir;
i) Multas por atraso en la ejecución de los trabajos por causas imputables a los contratistas;
j) Penalizaciones por incumplimiento de aspectos técnicos;
k) Modificaciones que puedan surgir del contrato en cuanto al objeto y el plazo;
l) Causales por las cuales las Instituciones podrán dar por extinguido el contrato, sin perjuicio de las demás establecidas en la Ley;
m) La referencia a los demás documentos contractuales que forman parte integral del contrato;
n) El señalamiento de los procedimientos a que se sujetarán las partes para resolver las discrepancias o conflictos previsibles de conformidad a la ley;
o) La designación de los responsable de verificar la buena marcha y el cumplimiento de las obligaciones contractuales, a quien podrá denominarse Administrador del Contrato; y
p) El sometimiento expreso a la Ley y al Reglamento.

COMENTARIO
Siempre bajo la forma tímida de la facultad discrecional (“podrá”), se establece una propuesta del contenido del contrato. Nótese que no es una obligación. La presente disposición dice: “podrá” no dice “deberá”.

Siempre he estimado que los contratos marco son mejores, es decir, considero que no tiene objeto repetir lo establecido en la misma ley. De esa forma, el presente modelo se constituye en un contrato marco, pues únicamente los literales i), k) y m), están contenidos en la LACAP.

Lo que si es preocupante es que se introduzcan elementos que no tienen cobertura legal. Me refiero a las penalizaciones por incumplimiento de aspectos técnicos, contenidas en el literal j) del artículo. Es que la LACAP no previó penalizaciones, ni cláusulas penales. Lo que si contiene son sanciones administrativas que son las multas (artículo 85 LACAP) y la caducidad (artículo 94 LACAP). Entonces, por Seguridad Jurídica (artículo 2 de la Constitución de la República), no pueden imponerse mayores gravámenes que los legalmente estipulados. No puede decirse

que si las partes están de acuerdo procedería, pues no es el caso, recuérdese que los contratos administrativos son de adhesión, es decir, el contratista debe firmar el modelo de contrato que se le presenta como parte de las bases de licitación (artículo 45 LACAP), no teniendo oportunidad de negociarlo. Entonces, la presente regulación es ilegal pues no tiene cobertura legal, la LACAP no previó cláusulas penales.

Una cláusula que considero importante es la contenida en el literal n), es decir el señalamiento de los procedimientos para resolver los conflictos. Entiendo que no es para repetir lo contenido en la LACAP y la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, sino para establecer procedimientos para nombrar a los árbitros, pues, hoy por hoy, algunas instituciones, se someten al arreglo directo sin real voluntad, pero pretenden boicotear el arbitraje.

Por ello, recomiendo que los ofertantes realicen las consultas respectivas con el fin de dilucidar las dos últimas situaciones planteadas, sin ser afectados de forma ilegal.

Se debe incluir el plazo de reclamos (artículo 99 LACAP).

Contratos de derecho común e innominados
Art. 21.- Las Instituciones podrán celebrar contratos de acuerdo al Derecho Común, en los términos establecidos por el artículo 24 de la LACAP, incluyendo los contratos que carecen de denominación, con las adaptaciones que fueren necesarias, respecto de aquel que se hallare regulado de manera análoga o semejante por el Derecho Común.

En las bases de licitación o de concurso de los contratos innominados, además de las disposiciones contenidas en la LACAP se observará todo aquello que contribuya a la buena contratación, según la naturaleza del contrato y en protección de los bien entendidos intereses del Estado.

COMENTARIO
Tal como permite la LACAP en el artículo citado, se faculta a las instituciones de la Administración Pública para que realicen contrataciones sujetas al Derecho Común, tomado éste en sentido amplio. Sabiendo que las instituciones del Derecho Civil y Derecho Mercantil permiten la suscripción de contratos innominados debido a lo cambiante y evolutivo del Derecho, el RELACAP aclara tal situación. No es que los incluya sino que aclara algo que ya sabemos: que los contratos innominados al estar incluidos dentro de los contratos de derecho común pueden ser susceptibles de contratación administrativa.

Una importante aclaración es que el artículo 24 LACAP establece que la LACAP se aplicará al procedimiento de selección de contratista y a la ejecución contractual en lo que sea aplicable. Existen situaciones en la que es evidente que no es aplicable el procedimiento de selección de contratista que plantea la LACAP, por ejemplo, la compraventa o el arrendamiento de inmuebles. Por ello, aclaro que si el segundo inciso del artículo en comento se refiera a las bases de licitación o de concurso, no

quiere decir, ni puede tomarse como que es obligatoria una licitación o un concurso para preparar la voluntad contractual en los contratos de derecho común. Recuérdese que el artículo 24 LACAP, por ser Ley, prevalece por sobre el Reglamento, entonces, este último no puede establecer requisitos más allá de los que la misma LACAP ordenó.

Peligrosísimo resulta levantar de la tumba la expresión ***"los bien entendidos intereses del Estado",*** axioma que propició muchos abusos bajo el entendido que lo no prohibido está permitido para la Administración. Al respecto, una reflexión: los bien entendidos intereses del Estado son los que propician la satisfacción de los fines públicos que persigue éste, directamente o por medio de sus instituciones. Tal satisfacción debe hacerse respetando el Principio de Legalidad, el Debido Proceso, la Seguridad Jurídica y demás Derechos y Garantías Fundamentales contenidos en los artículos 86 inciso 3º, 11 y 14, 2 y siguientes de la Constitución de la República. Con ese sentido, con ética, sí cabe la expresión. Espero que se utilice con Justicia, Templanza y Prudencia.

Generalidades del anticipo

Art. 22.- El otorgamiento del anticipo se sujetará a lo siguiente:

a) Estar contenido en las bases de licitación o concurso y en los contratos, con indicación de las condiciones, plazo de entrega, porcentaje y forma de amortización;
b) La determinación del monto a conceder en concepto de anticipo, deberá ser plenamente justificado y ajustado a las necesidades reales de capital de trabajo que presente el contratista;
c) El importe del anticipo, en caso que lo hubiere, deberá ser considerado por los ofertantes para la determinación del valor económico de sus propuestas; y
d) El anticipo que se otorgue, deberá pactarse bajo la condición de precio fijo, de tal manera que si hubiere un ajuste de precios el anticipo siempre se mantendrá fijo.

Para la devolución del anticipo, en el supuesto de la extinción del contrato, el saldo por amortizar se reintegrará a la Institución en el plazo que se establezca en las bases.

COMENTARIO

La LACAP ha previsto el anticipo para la generalidad de contratos regulados en la misma. En el presente artículo se establecen requisitos adicionales a los contenidos en los artículos 34, 44 literal p) y 69 LACAP, De hecho, el presente artículo es un desarrollo del literal p) del artículo 44 LACAP. En el primer literal se establece un planteamiento general que regula las condiciones, plazo de entrega, porcentaje y forma de pago. Es una condición ineludible que el anticipo se utilice para cumplir las obligaciones contractuales, pues tal cantidad está afecta al objeto contractual y por ello, implica que debe estar destinado a fines públicos. Evidentemente, el plazo de entrega debe ser breve y quizás es más importante dejar en claro que el plazo para la prestación objeto del contrato debe empezar a correr a partir de la entrega del anticipo. Legalmente se estableció un porcentaje del 30% el cual no puede

sobrepasarse, pero si disminuirse. El literal a) plantea el anticipo como un préstamo al contratista, lo que en el fondo viene a ser un crédito de habilitación para que inicie el cumplimiento de las obligaciones contractuales, por ello, antes que se termine el plazo contractual, el anticipo debe estar justificado. Con relación a esta última regulación, el artículo 34 LACAP en su último inciso establece dos figuras para justificar el anticipo: el pago y la compensación, las cuales se deberán establecer contractualmente.

En la misma línea que el anticipo está afecto a fines públicos, en el literal b) se establece que debe justificarse, es decir, en el acto de aprobación de las bases deben consignarse los lineamientos generales para la determinación y concesión del anticipo al contratista adjudicado. Deben ser líneas generales pues no se sabe quien será el adjudicado y si realmente necesita el anticipo o en cuál cantidad lo necesita. Tan es así que tal como regula el literal c), será en las ofertas que se determinará la realidad individual de cada potencial contratista a efecto que en caso de una ulterior contratación, se tomen en cuenta los datos concretos del contratista.

Se establece que el anticipo ya en el otorgamiento del contrato se constituya como una cantidad determinada, que aún cuando existan incrementos contractuales, se mantendrá. Tal planteamiento es justo bajo el supuesto que el anticipo debe utilizarse al inicio de la relación contractual. Sin embargo, pueden darse situaciones en las que los incrementos se causen al inicio de la ejecución contractual, razón por la cual se requerirá de mayor anticipo. Tal eventualidad no se previó en el presente artículo. Por otro lado, el considerar al anticipo como una cantidad fija le confiere ventajas al contratista a quien por ser una cantidad fija, no se le podrá pedir la devolución del mismo en caso de una disminución del monto contractual, sin embargo, será compensable con las cantidades adeudadas por la institución.

En el inciso final se plantea la forma de devolución del anticipo en caso que el contrato se extinga por causas imputables al contratista, pero no se previó que se extinguiera por causas imputables a la institución, como las contenidas en los artículos 94 literal c), 96 literal c) y 100 inciso 1º LACAP en cuyo caso, por justicia y con base en el artículo 8 de la Constitución de la República, el contratista podrá retener el monto del anticipo que no haya usado, o aún cuando lo haya usado, si lo ha hecho en insumos que ya no podrá utilizar, puede plantear el reclamo de daños y perjuicios. Tales situaciones se podrán determinar por la legislación común e incluso, con base en el artículo 23 LACAP se podrá ejercer el Derecho de Retención contenido en el artículo 957 del Código de Comercio.

CAPITULO II
CONTRATISTAS

Acreditación de ofertantes

Art. 23.- La capacidad de los ofertantes se acreditará ante la Institución, conforme a la legislación secundaria en la siguiente forma:

a) Personas Jurídicas: Mediante la presentación de la escritura pública de

constitución debidamente inscrita en el Registro correspondiente y cuando se tratare de persona jurídica extranjera, mediante la presentación de los instrumentos correspondientes debidamente legalizados, de conformidad a las normas de su país; y deberán cumplir con las disposiciones que la legislación nacional exija para su ejercicio o funcionamiento;

b) Personas Naturales: Mediante la presentación del documento de identificación; y
c) Los que comparezcan en representación de otra persona: Mediante la presentación del poder debidamente legalizado.

Los documentos citados en los literales anteriores, deberán estar redactados en idioma castellano, o debidamente traducidos a éste idioma y en su caso apostillados. Estos documentos podrán presentarse en originales o fotocopias certificadas.

Los postulantes a subcontratistas no deberán estar impedidos conforme a la Ley y deberán cumplir con la capacidad para contratar, y será responsabilidad del contratista la verificación de los mismos.

COMENTARIO
En algunos casos cuando la Administración de las sociedades está encomendada a una Junta Directiva puede darse el caso que la actuación del representante legal, sea para ofertar o para contratar, necesite de una autorización previa, que deberá pedirse en su caso.

Con relación al Poder, este deberá estar inscrito en el Registro de Comercio de conformidad a los artículos 367, 458, 465 y 639 del Código de Comercio.

Se plantea un nuevo requisito al subcontratista además del artículo 90 LACAP(Inhabilitados), incluyéndolo dentro de las prohibiciones de los artículos 25 y 26 LACAP (incapacitados para contratar e impedidos para ofertar). Estimo que tal requisito limita la esfera de libertad de los subcontratistas en detrimento del Derecho General de Libertad, por ende, tiene vicios de inconstitucionalidad.

CAPITULO III
DE LA CALIFICACION

Objeto de la calificación
Art. 24.- El objeto de la calificación, sea esta previa también llamada precalificación o simultánea también llamada cocalificación, es asegurar la idoneidad de una persona natural o jurídica para contratar con las Instituciones. La calificación se hará mediante la recolección y análisis de datos que permitan estimar la solvencia económica y financiera, así como la capacidad técnica y profesional y la existencia de capacidad legal, dependiendo del tipo de obligación a suscribir.

Para proceder a la calificación no se deberán establecer requisitos que impidan o dificulten la libre competencia y la igualdad de los postulantes o aspirantes, excepto aquellos que tengan impedimentos determinados por la LACAP.

Cuando las Instituciones procedan a la calificación de los ofertantes y potenciales contratistas, las bases deberán definir los criterios para la evaluación de las propuestas o expresiones de interés, así como deberán explicar la manera sobre como se aplicaran estos criterios, con base en parámetros objetivos, mensurables o cuantificables y no arbitrarios.

COMENTARIO
De acuerdo a los artículos 27 y siguientes LACAP, la calificación viene a ser un acto previo al proceso de selección de contratistas. Es un procedimiento de preselección de posibles ofertantes. El RELACAP aclara que aún cuando no tengan la calidad de ofertantes, quedan sujetos a la LACAP sobre todo en cuanto a que se les respeten los Derechos de Libre Competencia e Igualdad, salvo que los preofertantes tengan alguno de los impedimentos, incapacidades o inhabilitaciones que plantea la LACAP.

Básicamente, la información que debe recogerse es la relativa a la capacidad legal, la solvencia financiera y la competencia técnica, en el entendido que se pretende obtener una buena contratación que satisfaga los fines públicos que se pretenden cumplir.

En el inciso final se introduce la figura de las bases de calificación en las cuales se determinarán los criterios para calificar a los preofertantes y sobre tal base definir cuáles serán los posibles ofertantes.

Información mínima para la calificación
Art. 25.- La información que podrá requerirse a los interesados, dependiendo del tipo de adquisición para participar en la calificación será:

a) Los Estados Financieros debidamente auditados;
b) Información relativa a la cifra de negocios global y de las obras, suministros, servicios o trabajos realizados por la empresa durante el plazo definido por el contratante;
c) Información cuantitativa y financiera de los contratos principales que ha realizado, en la rama que pretende ser calificado;
d) Experiencia o capacidad técnica que se requiera para desarrollar el objeto de la contratación;
e) Información de los contratos o compromisos en ejecución o pendientes de ejecutar, incluyendo plazos y montos;
f) Demostración del capital de trabajo que determine el contratante. Este capital de trabajo podrá estar conformado también por la capacidad de crédito de los ofertantes;
g) Litigios pendientes en contra del ofertante; y
h) El cumplimiento a lo establecido en el artículo 23 de este Reglamento

COMENTARIO
Prácticamente la información que se solicita para la calificación nos permite inferir por anticipado cuál es el tipo de examen a realizar, pudiendo decir que estamos en

presencia de una verdadera auditoría legal financiera y técnica. Desde tal perspectiva las instituciones que realicen las calificaciones debe ponderar dos situaciones fundamentales: la conveniencia de contar con buenos contratistas, pero por otro lado, la realidad económica de nuestro país, que en algunos casos impediría a algunos preofertantes ser calificados si los requisitos son extraídos de realidades socioeconómicas alternas a nuestro país. Tal tema debe ser tratado con mucha prudencia debido al advenimiento del TLC.

Convocatoria a precalificar
Art. 26.- Para el caso de la precalificación, la convocatoria deberá reunir los mismos requisitos establecidos para las licitaciones y concursos en general.

COMENTARIO
Se ordena que las convocatorias se realicen de conformidad a los artículos 47 y 48 LACAP, procurando que el aviso llegué al mayor número posible de optantes a la calidad de preofertante.

Recepción de información para precalificar
Art. 27.-Recibida la información de los interesados para su precalificación, la UACI conformará un expediente.

A los participantes se les notificará los resultados de la precalificación. Los precalificados pasarán a formar parte del Banco de posibles ofertantes.

COMENTARIO
Estimo que aunque el artículo no lo dice, debe formarse un expediente por cada preofertante o calificante.

La notificación no implica que se pueda poner recurso de revisión, pues tal recurso es exclusivo de los procedimientos de contratación o procedimientos de selección de contratistas, tal como establece el artículo 76 LACAP. En caso que el preofertante no sea incluido por causa no justificada, debe considerarse que la LACAP permite la participación de los no calificados. Sin embargo, no dice nada de los que fracasaron en su intento de calificación, que es posible que serán excluidos pues existen registros de ellos que no les favorecen.

Los precalificados ingresarán al banco de posibles ofertantes. Sin embargo, tal calidad debe ser revalidada cada año de acuerdo al artículo 27 inciso final LACAP.

Responsables de la precalificación
Art. 28.- En caso de Precalificación, el Titular nombrará Comisión de Evaluación de Ofertas desde esta etapa de preselección de los posibles ofertantes.

COMENTARIO

Aplicando la analogía que plantea el artículo 23 LACAP y el artículo 22 del Código Civil, es plausible establecer que las comisiones de evaluación de precalificantes, se conformarán de acuerdo al artículo 20 LACAP.

Puede causar confusión que el artículo menciona que se nombrará la comisión "desde esta etapa", pues pudiera entenderse que la Comisión de Evaluación de ofertas se nombrará desde la precalificación. Estimo que no siempre puede ser así por dos razones: a) la comisión de evaluación de ofertas se nombrará para cada caso en particular, en cambio, la calificación es general, incluso produce efectos con relación a otras instituciones y debe ser actualizada cada año de acuerdo al artículo 27 inciso 4º LACAP. Por ejemplo, califico a los contratistas de obras que tengan determinada especialidad y evalúo a los ofertantes para ver cual de éstos me propone una mejor oferta de determinada obra, y b) estimo que la comisión de calificación o no debiera ser la misma que la comisión de evaluación de ofertas, pues se estaría adelantando criterio con relación a los calificados y recuérdese que no es necesario estar calificado para participar en una licitación o concurso. Aparte de lo dicho, pueden existir casos en los cuales de forma sucesiva e inmediata se realice la calificación, debiendo razonarse porqué razón no se realiza la cocalificación que establece el artículo 29 LACAP.

Casos en que procede la precalificación y la co-calificación
Art. 29.-La calificación en forma previa procederá en los casos que la institución contratante necesite conocer las opciones del mercado respecto a una obra, bien o servicio.

En los demás casos, procederá la calificación en forma simultánea.

El proceso de precalificación no generará en ningún caso pago alguno para los interesados, ni compromiso de contratación para la Institución.

COMENTARIO
Se concluye el tema inconcluso que dejó el artículo 30 inciso 3º LACAP, que ordenó que en el Reglamento de la LACAP se determinaran los casos en los que procedería realizar la calificación previa (precalificación artículo 28 LACAP) o simultánea (cocalificación de acuerdo al artículo 29 LACAP). Estimo que no se logró del todo enfrentar tal reto, por lo siguiente:

El criterio que plantea el RELACAP para la calificación previa es la necesidad de la institución de conocer las opciones de mercado de determinadas obras, bienes o servicios. Tal criterio no está de acuerdo con la infeliz redacción del artículo 28 LACAP que entiende por precalificación la etapa previa de una licitación o concurso en la que se preselecciona de entre los ofertantes **calificados**y los invita a participar. Es decir, según este artículo de la LACAP, la precalificación es invitar a los calificados. Es evidente que lo que la LACAP quiso decir es "invitar a preofertantes para calificarlos", pero como no lo dijo así, ante la duda lo procedente es cumplir la ley por sobre el reglamento, salvo que la ley se reforme, que es lo que debió hacerse en este caso. Desde tal perspectiva, el presente artículo del reglamento no logró

satisfacer la necesidad que plantea la LACAP. Debe existir una previa reforma de ésta para que el presente artículo tenga sentido.

CAPITULO IV
GARANTIAS EXIGIDAS PARA CONTRATAR

De las garantías
Art. 30.- Las garantías establecidas en el artículo 31 de la LACAP, serán emitidas a favor del Estado y Gobierno de El Salvador, en el Ramo correspondiente; a nombre del municipio, o la respectiva Institución.

Para que las garantías sean eficaces ante la Institución, deberán sujetarse, además de lo establecido en las bases, a las disposiciones del Código de Comercio y demás leyes atinentes.

COMENTARIO
Es incuestionable que las instituciones que tengan personería jurídica propia deberán exigir que las garantías así como otros documentos sean emitidos a nombre de la misma y cumpliendo las normas sobre títulos valores y prueba de las fianzas que plantean el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de Seguros, la Ley de Bancos y la Ley de Procedimientos Mercantiles.

Garantía de mantenimiento de ofertas
Art. 31.- En el caso que en las bases se establezca que la Institución recibirá ofertas totales sobre una gestión de compras, el monto fijo de la Garantía de Mantenimiento de Ofertas será calculado sobre la totalidad del presupuesto para la adquisición**.**

Cuando en las bases se establezca la posibilidad de ofertas parciales, la Institución podrá agrupar el objeto de la licitación o concurso por rubros, ítems, rangos, códigos, entre otros, a fin de establecer el monto fijo de las garantías para cada uno de éstos.

COMENTARIO
Dada la infeliz redacción del artículo 33 LACAP, se han dado problemas prácticos para establecer el monto fijo de las garantías en que existan ofertas parciales en caso que se haya previsto la adjudicación parcial. El presente artículo pretende solucionar tal problemática, estableciendo que las ofertas parciales se deberán agrupar por ítems y el monto fijo del que habla el inciso 2º del artículo 33 LACAP, se establecerá con base en tal agrupación. Por ejemplo: en una licitación de medicamentos se solicitan 25 items diferentes, pero se ha previsto la adjudicación parcial, es decir, no es obligatorio ofertar los 25 items, se pueden ofertar menos. Lo que plantea el artículo es que en esos casos, se pueden agrupar los ítems, entiendo, por grupos de dos, tres, cinco, etc. Pienso que en las bases deberán establecerse todas las combinaciones posibles de ítems y asignarles un monto a cada uno que vaya de acuerdo al porcentaje legal (entre el 2% el 5%). Debe tenerse mucho

cuidado de no dejar fuera a ninguna combinación de ítems, pues se afectará a determinados ofertantes. Es más, con el presente artículo se está proscribiendo la posibilidad que los ofertantes pequeños, fincados en la adjudicación parcial, oferten una porción de un item, pues sería imposible prever los porcentajes que cada ofertantes presentará.

Estimo que es mejor la solución que la garantía de oferta sea un porcentaje de cada oferta, pues con esa expresión tan sencilla se cubren todas las posibilidades. Para implementarla se deberá reformar la LACAP en el artículo 33 mencionado.

Resguardo de garantías
Art. 32.- El responsable de recibir y comprobar que las garantías satisfacen los requerimientos de los documentos contractuales, será el Jefe de la UACI; posteriormente deberán ser remitidas a la Tesorería Institucional para su debido resguardo y seguimiento. La UACI deberá llevar un control de las garantías, según la modalidad de contrato y ordenado en un sistema que facilite su ubicación.

En el caso de la Garantía de Mantenimiento de Oferta, ésta podrá ser resguardada por el jefe de la UACI hasta la fecha de la suscripción del contrato. Posteriormente a esta fecha serán devueltas a los ofertantes, salvo la de aquél a quién se hubiese adjudicado el contrato, la que se retendrá hasta el momento en que se acepte la Garantía de Cumplimiento de Contrato, de conformidad a las condiciones establecidas en las bases de licitación o concurso.

El responsable de la devolución de garantías, según el caso será el jefe de la UACI, quien solicitará a la Tesorería Institucional la remisión de las mismas.

COMENTARIO
El Jefe UACI, deberá ser Notario, tener conocimientos legales o al menos un nivel de experiencia para evaluar los requerimientos legales para la validez de las garantías. En el caso de las garantías de mantenimiento de oferta, de acuerdo al artículo 46 RELACAP el Jefe o representante de la UACI podrá hacerse acompañar de un asesor legal a quien deberá convocar para el acto público de apertura de ofertas.

Tal como dice el presente artículo, con base en el artículo 80 LACAP, es recomendable guardar también las garantías de los ofertantes que estén en segundo o tercer lugar, para evacuar la posible situación que el adjudicado no quiera firmar el contrato. Ya firmado será procedente la devolución de las mismas.

Se ha previsto que las garantías sean entregadas por la UACI en la tesorería institucional a quien se solicitarán para su devolución. No debe olvidarse que la devolución debe ser ágil pues los ofertantes han contragantizado la garantía en el caso de las fianzas, cartas de crédito, etc. o tienen fondos comprometidos en el caso de cheques certificados y en todo caso, la caución o el dinero ocioso implican un daño al ofertante.

Prórroga de las garantías
Art. 33.- En caso que se requiera prorrogar la Garantía de Mantenimiento de Oferta**,** la Institución deberá solicitarla a los ofertantes, previo al vencimiento de la misma; y si alguno de los participantes no atendiera la solicitud en el término establecido en las Bases, se producirán las consecuencias allí establecidas.

En el caso de Garantía de Cumplimiento de Contrato y de Buena Inversión de Anticipo, éstas deberán ser prorrogadas una vez se autorice la prórroga o incremento del contrato.

COMENTARIO
La consecuencia que se deberá establecer en las bases es que se considerará que declina la oferta pues no estuvo pronto a prorrogar la garantía. La verdad es que queda a discrecionalidad del ofertante el prorrogar o su propuesta, pero debe dársele un plazo perentorio para hacerlo, pues el proceso debe continuar.

Es diferente el caso de las garantías de cumplimiento de contrato y de buena inversión de anticipo, las cuales por obligación contractual deben prorrogarse.

Procedimiento para prorrogar las garantías
Art. 34.- La Institución contratante podrá prevenir al contratista, con por lo menos diez días hábiles de anticipación al vencimiento de la garantía, de la necesidad de prorrogar la vigencia de la garantía por vencer y si éste no atendiera la prevención en el término establecido en las Bases, se producirán las consecuencias allí establecidas. Se exceptúa el caso de la Garantía de Mantenimiento de Oferta.

COMENTARIO
Las consecuencias que se deberán establecer en las bases es que en caso de garantía de cumplimiento de contrato, se caducará el mismo si no se prorroga la garantía, de acuerdo al artículo 94 literal a) LACAP. En el caso de la garantía de anticipo, debiera consignarse, no solo en las bases, sino también en el contrato y en la garantía misma, que su no prórroga por causas justificadas implicará su reclamo o el reclamo de la garantía de cumplimiento de contrato. Las prórrogas de estas garantías deben estar causadas por caso fortuito o por fuerza mayor. Supuestos que en ambos casos permiten conceder prórroga a los contratistas de acuerdo al artículo 86 LACAP. También pueden causarse por modificaciones contractuales (órdenes de cambio en el caso de obra), debidamente justificadas, que no causen agravio al contratista y por ende, éste las haya suscrito libremente.

La garantía de Buena Obra, por Seguridad Jurídica, debe ser improrrogable, pues luego del plazo de reclamos del artículo 99 LACAP, aplicable a todo contrato, y de la recepción definitiva del artículo 116 LACAP del capítulo del contrato de obra, las instituciones no pueden efectuar reclamos o pedir prórrogas, pues legalmente se supone que media una recepción hecha con responsabilidad que exime de compromiso al contratista. Salvo, claro está, que surjan vicios de la obra.

Ejecución de las garantías
Art. 35.- En caso de incumplimiento, el responsable de hacer efectivas las garantías contempladas en la Ley será el Titular de la Institución. La ejecución de la garantía se efectuará en la forma establecida en la Ley.

La ejecución de las garantías no excluye el cobro de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, ni excluye la aplicación de las cláusulas penales expresamente previstas en el contrato, si así se hubiere acordado; ni de las retenciones acordadas por las partes cuando resulte necesario para cubrir el monto de los respectivos daños y perjuicios. Si quedare algún saldo en descubierto, deberá reclamarse por las vías legales pertinentes.

En el caso que se haga efectiva alguna garantía, el pago deberá ingresar al Fondo General del Estado. En el caso de las Instituciones Autónomas y Municipalidades, el pago ingresará a la Tesorería Institucional.

Una vez cumplido el plazo de las garantías y éstas no hubieren sido ejecutadas por haber cumplido el otorgante de las mismas con las obligaciones garantizadas, los documentos que amparan dichas garantías serán devueltas mediante resolución razonada firmada por el Titular o su designado, previa verificación del referido cumplimiento debidamente documentado.

Las garantías, para que sean eficaces ante la Institución deberán sujetarse además a las disposiciones del Código de Comercio y demás leyes atinentes. Una copia de cada garantía presentada deberá anexarse en el expediente para efectos de control.

COMENTARIO
El titular de la institución como representante legal es quien debe realizar el reclamo de las garantías. Claro está, puede delegar o nombrar apoderados al efecto.

Es preocupante que en el RELACAP de forma irrespetuosa a la Ley y a la Seguridad Jurídica, se pretendan incluir en el segundo inciso de este artículo las figuras de las cláusulas penales y de las retenciones contractuales. Debe recordarse que en caso de incumplimiento, la LACAP previó la caducidad y las multas y que las últimas retenciones que permite la ley son las del artículo 112 LACAP y las relativas a la compensación o amortización del anticipo. Por ende, no pueden inventarse cláusulas penales ni retenciones que son ilegales e inconstitucionales. Los redactores del RELACAP no pueden olvidar que las sanciones penales y las retenciones afectan derechos fundamentales de los administrados, por ende, deben determinarse por medio de ley que emane de la Asamblea Legislativa. Diferentes son los daños y perjuicios que han sido regulados en la LACAP (artículos 38, 61, 100, 108, 118, etcétera).

Es importante que las instituciones no retengan las garantías luego que éstas ya caducaron pues se están generando afectaciones a los ofertantes y contratistas,

quienes, como ya se dijo deben garantizarlas. De nada servirá que vencidas las garantías se verifique el cumplimiento pues ya no son exigibles. Más bien parece que es un requisito burocrático. Lo que será útil es que exista dentro de la UACI una sección que se encargue de darle seguimiento a los procedimientos de selección de contratistas, a los contratos y a las obras, bienes o servicios recibidos, y que antes del vencimiento de las garantías, verifique que el contrato se ha firmado o se ha cumplido y que en su caso, la obra, bien o servicio no presenta vicios ocultos.

TITULO IV
DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LAS FORMAS DE CONTRATACION

CAPITULO I
ACTUACIONES RELATIVAS A LA CONTRATACION

Inicio proceso de adquisición o contratación

Art. 36.- El proceso de la adquisición o contratación dará inicio con la solicitud o requerimiento de parte de la unidad solicitante, debidamente aprobado por la autoridad competente; esta solicitud deberá contener por lo menos los requisitos establecidos en este Reglamento. Este proceso estará fundamentado en el Programa Anual de Adquisiciones y Contrataciones.

Cuando se tratare de la adquisición por la modalidad de contratación directa o de llave en mano, lo que dará inicio al proceso será la resolución razonada del Titular de la Institución, por medio de la cual opta por esta forma de contratar, en la que se hará referencia a las razones que la motivan, tomando en cuenta las regulaciones contenidas en la LACAP para cada modalidad.

COMENTARIO

Estimo que formalmente, el procedimiento de compra sí inicia con el requerimiento de una obra, bien o servicio por parte de la unidad solicitante. Pero creo que materialmente, el procedimiento inicia cuando la unidad interesada, incluye la petición de una obra, bien o servicio como insumo para elaborar el plan de compras. La verdad es que la requisición que se efectúa durante la ejecución del presupuesto institucional debe ser una confirmación del plan de compra. En tal sentido, una buena planificación implica la mínima diferencia entre el plan y la ejecución.

De acuerdo a los artículos 71 y 105 LACAP en el caso de la contratación directa o de contrato de obra llave en mano, debe existir un acto administrativo en el cual la institución toma la decisión la cual es semejante al acto de aprobación de bases de licitación. Por tanto, estimo que en tales situaciones el proceso iniciará formalmente con la requisición, pues en algunos casos de la contratación directa no media un proceso de licitación o contratación previo que la incluya, sino que debe iniciarse y el titular no puede resolver sin una petición o sin un antecedente. En el caso de los contratos de obra llave en mano, también debiera mediar de forma previa la requisición que, como se advirtió será una confirmación del plan de compras.

Bases de licitación o concurso

Art. 37.- Iniciado el proceso, se procederá conjuntamente con la unidad solicitante a elaborar el proyecto de las bases de licitación o de concurso, las cuales deberán contener las condiciones generales y especiales que han de regir la contratación; éstas constituirán, entre otros, un marco normativo que regirá el procedimiento de adquisición y contratación, así como la formulación y ejecución del contrato.

COMENTARIO

Reiterando el espíritu del artículo 43 LACAP, se menciona que las bases de licitación o de concurso serán el marco normativo que regirá el procedimiento de selección de contratista, la contratación y la ejecución contractual. Es recomendable que las instituciones a estas alturas ya tengan sus modelos de bases, las cuales deben contener normas generales aplicables a toda contratación, normas especiales aplicables a cada tipo de contrato (obra pública, suministro, consultoría) y normas específicas aplicables a cada contratación en particular.

Existe un error al decir que las bases regularán la formulación del contrato, pues éste ya debe estar formulado al momento de vender las bases, ya que de acuerdo al artículo 45 LACAP forma parte de las bases de licitación.

Remito a los comentarios del artículo 44 LACAP.

Contenido del expediente de adquisición o contratación

Art. 38.- El expediente contendrá, entre otros la solicitud o requerimiento, la indicación de la forma de adquisición o contratación, verificación de la asignación presupuestaria y toda la documentación que sustente el proceso de adquisición, desde el requerimiento hasta la contratación, incluyendo además aquellas situaciones que la Ley mencione. El expediente deberá ser conservado por la UACI, en forma ordenada, claramente identificado con nombre y número, foliado, con toda la documentación comprobatoria de los actos y contratos materia de la LACAP.

COMENTARIO

Dentro de las situaciones que la ley menciona están: la calificación en su caso (artículo 27 LACAP); las bases de licitación y su aprobación (artículos 18 y 44 LACAP); la aprobación de la lista corta en su caso (artículo 66 LACAP); el nombramiento de la Comisión de Evaluación de Ofertas (artículo 20 LACAP); las adendas, emiendas., consultas o aclaraciones (artículos 50 y 51 LACAP); el acta de apertura y las ofertas presentadas (artículo 53 LACAP); las garantías (artículos 33 y siguientes LACAP); las actas de evaluación (artículo 55 LACAP); la recomendación y el acto de adjudicación o similar (artículo 56 LACAP); el recuso de revisión, la recomendación de la Comisión Especial de Alto Nivel y la resolución respectiva (artículo 76 y siguientes LACAP), las notificaciones (artículos 57 y 74 LACAP) y publicaciones (artículos 47, 48 y 57 LACAP), entre otros.

La conservación del expediente se hará por el plazo que establece el artículo 14 LACAP.

Confidencialidad de las bases
Art. 39.- Las bases de licitación o concurso, una vez elaboradas y aprobadas por el Titular, serán mantenidas bajo estricta confidencialidad hasta la fecha en que se pongan a disposición de los interesados, a efecto de salvaguardar la igualdad de condiciones en que deben participar los ofertantes.

COMENTARIO
Al igual que el artículo 54 LACAP plantea la reserva del procedimiento de evaluación, es importante que las bases sean reservadas, sobre todo en lo relativo a las cláusulas específicas. Todo para evitar que algún ofertante se ponga en ventaja obteniendo previamente tal información. La revelación de tal información implicará la comisión del delito de Revelación de Secreto de acuerdo al 324 del Código Penal y también es causal de despido de acuerdo al artículo 155 literal b) LACAP.

Aviso de convocatoria a retiro de bases
Art. 40.- El aviso de convocatoria contendrá:

a) El nombre de la Institución que hace la convocatoria, el número de licitación o concurso y la denominación del proceso;
b) La indicación de los lugares, fechas y horarios en que los interesados podrán obtener las bases y especificaciones de la licitación o el concurso, y en su caso, el costo y lugar de pago de las mismas de conformidad a la Ley;
c) La fecha, hora y lugar de la celebración del acto de recepción y apertura de ofertas;
d) En el caso que la licitación o concurso sea internacional, identificar esta situación; y
e) Las aclaraciones o limitaciones derivadas de la aplicación de algún tratado o convenio.

Así mismo contendrá los datos que la LACAP establece y los demás que la respectiva UACI estime necesarios y convenientes; y será suscrito por el Jefe de la UACI.

COMENTARIO
Los datos que la LACAP establece en su artículo 47 son los siguientes: las obras, bienes o servicios a contratar; el lugar donde retirar los documentos o la información necesaria; los derechos por las bases; el plazo para recibir las ofertas y el plazo para aperturarlas. Como se ve algunos elementos se repiten.

Pago y retiro de bases
Art. 41.- Los interesados podrán examinar las bases sin necesidad de adquirirlas a partir de la convocatoria por los medios que la Institución determine. El pago y retiro de las bases de licitación o concurso podrá iniciarse a partir de la fecha de la primera publicación del aviso de convocatoria. El período de pago y retiro no podrá ser menor de dos días hábiles, pudiendo ampliarse el plazo dependiendo de la naturaleza de la

licitación o concurso de que se trate.

Al momento de retirar las bases de licitación o concurso, el Jefe de la UACI o su designado deberá elaborar un listado en el que registrará los datos correspondientes, tales como:

a) Nombre de la Institución que hace la convocatoria, el número de licitación o concurso y la denominación del proceso;
b) Nombre de la persona natural o jurídica que compra las bases, dirección, fax o teléfono para recibir notificaciones;
c) Nombre, documento de identificación y firma de la persona comisionada para retirar las bases;
d) Fecha y hora del retiro de bases ; y
e) Demás condiciones que se consideren pertinentes.

COMENTARIO
Una válida e importante figura que se introduce es el derecho del ofertante para examinar las bases. La verdad es que solo somos libres en la medida que conocemos. Por ello, para garantizar el Derecho General de Libertad, es que los ofertantes puede observarlas para decidir si las compran o no. Eso tiene mayor validez en el caso de bases que son muy onerosas. Evidentemente tal derecho deberá ser ejercido por el representante de la ofertante, por el ofertante mismo o por un delegado que tenga criterio para evaluar y en su caso decidir. Es una carga que pesa sobre los ofertantes para que éstos tomen una decisión acertada. Queda en ellos ejercerla.

Consultas y aclaraciones
Art. 42.- Corresponderá al Jefe de la UACI emitir las aclaraciones a las consultas que no modifiquen el contenido de las bases.

COMENTARIO
Existe una limitante: solo en lo que no modifique el contenido de las bases, es decir, puede aclarar sobre elementos formales o accesorios, pero no puede modificarlas.

Adendas o enmiendas
Art. 43.- Cuando sea necesario emitir una adenda o enmienda a las bases, éstas serán aprobadas por la autoridad competente que aprobó dichas bases, y serán notificadas por medio de la UACI a los interesados.

COMENTARIO
Quien tiene competencia para emitir las bases de licitación de acuerdo al artículo 18 LACAP, también es quien está llamado a modificarlas, pues solo la autoridad competente es tal. Toda modificación debe ser hecha del conocimiento de los ofertantes por medio de la UACI de acuerdo a los artículos 50 y 51 LACAP.

Modalidades de presentación de ofertas

Art. 44.- Las Modalidades de presentación de ofertas dependerán de la naturaleza de la obra, bien o servicio a adquirir, las cuáles pueden ser de la siguiente manera:

a) Obras, Bienes y Servicios: Presentación de la oferta técnica y económica en uno o varios sobres, los cuales podrán ser abiertos en dos actos de apertura pública de ofertas; y
b) Consultorías: Presentación de la oferta técnica y económica en dos o más sobres los cuales podrán ser abiertos en dos actos de apertura pública de ofertas, generalmente en fechas diferentes.

COMENTARIO

De acuerdo al artículo 52 inciso 1º LACAP pueden existir diferentes modalidades de presentación de ofertas: un sobre, dos sobres, tres sobres; aperturas en fechas diferentes; ofertas alternativas; etc. Sin embargo, el artículo de la LACAP pedía que en el reglamento se regulara lo relativo a los procedimientos de cada una de las modalidades. Tal parece que la presente regulación resulta insuficiente. Tal insuficiencia se puede suplir por medio del artículo 44 literal e) LACAP.

Recepción de ofertas

Art. 45.- Las ofertas se recibirán en la forma, fecha, lugar y hora indicada en las bases de licitación o concurso, las cuáles deberán presentarse en sobres cerrados, en original y copias, con identificación clara del ofertante y del proceso en que está participando. El número de copias a presentar será indicado en las respectivas bases de licitación o concurso.

Al momento de recibir las ofertas, el Jefe de la UACI o su designado deberá elaborar un listado en el que registrará los datos correspondientes, tales como:

a) Nombre de la Institución, el número de licitación o concurso y la denominación del proceso;
b) Nombre o denominación del ofertante;
c) Nombre y firma de la persona que entrega la oferta; y
d) Fecha y hora de presentación de la oferta.

En toda licitación o concurso solamente podrán presentar ofertas las personas naturales o jurídicas que hayan cancelado los derechos de retiro de bases, de conformidad a los mecanismos que las Instituciones determinen en la convocatoria.

COMENTARIO

El número de copias a presentar debe regularse con criterios de seriedad y necesidad.

Se establece que únicamente los que hayan cancelado las bases podrán presentar ofertas. Evidentemente en las bases se deberá pedir como un documento a presentar en la oferta el recibo de pago de las mismas. Estimo que tal regulación relacionada con el derecho a examinar las bases contenido en el artículo 41 RELACAP van de la mano. Si se tuvo la oportunidad de examinar las bases debe tomarse una decisión, se compran o no. En caso de comprarlas se tendrá derecho a la presentación de ofertas. Estimo que no se vulnera el derecho de libertad sino que

se regula a efecto que solo concurran los ofertantes que con seriedad asuman su papel de tales.

Apertura de ofertas
Art. 46.- El acto de apertura de ofertas será público y presidido por el representante de la UACI, quién podrá hacerse acompañar de los empleados o funcionarios que considere pertinentes. Al mismo acto comparecerán los ofertantes o sus representantes, que deseen asistir.

Los sobres serán abiertos a la vista de los presentes, de acuerdo a la modalidad establecida en las bases, en un acto público en la fecha, lugar y hora señalados. Se revisará únicamente que se cumpla el requisito de la presentación de la Garantía de Mantenimiento de Oferta, y leerá en voz alta el nombre o denominación de los ofertantes y el precio ofertado. Las ofertas no podrán ser rechazadas en el acto de apertura por ningún motivo, con excepción de lo estipulado en la Ley.

Posteriormente, la Comisión de Evaluación de Ofertas verificará el cumplimiento de las condiciones de la Garantía de Mantenimiento de Oferta.

En el caso que la apertura de las ofertas económicas no se realice en la misma fecha, los sobres que las contengan quedarán en custodia del Jefe de la UACI, quien convocará a los participantes a la apertura pública de dichos sobres.

COMENTARIO
Tal como establece el artículo 53 LACAP la apertura de ofertas es un acto público. No necesita aclararse que deben estar los ofertantes o sus representantes para velar por los intereses de cada empresa y los funcionarios de la institución. Pero además de ellos, tanto la LACAP como el RELACAP son unánimes al aclarar que es un acto público, entonces puede estar quien desee hacerlo.

La apertura de ofertas será presidida por el Jefe UACI o su representante, de acuerdo al artículo 12 literal g) y 53 LACAP, quien podrá convocar a otros funcionarios como asesores, jefes de sección, etc.

La única verificación que exige el RELACAP es que la garantía de mantenimiento de oferta venga en orden. Los funcionarios presentes no tienen competencia para rechazar o resolver situaciones que se susciten. Será la autoridad competente, previa la recomendación de la Comisión de Evaluación de Ofertas que decida al respecto.

Es obligación de la Comisión de Evaluación de Ofertas (CEO) verificar el cumplimiento de las condiciones de la garantía de mantenimiento. Es decir, debe existir una doble verificación, pues de acuerdo al artículo 32 RELACAP el Jefe UACI debe verificar que las garantías, incluida la de mantenimiento de oferta, cumplan los requisitos de ley y los establecidos en las bases de licitación, como documento contractual que es. Pero el presente artículo ordena que después la CEO también verifique. Tales planteamientos tienen dos consecuencias: 1º el Jefe UACI debe

estar en la apertura de ofertas, y 2º tanto el Jefe UACI como los integrantes de la Comisión de Evaluación de Ofertas deben tener personal competente o contar con colaboradores que tengan la capacidad y el criterio para verificar el cumplimiento de los requisitos mencionados. Sin embargo, el Jefe UACI puede convocar a un asesor legal que le colabore, igual puede hacer la CEO, pero debe ser un asesor diferente que el que dictamine sobre la legalidad del procedimiento. De lo contrario el asesor legal adelantará criterio y su valoración estará viciada, que es lo que se conoce como funciones incompatibles.

Acta de apertura de ofertas

Art. 47.- Al finalizar el proceso de la apertura de las ofertas se elaborará un acta, en la que se hará constar la información siguiente:

a) Nombre de la persona natural o jurídica que presenta la oferta;
b) Nombre del representante del ofertante;
c) Monto de la oferta requerida;
d) Monto de la garantía;
e) Las ofertas excluidas de pleno derecho, de conformidad al artículo 53 de la LACAP; y
f) Cualquier otra situación que se necesite reflejar en el acto de apertura.

El acta deberá ser firmada por el representante de la UACI, los funcionarios asistentes y los representantes de los ofertantes, a los cuales se les entregará copia de la misma; la omisión de la firma por los ofertantes no invalidará el contenido y efecto del acta.

COMENTARIO

Las otras situaciones que se pueden incluir en el acta son por ejemplo los reclamos de los ofertantes por alguna situación. Aún cuando es un acto público, firmarán el acta los protagonistas del evento, quienes pueden retirarse antes y no firmarla o negarse a firmarla, pero la Fe Pública Administrativa de la que está investido el Jefe UACI como funcionario público que es, le confiere al acta categoría de instrumento auténtico de acuerdo al artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles.

Factores de evaluación

Art. 48.-Para la definición y selección de los factores de evaluación deberá tenerse en cuenta las formas de contratación de que se trate. El énfasis de estos factores de evaluación, para la calificación, deberá concentrarse en el análisis de los ofertantes, mientras que en las licitaciones o concursos se enfocarán en la evaluación de las ofertas.

La Comisión de Evaluación de Ofertas deberá verificar que las ofertas incluyan la información, documentos técnicos, legales, financieros y demás requisitos solicitados en las bases. En caso de omisión de algunos documentos, y ésta hubiere sido considerada subsanable en las Bases, la Comisión de Evaluación de Ofertas por medio del Jefe de la UACI, solicitará por escrito los documentos que deberán agregarse o completarse y el plazo con que contará para la subsanación, siempre y

cuando se haya establecido en las bases. En caso de no subsanarse en los términos prevenidos, la oferta no se tomará en cuenta para continuar con el proceso de evaluación.

Para efectuar el análisis de las ofertas, la Comisión de Evaluación de Ofertas deberá tomar en cuenta únicamente los factores y criterios indicados en las bases de licitación o de concurso. A cada factor deberá establecérsele los criterios de evaluación y su ponderación en forma clara, los que deberán ser objetivos, mensurables o cuantificables y no arbitrarios.

Los factores que pueden tomarse en cuenta para la evaluación con ponderación son, entre otros: los criterios técnicos de capacidad y experiencia, tanto del ofertante, como de su personal permanente, su situación financiera y sus potenciales de producción, los méritos académicos y la experiencia del personal que se encargará de ejecutar el contrato, las cuantificaciones de producción, la metodología y el programa de trabajo.

La Comisión de Evaluación de Ofertas podrá tomar en consideración las variantes o alternativas que ofrezcan los ofertantes, cuando las mismas respondan a requisitos o modalidades de presentación señalados en las bases de licitación o concurso, proveyendo en dichas bases la forma de evaluación o ponderación de estas variantes. Para poder evaluar una oferta alternativa, deberá cumplir con todos los requisitos estipulados en las bases.

COMENTARIO

Más que las formas de contratación, deben tomarse en consideración los tipos de contratos regulados en el artículo 22 y 24 LACAP. Por ejemplo: No es lo mismo evaluar para suministro de bienes de entrega inmediata que para una consultoría o una obra pública. En el primer caso, la evaluación financiera no es determinante pues estamos frente a una entrega inmediata, en el segundo, la evaluación que debe prevalecer es la técnica, de acuerdo al artículo 55 LACAP, sin embargo, el factor financiero puede o no ser considerado importante; en el tercer caso, la obra pública, no es lo principal, pero no puede evitarse darle importancia, pues no se puede permitir que una obra quede inconclusa por problemas financieros del contratista.

El ente competente y obligado a verificar la documentación que acredite la capacidad personal, financiera y técnica de los ofertantes en la CEO. De acuerdo al artículo 44 literal v) LACAP pueden establecerse elementos subsanables en las bases de licitación, estableciéndose un procedimiento para hacerlo, así como los efectos de la no respuesta de un ofertante. Estimo que en realidad debe tomarse como que el ofertante desiste de su oferta, pues ante la oportunidad de seguir en evaluación por medio de la presentación de los documentos requeridos, decide no presentarlos, sabiendo que con tal omisión quedará fuera de competencia.

No es procedente que los ofertantes pidan prórroga para presentar documentos, además del plazo establecido, sobre todo considerando que han tenido por lo menos 10 días hábiles (artículo 44 literal k) LACAP) para preparar la oferta. Hacerlo es una falta de seriedad y debe denegarse tal solicitud.

La Comisión de Evaluación de Ofertas no puede excederse de los parámetros contenidos en las bases para evaluar. Los mismos se fincan en los artículos 44 literal r) y 55 LACAP y en ellos se debe respetar la Libre Competencia y la Igualdad, no debiendo dejarse nada al arbitrio subjetivo de la Comisión de Evaluación de Ofertas, pues si ésta recomienda sobre tal base, el acto de recomendación y la posterior adjudicación será ilegal ya que está violentando el Principio de Legalidad y existirían vicios de causa y fin del acto administrativo. La Comisión e incluso la autoridad competente para adjudicar no pueden actuar más allá de lo establecido en las bases de licitación como documento que norma el procedimiento de selección de contratista.

Los criterios que se proponen en el inciso 4º deben detallarse y ponderarse. Por ejemplo, lo relativo a los criterios técnicos de capacidad y experiencia, deben delimitarse, diciendo cuáles son esos criterios, cuánto puntaje o ponderación se asignará a cada criterio y como se ganará. En todo caso, no es recomendable la formula todo o nada, pues en el fondo es inconveniente a la institución e injusta para los ofertantes. Por ejemplo, si un criterio de experiencia es la cantidad de consultorías sobre determinado tema, deben concederse puntos o ponderación de acuerdo a la cantidad de consultorías sobre el tema, estableciendo un máximo de consultorías que tendrá el máximo de puntos. Así, si se le establecen diez puntos a la experiencia en consultorías sobre determinado tema, se asignará el máximo de diez puntos a una cantidad razonable de consultorías que pueda tener un consultor, ejemplo, cinco consultorías; de ahí que si tiene solo cuatro tendrá ocho puntos, si tiene tres, seis puntos. No sería justo ni conveniente establecer que quien no tenga el mínimo de cinco no tendrá puntaje, pues de tal manera se está restringiendo en rango de potenciales ofertantes, lo que implicará un procedimiento muy exigente que puede ser declarado desierto.

De igual forma las bases deben haber previsto de forma detallada las variables de las ofertas, pues si no se ha regulado nada al respecto no se podrán evaluar las ofertas alternativas.

Criterios de evaluación de la capacidad técnica

Art. 49.- Los criterios de evaluación de la capacidad técnica en las adquisiciones y contrataciones deberán ponderarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos y experiencia, lo que podrá acreditarse según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

a) Para el personal, los títulos académicos o profesionales del personal del ofertante: En el caso de Precalificaciones, el personal directivo y técnico permanente. En el caso de Cocalificaciones, para licitaciones o concursos, el personal directivo técnico que estará encargado de la obra o trabajo de consultoría;

b) Bienes: Evidencias sobre el número o volumen suministrado durante un período determinado, pruebas de la existencia de instalaciones y facilidades que garanticen el mantenimiento, autorizaciones de representación de los fabricantes de los bienes y certificaciones sobre su calidad o garantías; así como muestras, descripciones y fotografía de los productos a suministrar, cuando sea conveniente su aplicación;
c) En el caso de ofertante nuevo en el mercado, los correspondientes certificados de constancias de calidad;
d) Obras: Declaraciones sobre los materiales y la existencia de la maquinaria y equipos de que disponga el ofertante, ya sean propios o alquilados, para la realización del contrato; y
e) Certificaciones establecidas por las Instituciones Oficiales que velen por la calidad de bienes y servicios y protegen a los consumidores.

COMENTARIO
Los títulos académicos o similares deben presentarse legalizados, además debe acreditarse la experiencia por medio de atestados, bitácoras, etcétera. Los flujos de bienes de una empresa pueden verificarse por medio de informes de auditoría o balances, debiendo preferirse los presentados al Registro de Comercio y al Ministerio de Hacienda. Las recomendaciones deben ser firmadas por los representantes o personal autorizado de quien emite la recomendación, cuya firma debe ser legalizada y además deberán verificarse por medio de llamadas telefónicas.

Informe de evaluación de ofertas
Art. 50.- La Comisión de Evaluación de Ofertas, una vez finalizado el análisis de las propuestas y de acuerdo con los factores y criterios establecidos en las bases de licitación o concurso, emitirá un informe por escrito, señalando la oferta que resultó mejor evaluada, especificando los puntajes correspondientes de todas las ofertas, con indicación de su monto, detalle de las ofertas descalificadas y sus motivos, haciendo la recomendación que corresponda, ya sea para que el Titular adjudique o declare desierta la licitación o concurso. Dicho informe deberá ser firmado por todos los integrantes de la Comisión, y los que estuvieren en desacuerdo dejarán constancia de la razón de su inconformidad.

Si resultare que dos o más ofertas alcanzan el mismo puntaje total, en el informe se recomendará adjudicar a quien presente la oferta económica más favorable para la Institución, si ésta aun no hubiere sido valorada.

El Titular podrá requerir dictamen jurídico de la legalidad del proceso y de la documentación relacionada, si la Institución dispone de los recursos para este fin. Este dictamen deberá ser emitido en un plazo máximo de cinco días después de haber sido recibido por el asesor legal designado.

Posterior a la notificación de adjudicación, los resultados estarán a disposición de los interesados que lo soliciten.

COMENTARIO

Únicamente el titular puede requerir el dictamen jurídico del procedimiento, el asesor jurídico de la UACI o similar tendrá un plazo máximo de cinco días después de recibido el requerimiento, que debe ser por escrito debido a que es la materialización de una potestad discrecional del titular. Véase que el requerimiento del dictamen, como es para cada caso, debe ser individual, no puede ser general. Con esta disposición se borra el desaguisado que se cometió al eliminar el dictamen legal del artículo 20 LACAP.

Para los efectos de respetar el Derecho de Vista contenido en los artículos 2 literal a) RELACAP y 153 literal b) LACAP, los resultados, es decir, las actas de evaluación y la documentación que los soportan, incluyendo las ofertas es decir, todo el expediente debe estar a disposición de los interesados que son los ofertantes, quienes podrán consultarlo junto con el personal que deseen, ya que no existen restricciones al respecto. No es lícito, ni ético ni lógico, pensar que los resultados serán únicamente la resolución de adjudicación, pues ésta debe ser parte de la notificación, tal como ordena el artículo 74 LACAP y todo el procedimiento administrativo que se tomó como base para la adjudicación, consta en el expediente.

En igual sentido se pronunció la Política Anual de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública emitida por la UNAC en el año 2005, específicamente en su norma 3 del literal h) Otros Lineamientos, que ordena que se faciliten los expediente a los ofertantes. Tal como se expuso en el comentario del artículo 54 LACAP, en el mismo sendero está la Ley de Etica Gubernamental.

CAPITULO II
LICITACION Y CONCURSO PUBLICO POR INVITACION

Norma para la aplicación del procedimiento
Art. 51.- Para la determinación de los potenciales ofertantes, la Institución podrá utilizar la información de los registros de la UACI, o solicitar a la UNAC u otras Instituciones que posean registros confiables, sin limitarse a éstos.

La Institución podrá incluir en el aviso de invitación a retiro de bases, aclaración relativa a que cualquier otra persona natural o jurídica que no haya sido invitada puede participar en la licitación o concurso.

COMENTARIO
Se prevé la colaboración interinstitucional para conformar la lista corta. Incluso, de acuerdo al artículo 27 inciso final LACAP la calificación surte efectos con relación a otras instituciones, pudiendo ser un parámetro para conformar la lista corta.

Siendo respetuosos del Derecho de Libertad y en consonancia al artículo 49 LACAP, se establece que cualquier interesado, aún cuando no esté en la lista corta puede acudir a revisar y/o a comprar las bases de licitación.

CAPITULO III
REGLAS DE LA LIBRE GESTION

Del fraccionamiento

Art. 52.- Para que opere la prohibición del Artículo 70 de la Ley, el ofertante o contratista deberá prestar el mismo servicio o proporcionar los mismos bienes, en montos que excedan los límites establecidos en la Ley. Vencido el período a que se refiere la prohibición de fraccionamiento del mencionado artículo, el cual se contará a partir de la fecha en que alcanzó el monto de Ley, podrá la institución contratarlo nuevamente.

COMENTARIO

Los límites establecidos en la ley son los contenidos a los montos para contratar regulados en los artículos 40 y 41 LACAP. Si excede del límite de libre gestión, la institución ya no podrá contratar en el mismo año por libre gestión, pues será observada por la Corte de Cuentas de la República, además que la contratación será ilegal y se habrá propiciado el fraccionamiento que es causal de despido, de acuerdo al artículo 155 LACAP.

El presente artículo da a entender que cada tres meses se puede contratar una libre gestión con límite máximo, pudiendo entonces realizar cuatro libres gestiones que al final del año fiscal darán por resultado cuatro compras que suman más de cincuenta mil dólares. Por ello, este artículo está en contraposición a las normas sobre los montos para contratar y la programación y presupuestación, pues si existe programa y presupuesto y ya se sabe que de determinado bien o servicio, las compras van a exceder el monto de libre gestión, debe promoverse una licitación o concurso público por invitación.

Comprobación del fraccionamiento

Art. 53.- Para efecto de comprobar el fraccionamiento, las Unidades de Auditoria Interna de cada una de las Instituciones, deberán verificar semestralmente las adquisiciones y contrataciones bajo la modalidad de Libre Gestión. Si de su verificación se comprobare que se ha incurrido en fraccionamiento, lo hará del conocimiento del Titular de la institución, para la imposición de las sanciones legales correspondientes.

COMENTARIO

El artículo 58 LACAP que proscribe el fraccionamiento y lo sanciona con la nulidad y el despido (artículo 155 LACAP), ordenó que en el reglamento se establecieran los procedimientos para comprobar los fraccionamientos. Más que procedimientos, estableció quien realizará la comprobación y cada cuanto lo hará, lo que resulta insuficiente, por lo que el artículo presente no cumplió el cometido del artículo 58 LACAP. Tal omisión puede subsanarse por medio de las normas técnicas de control interno de cada institución.

CAPITULO IV
REGIMEN EXCEPCIONAL

Contratación directa por declaratoria de emergencia
Art. 54.- La Contratación Directa por emergencia proveniente de guerra, calamidad pública o grave perturbación del orden procederá por la declaratoria de ésta, mediante decreto emitido por los órganos correspondientes.

Los procedimientos de adquisiciones que se hayan iniciado antes de una declaratoria de emergencia, continuarán rigiéndose por las estipulaciones legales mediante las cuales se iniciaron los mismos hasta su conclusión; exceptúanse las obras, bienes o servicios cuya adquisición resulte indispensable de conformidad con la emergencia declarada.

COMENTARIO
Debe mediar la declaratoria de calamidad pública para emitir el acto administrativo de contratación directa con base en el artículo 72 literal g) LACAP. Siempre tales contrataciones deben tener por objeto prestaciones que de forma directa o indirecta palien los efectos de los desastres o conflagraciones.

Contratación directa por calificativo de urgencia
Art. 55.-En el caso de adquisiciones calificadas de urgentes, bastará con la decisión del Titular, que así las declare, y se informe de ello al Consejo de Ministros.
Esta disposición también es aplicable también a las instituciones autónomas.

COMENTARIO
Las instituciones autónomas aún cuando sean tales y tengan independencia administrativa y financiera, están adscritas a determinados ministerios, a quienes deberán informar para que cada uno de estos informe a su vez al consejo de ministros. Se aclara que el conocimiento al Consejo será posterior a la declaratoria. Es que la declaratoria es un acto del titular no del Consejo de Ministros. No se incluyen en esta disposición a la Asamblea Legislativa, al Órgano Judicial, al Ministerio Público y a los organismos constitucionales como Corte de Cuentas de la República, Tribunal Supremo Electoral, etcétera.

CAPITULO V
RECURSO

Contenido del recurso de revisión
Art. 56.- El recurso de revisión se sujetará a los siguientes requisitos:

a) Debe interponerse por escrito, ante el funcionario que dictó el acto del que se recurre, en el plazo establecido en la Ley;
b) Contener el nombre o denominación del recurrente, el nombre y generales del representante legal o de su apoderado en su caso y el lugar señalado para oír notificaciones;

c) Identificación precisa del acto contra el que se recurre y la razón de su impugnación;
d) Lugar y fecha; y
e) Firma del peticionario.

COMENTARIO
Además de los requisitos presentes, no deben olvidarse los establecidos en los artículos 76, 77 y 78 LACAP. Es fundamental que cualquier escrito, sobre todo un recurso, tenga una petición concreta, tal como ordena el artículo 78 inciso 1º LACAP al manifestar "los extremos que deben resolverse".

Admisibilidad del recurso
Art. 57.- La resolución sobre admisibilidad o rechazo de cualquier recurso deberá proveerse dentro de los tres días siguientes a partir de la recepción del mismo.

Mediante la resolución que admite el Recurso se mandara a oír, dentro del plazo de tres días a los terceros que puedan resultar perjudicados con el acto que lo resuelve.

COMENTARIO
Se completa de excelente forma el procedimiento del recurso de revisión ya contemplado en el artículo 77 LACAP, estableciendo un plazo de admisión. Asimismo de forma respetuosa del Debido Proceso contenido en el artículo 11 de la Constitución de la República, se ordena que él o los adjudicados se pronuncien, pudiendo defender así el derecho subjetivo que ya se ganó.

Comisión de alto nivel
Art. 58.- La Comisión Especial de Alto Nivel a que se refiere el articulo 77, inciso segundo de la LACAP deberá estar conformada por las personas idóneas para cada caso, quienes deberán ser de moralidad notoria; no necesariamente deben pertenecer a la Institución y en ningún caso podrán ser las mismas que conformaron la Comisión de Evaluación de Ofertas.

La integración de dicha Comisión deberá ser diferente para cada recurso, según la naturaleza de las obras, bienes o servicios a contratar.

COMENTARIO
Importante la aclaración que hace el artículo en cuanto a que es incompatible ser miembro de la Comisión de Evaluación de Ofertas y de la Comisión Especial de Alto Nivel. De igual forma, el personal que ha intervenido o dictaminado sobre el procedimiento, no debieran estar en tal órgano, pues tiene viciada su opinión. Habrá que normar cómo se va a probar la moralidad notoria de los funcionarios o empleados para conformar tal ente. Una innovación muy útil es que la comisión Especial de Alto Nivel puede estar conformada con personal ajeno a la institución al cual se le puede pedir colaboración con base en el artículo 20 inciso 5º LACAP aplicado de forma analógica. Dando por resultado que se puede contar con el auxilio

de otras instituciones o a la misma UNAC.

Al igual que la comisión de Evaluación de Ofertas, cada Comisión Especial de Alto Nivel debe ser diferente. No pueden nombrarse los mismos funcionarios para todos los casos.

TITULO V
DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

CAPITULO I
EJECUCION DE LOS CONTRATOS

De las prórrogas de los plazos contractuales
Art. 59.- La prórroga de los plazos contractuales deberá ser acordada por el Titular mediante resolución razonada, previo al vencimiento del plazo pactado. Acordada la prórroga, el contratista deberá presentar dentro de los ocho días siguientes, la prórroga de las garantías correspondientes.

Cuando se solicite prórroga por incumplimiento en el plazo, por caso fortuito o fuerza mayor, el contratista expondrá por escrito al contratante las razones que impidan el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y presentará las pruebas que correspondan.

COMENTARIO
De acuerdo a los artículos 83, 86 y 92 inciso 2º LACAP se prevé la prórroga contractual, la cual deberá ser acordada por el titular. Es decir, debe existir un acto administrativo que la ordene. Tal acto administrativo debe ser previo a la caducidad del plazo contractual. Aunque no se menciona, el acuerdo de prórroga es la base para la firma de un instrumento que modifique el contrato. Recuérdese que la prórroga no es unilateral, sino bilateral, el acuerdo faculta al funcionario competente para firmar el instrumento de prórroga. No se puede obligar a un contratista a prorrogar un contrato. También es una inconsistencia que se hable de resoluciones modificativas que serán aceptadas por el contratista, pues la resolución es un acto unilateral del funcionario competente y la modificación contractual debe ser hecha por instrumentos semejantes al contrato.

Acta de recepción
Art. 60.- Se elaborará acta de recepción de todas las adquisiciones que se realicen; la que tendrá como contenido mínimo lo siguiente:

a) Lugar, día y hora de la recepción;
b) Nombre del proveedor o contratista;
c) Fecha y referencia del contrato o de la orden de compra;
d) Especificaciones o características técnicas de la obra, bien o servicio;
e) Nombre y firma de la persona que entrega por parte del proveedor o contratista;

f) Nombre, cargo y firma de las personas que reciben la obra, bien o servicio; y
g) Cualquier otra información pertinente.

COMENTARIO
Dentro de la información pertinente se encuentra el plazo de reclamos contenido en el artículo 99 LACAP, que aún cuando es materia del contrato, es útil ponerlo en el acta de recepción pues partir de la recepción es que cuenta tal plazo.

Recepción provisional

Art. 61.- Deberá establecerse en las bases de licitación o concurso a quien corresponderá el costo de las pruebas a realizarse, para determinar que las obras, bienes o servicios recibidos en virtud del contrato, se ajustan a lo requerido.

COMENTARIO
Estimo que el valor de tales pruebas debiera ser asumido por la institución. De tal forma no se da lugar a dudas sobre la objetividad de las pruebas que se hayan realizado. Entonces en un elemento más a incluir en la programación y presupuestación. De igual forma, pueden preverse las contrataciones de consultores al efecto para que dictaminen sobre los bienes, obras o servicios recibidos.

Criterios para el ajuste de precios

Art. 62.- En los contratos cuyo plazo contractual exceda de doce meses calendario, podrá pactarse el ajuste de precios.

Para los contratos por precios unitarios, el análisis consistirá en la cuantificación de las variaciones de cada precio y el impacto de éstas sobre los precios totales.

Para los contratos por la modalidad Llave en Mano, no podrá pactarse ajustes de precios.

COMENTARIO
Debe aclararse que de acuerdo al artículo 88 LACAP el ajuste de precios procede cuando el contrato excede de doce meses calendario y cuando existan modificaciones de precios que afecten los costos. De ahí que al existir esos supuestos puede solicitarse por el contratista y de ser procedente realizarse la modificación contractual. No debe entenderse el presente artículo como que el ajuste de precios se va a pactar previamente para que proceda, pues no opera por contrato sino en virtud de ley y al darse los supuestos de ésta es que procederá, aún cuando no conste en el texto del contrato.

El inciso final del artículo 88 LACAP previó que en el reglamento se establecerían los diferentes criterios y mecanismos de ajuste de precios. El presente artículo solo hable de dos situaciones: el ajuste de precios en los contratos por precios unitarios y en los contratos llave en mano. En el primer caso se establece un mecanismo para ajustarlos para lo cual se deberá cuantificar las variaciones de cada precio unitario, debiendo incluir solo los precios contractuales que hayan sido impactados por las

variaciones de los precios de los mercados. En el caso del contrato llave en mano, tal como ordena el artículo 105 LACAP, se prohíbe pactar el ajuste de precios, lo que se considera injusto, pues aún en contratos llave en mano cuyo precio es alzado, puede darse la situación que el contratista se vea afectado por el incremento en los precios y aún cuando el contrato sea llave en mano, el contratista no puede estar obligado a soportarlo si con ello sufre pérdidas. Por ello es viable la figura del arreglo directo o incluso la vía judicial para intentar tal reclamo.

Pago de multa
Art. 63.- El pago correspondiente por el importe de las multas, deberá ingresar a las Colecturías del Sistema de Tesorería. En el caso de las Instituciones Autónomas y Municipalidades el pago ingresará a la Tesorería Institucional.

COMENTARIO
El reglamento no pudo suplir las deficiencias de la LACAP en cuanto a la falta de procedimiento y de autoridad competente para la imposición de las multas.

CAPITULO II
EXTINCION DE LOS CONTRATOS

Proceso de extinción
Art. 64.- Cuando se presente alguna de las causas de extinción de los contratos, enunciadas en las letras a), c), d) y e) del Art. 93 de la Ley, los Titulares deberán emitir resolución mediante la que inicien procedimiento encaminado a establecerlas, debiendo conceder audiencia al interesado, por el término de cinco días contados a partir del siguiente al de la notificación respectiva.

Transcurrido el plazo mencionado, haya comparecido o no el interesado, se abrirá a prueba el procedimiento, por un plazo no inferior a cinco días, ni superior a ocho, a fin de practicar aquellas que sean conducentes y pertinentes.

Los hechos podrán establecerse por cualquier medio de prueba, salvo la confesión, la cual no podrá requerirse a los funcionarios de la Administración Pública.

Deberá comunicarse al interesado, al menos con dos días de antelación, la fecha en que se practicará la prueba.

De ser procedente, el Titular mediante resolución razonada, declarará extinguido el contrato por la causal pertinente, y procederá conforme lo establece la Ley.

Tratándose de la muerte del contratista, bastará que los sucesores presenten certificación de la partida de defunción de éste, para que el Titular declare la revocación del contrato.

Cuando se presente caso fortuito o fuerza mayor, al ocurrir el hecho, de inmediato, el

interesado solicitará por escrito a la Administración, verificar dicho acontecimiento en el lugar de los hechos, debiendo elaborarse el acta correspondiente. Cuando sea necesario, deberán presentarse las pruebas respectivas.

En el caso del contrato de Suministro, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 121 de la Ley, previo al procedimiento encaminado a declarar la extinción del contrato.

Si la causa de extinción fuere el acuerdo de las partes contratantes, deberá otorgarse la escritura respectiva.

Los plazos a que se refiere esta disposición únicamente comprenden días hábiles.

COMENTARIO
Este procedimiento debió ser regulado en la ley no en el reglamento y debe ser específico para sanciones.
El procedimiento planteado no se aplica a todas las formas de extinción de los contratos. Más bien parece aplicable a la caducidad que por ser una sanción exige que medie un debido proceso. Pero en el caso de la revocación, no se estima aplicable pues es la misma institución la que debe declararla y presentar la prueba pertinente. Recuérdese que la revocación no es una sanción, sino que opera por conveniencia institucional. No es una respuesta a un acto del contratista, sino que a determinados hechos. Existen supuestos de la revocación que no son solucionables por medio de este procedimiento. Por ejemplo: para revocar un contrato de acuerdo al artículo 96 literal a) LACAP, no puede llamarse al interesado si éste es incapaz por interdicción o esta muerto. De ahí que el mismo RELACAP establece las exclusiones.

Con relación a la caducidad, que es una sanción administrativa, aún cuando se haya planteado un procedimiento, no puede olvidarse que no existe autoridad competente para imponerla. No basta que el presente artículo diga que el titular declarará extinguido el contrato, pues la facultad sancionatoria de la administración, al afectar Derechos Fundamentales entra dentro de la Zona de Reserva Legal que son temas que solo pueden ser regulados por Ley, no por reglamento.

Tampoco queda claro el procedimiento para caducar o revocar contratos cuando exista responsabilidad de la institución (artículos 94 literal c) y 96 literal c) LACAP).

Extinción por fusión o separación de sociedades
Art. 65.-En el caso de fusión o separación de sociedades, éstas están obligadas a notificar previamente su intención a la Institución contratante. Efectuada la fusión o la separación se procederá como indica el Art. 97 de la LACAP.

COMENTARIO
El ente que resulte de la fusión o de la separación de sociedades asumirá la

obligación contractual de acuerdo al artículo 97 LACAP. Se introduce la obligatoriedad de notificar a la institución de forma previa sobre la fusión o separación de sociedades.

Declaratoria de nulidad
Art. 66.-Cuando el contrato celebrado entre la Institución y el contratista, adolezca de alguna causal de nulidad, se deberá acudir ante el tribunal competente para que proceda a la declaración y condenas correspondientes en su caso.

COMENTARIO
La nulidad de un contrato solo puede ser decretada por un Juez. Cuál será el juez competente dependerá de la materia, pues si es una nulidad de Derecho Administrativo, debe serlo la Sala de lo Contencioso Administrativo, pero si es de Derecho Común acudiremos a los tribunales comunes. Ya concretamente hablando de la nulidad de los contratos, debemos remitirnos en lo expresado en el comentario del artículo 101 LACAP.

Consecuencia de la declaratoria de nulidad
Art. 67.-En los casos de nulidad originada en la omisión o defecto de algún procedimiento para la contratación, la autoridad encargada del mismo deberá oportunamente declarar la anulación del acto defectuoso y de los que sean su consecuencia, y ordenará inmediatamente su subsanación o reposición, quedando en suspenso mientras tanto el procedimiento, hasta la reposición de los actos anulados.

COMENTARIO
La autoridad administrativa no tiene competencia para decretar la nulidad. Mucho menos se le dará por medio de un reglamento. Lo que si puede hacer es revocar el acto que causa la nulidad, pero solo si el procedimiento está pendiente y si el acto no está firme, pues de estarlo se deberá seguir un proceso de lesividad. Véase que es revocación del acto, no del contrato y a partir de la misma se deberán reponer los actos posteriores.

TITULO VI
DE LOS CONTRATOS

CAPITULO I
CONTRATOS DE OBRA PUBLICA

Alcance de la obra pública
Art. 68.- Para los efectos de la Ley y este Reglamento, se consideran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, ampliar, adecuar, restaurar, modificar, rehabilitar y reconstruir edificaciones y cualquier otro tipo de infraestructura física. Asimismo, quedan comprendidos dentro de las obras públicas, entre otros, los

siguientes conceptos:

a) Los proyectos integrales o de contratación llave en mano, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total incluyendo, cuando se requiera la transferencia de tecnología;
b) Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales;
c) Los trabajos de infraestructura agropecuaria, tales como: adecuación parcelaria, obras de riego y drenaje, canales de distribución, obras de protección; y
d) Obras de protección y mitigación de riesgos ambientales.

COMENTARIO
Se aclara, ampliándola, la esfera de prestaciones que forman parte del contrato de obra pública.

Obras por administración
Art. 69.- Siempre que las Instituciones tengan la capacidad para la ejecución de obras o producción de bienes que les resulten necesarios, podrán realizar por si misma tales obras o producir los bienes bajo su responsabilidad.

COMENTARIO
De acuerdo a los artículos 56 del Reglamento de la Ley orgánica de Administración Financiera del Estado, artículo 137 inciso 3º de las Disposiciones Generales de Presupuestos y a la Norma Técnica 6-12, es posible la ejecución de obras por administración.

CAPITULO II
CONTRATO DE SUMINISTRO

Suministro de bienes muebles
Art. 70.- Entre las adquisiciones de suministro de bienes muebles quedan comprendidos:

a) Las adquisiciones de bienes muebles que deban empotrarse, incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, que sean complementarias para la realización de las obras públicas, o los que se suministren de acuerdo con lo pactado en los contratos de obras;
b) Aquellos en los que el contratista se obligue a entregar bienes o servicios, de forma sucesiva pactados por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud en el contrato, por estar las entregas subordinadas a las necesidades de la Institución;
c) La adquisición de equipos y sistemas para tratamiento de información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de estos últimos, así como de equipos y sistemas de comunicación; y
d) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el contratista, deban ser elaboradas con arreglo a características

peculiares fijadas por la Institución, aun cuando ésta se obligue a aportar total o parcialmente los materiales requeridos.

La Institución tiene la facultad de inspeccionar y de ser informada del avance del proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato.

COMENTARIO

Se realiza una explicitación enunciativa, no taxativa de las prestaciones que se incluyen dentro del contrato de suministro de bienes muebles. Debe recordarse que de acuerdo al artículo 119 LACAP el suministro de bienes muebles incluye el arrendamiento de éstos. En tal caso la presente norma les será aplicable a los mismos.

A efecto de obtener la prestación deseada el reglamento le concede a la institución la facultad de supervisar el proceso de elaboración de los bienes muebles. Tal facultad no debe ser una oportunidad para modificar el contrato por medio de observaciones o instrucciones al momento de la elaboración, pues en tal caso, el contratista ya no será totalmente responsable de los resultados. Entonces, la institución debe supervisar que los bienes se elaboren como establece el contrato. El contratista, debe exigir las instrucciones por medio escrito y que provengan de la persona responsable. Es decir, que se emita un acto administrativo o resolución que ordene el cambio en determinado sentido lo que propiciará una modificación contractual. Recomiendo que los cambios sobre la marcha de la elaboración se realicen posteriormente a una modificación contractual, de lo contrario, la institución puede negarse a reconocer la nueva obligación o a pagarla.

Suministro de servicios

Art. 71.- Constituyen suministro de servicios, aquellos contratos en los que su objeto, entre otros, pueda consistir en:

a) Servicios de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría;
b) Los complementarios para el funcionamiento de la Institución, tales como los de mantenimiento, conservación, y reparación de bienes, equipos e instalaciones;
c) Limpieza, vigilancia de inmuebles y protección a personalidades;
d) La contratación de los servicios relativos a bienes muebles que se encuentren incorporados o adheridos a inmuebles de las Instituciones, cuyo mantenimiento no implique modificación alguna al propio inmueble; y
e) La reconstrucción y mantenimiento de bienes muebles, maquila, seguros, transportación de bienes muebles o personas.

COMENTARIO

Igual de forma enunciativa se detallan algunos servicios que se incluyen dentro del contrato de suministro de servicios. Este listado viene a completar la enunciación hecha en los artículos 83 y 119 LACAP.

CAPITULO III
CONTRATO DE CONSULTORIA

Contratos de consultorías

Art. 72.- Se consideraran contratos de consultoría, los siguientes:

a) Los estudios que tengan por objeto rehabilitar, o recuperar la capacidad instalada, corregir o incrementar la eficiencia de los recursos institucionales;
b) La planificación y el diseño, incluyendo los trabajos que tengan por objeto concebir, proyectar y calcular los elementos que integran un proyecto de ingeniería básica, estructural, de instalaciones, de infraestructura, industrial, electromecánica, arquitectónico, de diseño gráfico o artístico y de cualquier otra especialidad de la ingeniería que se requiera para integrar un proyecto;
c) Estudios técnicos, tales como: de agronomía y desarrollo pecuario, hidrología, mecánica de suelos, sismología, topografía, geología, geodesia, geotécnia, geofísica, geotermia, oceanografía, meteorología, aerofotogrametría, ambientales, ecológicos y de ingeniería de tránsito;
d) Los estudios económicos y de planificación de preinversión, factibilidad técnico económica, ecológica, social, de evaluación, adaptación, tenencia de la tierra, financieros;
e) Los trabajos de dirección, coordinación, supervisión y control de obra;
f) Los trabajos de organización, informática, comunicaciones, cibernética y sistemas; y los programas de computadora desarrollados a la medida para la Institución, cuyos programas fuentes serán propiedad de la Institución a fin que sean de libre utilización por la misma; y
g) Los estudios de tipo jurídico, y auditorias técnico normativas.

COMENTARIO

El artículo 123 LACAP estableció un listado enunciativo de servicios especializados que son las prestaciones que se brindan en el contrato de consultoría. La presente disposición viene a completar la enumeración mencionada. Ambas enumeraciones son enunciativas, no taxativas, es decir, existirán otros servicios que pueden brindarse por consultoría que aun cuando no estén en el presente listado, no por ello están excluidos.

Responsabilidad de supervisión en obras

Art. 73.- En los contratos de obra pública, la supervisión de proyectos tendrá las siguientes responsabilidades:

a) Aplicar los criterios técnicos y normas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales;
b) Revisar y comprobar las estimaciones de obra presentadas por el constructor; y
c) Vigilar el cumplimiento de las normas reguladoras de la materia, haciendo cumplir especialmente las prevenciones contenidas en la Ley y en este reglamento, y las instrucciones técnicas que rijan para los distintos ramos;

COMENTARIO
De conformidad a las regulaciones sobre el contrato de consultoría, dentro del cual se incluye la supervisión (artículo 106 inciso final in fine LACAP), el consultor será responsable por las deficiencias de su gestión, tal como ordena el artículo 129 LACAP. De ahí que las responsabilidades del presente artículo se encuentran implícitas en las obligaciones de un supervisor de obra como consultor que es. Es más, estimo que el artículo se quedó corto, pues la obligación del supervisor es que la obra se ejecute de acuerdo a los estándares pactados en el contrato, que en ningún momento estarán debajo de los estándares mínimos ni tampoco se entenderán como los máximos, salvo que el contrato lo ordene así. Por ende, está obligado a realizar una gestión personal que de forma cuidadosa no permita ningún tipo de inconsistencia en el proceso constructivo que pueda generar un vicio oculto.

CAPITULO IV
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES

Criterios técnicos para evaluación en contratación de arrendamiento de bienes muebles
Art. 74.- Para la evaluación de ofertas de arrendamiento de bienes muebles, se tomarán como mínimo los siguientes criterios:

a) Cumplimientos de las especificaciones técnicas;
b) Condiciones de pago;
c) Condiciones de mantenimiento y reparación;
d) Cantidades disponibles;
e) Facilidad de movilización o transporte;
f) Agencias o representantes en el territorio nacional; y
g) Opción de reemplazo por obsolescencia o fallas constantes.

En las bases de licitación se establecerá cual de las partes asumirá la obligación de mantenimiento del bien arrendado.

COMENTARIO
Cumpliendo la obligación del artículo 149 LACAP, el presente artículo regula los criterios mínimos para evaluar las ofertas del arrendamiento de bienes muebles. Debido a lo mínimo de la regulación de la LACAP acerca del contrato de arrendamiento de bienes muebles, al cual solo se dedicó un artículo, hubiera sido deseable que se ampliara la regulación. A falta de la misma se podrán aplicar las normas del Derecho Común de acuerdo al artículo 23 LACAP.

Además de contenerlo en las bases debe regularse en el contrato mismo a quien corresponde el riesgo de la cosa arrendada, que será el obligado a darle mantenimiento al mismo y sufragar los seguros que cubran determinados riesgos de las cosas arrendadas.

Contrato de arrendamiento con opción de compra

Art. 75.- En el Contrato de Arrendamiento de Bienes Muebles con opción de compra, el plazo del contrato deberá estar dentro de los límites del ejercicio presupuestario.

Al finalizar el contrato, la Institución contratante puede optar por comprar el bien al valor inicialmente pactado o devolver el bien. Los objetos amparados por estos contratos deben estar sujetos a las estipulaciones del buen uso de los bienes del estado.

COMENTARIO
El ejercicio presupuestario comprende desde el primero de enero hasta el treinta y uno de diciembre de cada año. Eso implica que los arrendamientos serán anuales. Con base en el artículo 83 LACAP pueden prorrogarse, lo que favorecerá este tipo de contrataciones pues los costos de la empresa arrendadora se repartirán en dos ejercicios fiscales en vez de uno, lo que disminuirá los costos de los bienes a la institución frente a la compra de los mismos. Es que para que exista la opción de compra el contratista debe haber recuperado hasta cierto punto la inversión y si lo tienen que hacer en un ejercicio fiscal, se incrementará la mensualidad. Por ello es conveniente la prórroga de los mismos, sin embargo, ésta no puede plantearse en el contrato ya que se iría en contra del artículo 228 de la Constitución de la República que prohíbe comprometer fondos de ejercicios futuros. Es aplicable supletoriamente la Ley de Arrendamiento Financiero.

TITULO VII
DISPOSICION GENERAL Y VIGENCIA

CAPITULO UNICO

Disposición general

Art. 76.- Los procedimientos iniciados con anterioridad a este Reglamento deberán continuarse y concluirse de acuerdo a las disposiciones del mismo, cualquiera sea el estado en que se encontraren.

COMENTARIO
Esta es una norma evidentemente retroactiva lo que provocará desórdenes debido a la doble normativa a utilizar. Obsérvese que existen algunas disposiciones que contrarían a la LACAP y que en algunos casos afectan derechos fundamentales, por eso me refiero a una doble normativa. No habría problema si el RELACAP fuera totalmente secumdum legem, pero no lo es. El impacto se minimizará debido a que está terminando el ejercicio fiscal. Hubiera sido mejor que cobrara vigencia a partir del 1º de enero de 2006.

Vigencia

Art. 77.- El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

COMENTARIO
Dado que el RELACAP fue publicado el 27 de octubre de 2005 y que se dio un plazo de vacatio legis de 8 días, entró en vigencia el 5 de noviembre de 2005.

DADO EN CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los veinte días del mes de octubre de dos mil cinco.

ELIAS ANTONIO SACA GONZALEZ
Presidente de la República

JOSE GUILLERMO BELARMINO LOPEZ SUAREZ
Ministro de Hacienda

DIARIO OFICIAL NUMERO 200, TOMO 39 DEL 27 DE OCTUBRE DE 2005.

ANEXO I
JURISPRUDENCIA SOBRE LA LACAP

No se han copiado los antecedentes de hecho que pueden ser consultados en la página www.csj.gob.sv

CASO I
ES FACULTAD DISCRECIONAL DECLARAR DESIERTA O ADJUDICAR EN UN PROCEDIMIENTO DE LICITACION

167-S-2003

"SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:San Salvador, a las catorce horas cinco minutos del día quince de diciembre de dos mil cuatro.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. Actos impugnados.

Resolución número JUR-R-003/2003, emitida por el Director General de la Academia Nacional de Seguridad Pública, a las nueve horas del día veintisiete de enero de dos mil tres, por medio de la cual se revoca la resolución de adjudicación 02/2003, se declara desierta la licitación pública 01/2003, y se ordena a la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional realizar una nueva licitación.

2. Fundamentos de la Pretensión.

La parte actora sostiene:

a. Que el Director General de la ANSP se extralimitó en sus funciones al solicitar a la Comisión Especial de Alto Nivel, una ampliación de la recomendación, so pretexto de falta de claridad en la misma. Ampliación en la que se determinó que ninguna de las empresas participantes cumplió con los requisitos exigidos en las bases de licitación, dando origen al acto que se impugna.

b. Que no correspondía a la comisión Especial Canalizar nuevamente las ofertas presentadas, ya que dicha labor compete a la Comisión Evaluadora de Ofertas, organismo que ya había emitido su opinión, la cual adquirió estado de firmeza al haber sido avalada y considerada por el Director General durante el proceso de

licitación.

c. Que conforme al art. 56 de la LACAP en defecto del primer ofertante escogido para la adjudicación "(…) LA ÚNICA SOLUCIÓN LEGAL(…)" era adjudicar a aquel que presentó la segunda oferta mejor evaluada y no declarar desierta la licitación.

d. Que no hubo en ningún momento acuerdo razonado en el que se señalara caso fortuito, fuerza mayor o razones de interés público que permitieran dejar sin efecto la licitación, como lo regulaban las bases de licitación.

e. Que INALSA S.A de C.V., incumplió los requisitos exigidos en las bases de licitación, correspondiendo a SEALSA S.A. de C.V. ser nombrada adjudicataria, pues ésta cumplió en su totalidad con los requisitos exigidos y además fue la segunda oferta mejor evaluada.

4. Disposiciones invocadas.

Arts. 56 y 77 de la LACAP y numerales 5.6 y 9 de las Bases de Licitación para el Suministro de "Servicios de alimentación para los alumnos de la ANSP".

5. Naturaleza del acto impugnado.

Como es sabido, para que la Administración pueda manifestar su voluntad y dar su consentimiento en un contrato de arrendamiento o compra de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, es necesario, como regla general, llevar a cabo un procedimiento de selección del contratista.

La licitación, es un procedimiento legal y técnico de invitación que la Administración realiza para la adquisición o enajenación de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, a todos los interesados (personas naturales o jurídicas), para que, conforme a las bases de licitación o pliego de condiciones preparadas al efecto, formulen propuestas de entre las cuales se elige y acepta la más ventajosa mediante el acto de adjudicación. En otros términos, es un procedimiento de selección del contratista de la Administración Pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer que persona es la que ofrece el precio más conveniente o la mejor oferta.

Una de las características principales de dicho procedimiento, es el denominado pliego de condiciones o bases de licitación, documento en el cual se realiza una descripción detallada de la contraprestación requerida por la Administración Pública, y que constituirá el objeto de la contratación. Se configura pues, como la principal fuente de donde se derivan derechos y obligaciones de las partes intervinientes, y al cual habrá que recurrir en primer término para

resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación como después de adjudicada, durante la ejecución del contrato.

Ahora bien, una de las formas como culmina el proceso licitatorio es mediante la *adjudicación,* acto discrecional por medio del cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa, habilitando la futura celebración del contrato. Dicho acto, es una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración, que da lugar a un interés legítimo o derecho subjetivo (condicionado al interés público de la efectiva realización de la obra o servicio), lo que habilita su impugnación vía recurso, a efecto de promover el control de la legalidad del mismo.

En nuestro país, la LACAP prevé que una vez finalizado el procedimiento de licitación, en caso de desavenencia con el resultado del mismo por parte de uno de los ofertantes, opera la interposición del recurso de revisión, el cual se configura como un típico recurso de reconsideración, por medio del cual el administrado titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo, impugna un acto administrativo ante la autoridad que lo emitió, por considerar que los datos objetivos que aparecen en el expediente administrativo fueron apreciados de manera incorrecta o no se tomaron en debida consideración las reglas vigentes en el ordenamiento jurídico; buscando con ello que la administración examine nuevamente su decisión, a efecto de obtener su modificación, sustitución o revocación.

6. Elementos que condicionan la validez de los actos dentro del procedimiento de impugnación.

Partiendo del hecho que se controvierte la legalidad de actos administrativos, la principal premisa para realizar el control de legalidad es la exigencia de una potestad que legitime la actuación de la Administración.

El principio de legalidad en su manifestación de vinculación positiva, se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional. Es así que el artículo 86 inciso final de la Constitución señala que: *"los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo, y no tienen más facultades que las que expresamente les da la Ley".*

Dicho principio aplicado a la Administración Pública, ha sido reconocido en reiteradas resoluciones por este Tribunal, sosteniéndose que en virtud del mismo la Administración sólo puede actuar cuando la ley la faculte, ya que toda acción administrativa se nos presenta como un poder atribuido previamente por la ley, y por ella delimitado y construido.

Lo anterior implica, que la Administración Pública únicamente puede dictar actos en ejercicio de atribuciones previamente conferidas por la ley, y de esta manera instaurar el nexo ineludible acto-facultad-ley. La habilitación de la acción administrativa en las distintas materias o ámbitos de la realidad, tiene lugar mediante la correspondiente atribución de potestades, entendidas como sinónimo de habilitación: sólo con una habilitación normativa la

Administración puede válidamente realizar sus actuaciones. En los términos del autor Luciano Parejo: "las potestades son, en último término y dicho muy simplificadamente, *títulos de acción administrativa*…" (Parejo Alfonso Luciano: Manual de Derecho Administrativo, Editorial Ariel, Barcelona, 1994. Pág. 398).

Es por lo anterior, que *la competencia es un elemento esencial del acto administrativo, que como tal condiciona su validez*. En términos sencillos, ésta se define como: "la medida de la potestad que pertenece a cada órgano" (Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, volumen I, página 455).

7. Análisis del caso.

La primera premisa que invoca el actor para alegar la ilegalidad del acto impugnado, es la falta de competencia del Director General de la ANSP para solicitar a la Comisión Especial de Alto Nivel, una ampliación a la recomendación realizada, ante el recurso de revisión interpuesto. Al respecto procede señalar:

El art. 77 de la LACAP estipula: "El recurso de revisión deberá interponerse por escrito ante el funcionario que dictó el acto del que se recurre (…). El recurso será resuelto por el mismo funcionario dentro del plazo máximo de quince días hábiles posteriores a la admisión del recurso, dicho funcionario resolverá con base a la recomendación que emita una Comisión Especial de Alto Nivel nombrada por él mismo, para tal efecto(…)".

Es decir, que la ley prevé que para sustanciar el actuar del funcionario que resolverá el recurso, se hace necesaria la recomendación de un órgano consultivo creado para tal efecto. La recomendación constituye una apreciación axiológica valorativa, que versa sobre aspectos jurídicos y/o técnicos, con el fin de facilitar ciertos elementos de opinión o juicio preparatorios de la voluntad administrativa. De ahí que se configura como una manifestación unilateral interorgánica, realizada en el ejercicio de la función administrativa, exenta de eficacia jurídica directa e inmediata y por lo tanto no es susceptible de impugnación, se trata entonces de un simple acto de administración.

En el caso de autos, la Administración solicitó una ampliación de la recomendación realizada por la Comisión Especial de Alto Nivel, argumentando la falta de claridad en la misma, ya que en ella se sugería dejar sin efecto la adjudicación, omitiendo indicar si ello implicaba adjudicar a otra empresa ó declarar desierta la licitación, y por el contrario se arrogaba atribuciones que no le competían al trasladar dicha responsabilidad a la UACI.

Cabe señalar al respecto, que si bien es cierto la ley no prevé la posibilidad de requerir una ampliación de la recomendación al órgano consultivo, tal actuación no implica de manera alguna una actuación ilegal por parte del Director General, ya que se trata de un mero acto de trámite interorgánico, cuya finalidad es la de evacuar una duda que se originó del dictamen emitido en un primer momento por la Comisión Especial de Alto Nivel. Se trata entonces de un simple acto de la Administración, que se limita a asesorar e ilustrar de forma

técnica por medio de una declaración de juicio al órgano decisorio, y por lo tanto no extingue o modifica una relación de derecho con efectos respecto de terceros; correspondiendo únicamente al funcionario encargado de resolver el recurso emitir su decisión en base a su facultad discrecional.

El segundo argumento de ilegalidad esgrimido por la Sociedad actora, es el referido a que la Comisión especial se abrogó la labor de analizar nuevamente las ofertas presentadas, a pesar de que las mismas ya habían sido examinadas por la comisión evaluadora de ofertas durante el proceso de licitación.

Ante tal razonamiento procede indicar: que si bien es cierto el procedimiento de licitación y su eventual impugnación conforman un procedimiento único, ambos configuran etapas diferentes, y una de ellas no puede absorber el contenido *in integrum* del procedimiento administrativo, con exclusión de la otra. Cada etapa o fase, posee sus propias características y requisitos a cumplir para que sea analizada la cuestión de fondo a resolver.

De ahí, la misma LACAP estipula, que durante la fase impugnativa o recursiva del procedimiento licitatorio habrá una comisión especial para emitir una recomendación que sirva de sustento al funcionario competente para resolver el recurso. Por lo que debe entenderse que el órgano consultivo, no puede limitarse a remitir al órgano decisorio una mera opinión para que él la valore, sino que él mismo debe realizar una valoración de los diferentes aspectos técnicos y jurídicos, a fin de que la recomendación encare los temas objeto de consulta desde diversos ángulos, emitiendo finalmente un juicio sobre sus posibilidades, el cual se deriva del examen realizado a tales supuestos.

Cabe además apuntar, que el art. 78 inc.1° de la LACAP dispone que, "El recurso se interpondrá con indicación precisa de las razones de hecho y de derecho que lo motivaron y de los extremos que deben resolverse". De ahí que SEALSA S.A. de C.V., al recurrir en sede administrativa, fundamentó su pretensión en la falta de cumplimento de los requisitos estipulados en las bases de licitación por parte de las otras empresas ofertantes, delimitando así, que era dicho incumplimiento el extremo a resolver y sobre el cual la Comisión Especial de Alto Nivel debía pronunciarse al emitir su recomendación.

El tercer presupuesto de ilegalidad alegado por SEALSA S.A. de C.V., es que conforme al art. 56 del la LACAP en defecto del primer ofertante escogido para la adjudicación, "(…)LA ÚNICA SOLUCIÓN LEGAL(…)" era adjudicar a aquel que presentó la segunda oferta mejor evaluada.

Para abordar este punto, es necesario en primer lugar, establecer que la disposición legal invocada por el actor prevé tres posibles opciones a elegir por la Administración: 1° Adjudicar con base en la recomendación que se le formule, por estar de acuerdo con la misma; 2° Optar por alguna de las otras ofertas, por no aceptar la oferta mejor evaluada, debiendo para ello razonar su decisión; y 3° Declarar desierta la licitación.

Es decir, que estamos en presencia de una potestad discrecional de la Administración, pues la norma jurídica ha predeterminado las posibles conductas a observar por el órgano administrativo decisor, quien en ejercicio del poder de libre apreciación que le deja la ley, debe decidir cómo ha de obrar, si debe actuar o abstenerse, o qué alcance ha de dar a su actuación. Potestad que se encuentra sometida tanto a límites jurídicos generales como a límites jurídicos específicos, éstos últimos se derivan de la norma que regula cada tipo de actuación discrecional, con el objeto de evitar abusos, arbitrariedades o injusticias.

La discrecionalidad es entonces, el ejercicio de una potestad legal que permite a la Administración ciertos parámetros de apreciación, que pueden arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentran presentes en la potestad, y sobre todo que la solución cumpla con la finalidad considerada por la ley.

De ahí que no es válida la afirmación realizada por el actor, pues el optar por alguna de las otras ofertas no era la única alternativa legal de la Administración, también lo era el declarar desierta la licitación, potestad previamente atribuida por el ordenamiento jurídico.

El cuarto punto en discusión por parte de la Sociedad actora, es que durante el procedimiento licitatorio no hubo acuerdo razonado en el que se señalara caso fortuito, fuerza mayor o razones de interés público, que permitieran dejar sin efecto la licitación como lo regulaba el pliego de condiciones.

En materia de licitaciones, el pliego de condiciones o bases de licitación conforma los límites específicos a los qué, tanto la Administración como los ofertantes deben ceñirse, en palabras del doctrinario argentino Roberto Dromí: "El pliego de condiciones es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, en las cuales se especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto), las pautas que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista (relación jurídica) y las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento)". (Roberto Dromí, Derecho Administrativo, Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, Argentina, 2001, Pág. 398).

En el caso de autos, el numeral diez de las bases de licitación para el "Servicio de Alimentos para los Alumnos de la ANSP durante el año 2003", estipulaba la "PRÓRROGA Y DECLARACION DESIERTA DE LA LICITACION" e indicaba que "El Titular podrá suspender por acuerdo razonado la Licitación, dejarla sin efecto o prorrogar el plazo sin responsabilidad para la Academia, por caso fortuito, fuerza mayor o razones de interés público(…)".

Con fundamento en dicho numeral, es que la parte actora considera que la Administración ha incurrido en un actuar ilegal, ya que ninguno de los supuestos establecidos en la anterior disposición fueron invocados por la Administración, quien por el contrario motivó su resolución en la recomendación de la Comisión Especial de Alto Nivel, la cual en la ampliación de fecha veintiuno de enero de dos mil cuatro señaló que "(…) NINGUNA DE LAS EMPRESAS OFERTANTES CUMPLIO AL CIEN POR CIENTO CON LOS CRITERIOS DE LAS BASES DE LICITACIÓN EMITIDAS PARA TAL FIN".

Respecto de dicho argumento procede mencionar, que las bases de licitación en su numeral dos, acápite "MARCO LEGAL", estipulaba que el proceso licitatorio se regiría por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y demás legislación aplicable.

Es decir, es el mismo instrumento en análisis el que hace una remisión a la normativa secundaria, con el fin que, cuando la Administración se enfrente a alguna situación no prevista en las bases de licitación, se haga uso de los cuerpos normativos correspondientes a efecto de llegar a una solución. Por lo que, si bien es cierto, el pliego de condiciones establecía que la licitación podía ser declarada desierta por razones de interés público, fuerza mayor o caso fortuito, el mismo instrumento remitía a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, la cual contempla otras causales por las que las licitaciones en general pueden ser declaradas desiertas, amparando con ello el actuar de la Administración, quien en el presente caso ha enmarcado su proceder dentro del régimen legal establecido.

Finalmente, respecto de argumento que INALSA S.A. de C.V., incumplió los requisitos exigidos en las bases de licitación, correspondiendo a SEALSA S.A. de C.V. ser nombrada adjudicataria, pues ésta cumplió en su totalidad con los requisitos exigidos y además fue la segunda oferta mejor evaluada, procede señalar: que el acto de adjudicación (Resolución 02/2003) no fue impugnado, por lo que esta Sala no se encuentra facultada para analizar los parámetros de legalidad del mismo, a efecto de determinar si tal y como lo argumenta el demandante la sociedad adjudicataria no llenó los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, correspondiendo por tanto a SEALSA S.A. de C.V. ser nombrada como tal.

II. FALLO.

POR TANTO,con fundamento en lo expuesto, y artículos 421 y 427 Pr.C.; 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, esta Sala FALLA: 1) Declárase que es legal la Resolución número JUR-R-003/2003, emitida por el Director General de la Academia Nacional de Seguridad Pública a las nueve horas del día veintisiete de enero de dos mil tres, por medio de la cual se revoca la resolución de adjudicación 02/2003, se declara desierta la licitación pública 01/2003, y se ordena a la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional realizar una nueva licitación; 2) Condénase en costas a la parte actora conforme al Derecho Común; 3) En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y a la representación fiscal; y 4) Remítanse los expedientes administrativos a su lugar de origen. NOTIFÍQUESE. “

CASO II

DEBE ESPECIFICARSE EVALUACION EN LAS BASES COMO UNA MANIFESTACION DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

FALTA DE MOTIVACION VICIA EL ACTO ADMINISTRATIVO

SE CONCEDE INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS PARA REPARAR EL DAÑO CAUSADO AUN CUANDO NO ES LA MEJOR OFERTA

64-I-2001

"SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San salvador, a las nueve horas nueve minutos del día diecinueve de noviembre de dos mil cuatro.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. OBJETO Y LÍMITES DE LA PRETENSIÓN

Los actos objeto de la pretensión motivadora de este proceso son:

1. La adjudicación de la Licitación Pública Internacional C-03-UES- COSSAL 2001, a favor de la sociedad AQSA, de C.V.;

2. La resolución emitida por el Comité Organizador de los XIX Juegos Deportivos Centroamericanos y del Caribe 2002 el día siete de septiembre del año dos mil uno, que confirmó en revisión tal adjudicación; y,

3. La resolución del referido Comité Organizador en el cual se niega entregar a la sociedad demandante copia del informe de evaluación de la referida licitación.

La Sociedad demandante hace recaer la ilegalidad de dichas resoluciones en los siguientes puntos:

- Que hubo una errónea aplicación de los criterios de evaluación de las ofertas;

- Falta de motivación; e,

- Irregularidades en el recurso de revisión.

Aduce que los términos de referencia o pliegos de condiciones de la licitación establecían que las ofertas serían presentadas en dos sobres, uno con las características y antecedentes de los oferentes y la documentación legal, y otro con la oferta económica. Que Inmobiliaria de Arboledas S.A. de C.V. cumplió con todos los requisitos del sobre número uno, y que por ende "*se agenció el derecho a que se analizara su oferta económica".* Que la oferta económica que ellos ofrecieron era la más baja, mientras que la Sociedad que fue declarada adjudicataria, AQSA, de C.V. presentó una oferta incluso mas alta que las otras sociedades participantes.

Señala que conforme a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública las bases contendrán el sistema de evaluación de las ofertas, lo cual incluirá aspectos técnicos y económicos-financieros, *utilizando para ello los criterios de evaluación que hayan establecido las bases*. Que sin embargo en las bases de la licitación objeto de debate no se señala en ningún lugar los porcentajes asignados a cada factor sujeto a evaluación, y que ante la inexistencia de dicho parámetro de evaluación, debía suplirse la omisión, escogiendo la que contenga el precio mas conveniente.

Ante tales alegaciones la autoridad demandada sostuvo que en el documento de licitación se establecía la información que se requeriría para evaluar los parámetros de antecedentes y capacidad técnica de la empresa oferente, antecedentes financieros de los últimos tres años, y capacidad técnica del personal y equipo de la empresa. Que *sí existía un Mecanismo de Evaluación de Ofertas aprobado por el BCIE*, el cual establecía que la calificación mínima en la evaluación técnico-financiera era de un setenta por ciento y que la empresa que obtuviera un porcentaje igual o superior podrían continuar evaluándose en su oferta económica. Que de conformidad a los parámetros establecidos en el documento de licitación y el mecanismo de evaluación, la sociedad demandante no cumplió con una serie de requisitos, por lo cual: "No fue evaluada en su situación financiera".

2. SOBRE LAS BASES DE LICITACIÓN Y EL LLAMADO "MECANISMO DE EVALUACIÓNDE OFERTAS".

Para que la Administración pueda manifestar su voluntad y prestar su consentimiento en un contrato, es necesario, como regla general, llevar a cabo un procedimiento de selección del contratista.

La licitación es entonces un procedimiento administrativo de selección, en el cual, analizadas las propuestas de los licitantes, se selecciona y acepta la mas ventajosa.

Se trata de un *procedimiento administrativo* de preparación de la voluntad contractual: *"Por el que el ente público en ejercicio de las funciones administrativas invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará y aceptará la mas conveniente" (*Roberto Dromi; Licitación Pública,

ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995).

El procedimiento culmina con la *adjudicación,* acto por el cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta mas ventajosa, habilitando la futura celebración del contrato. Ya en anteriores resoluciones esta Sala ha expresado que "el acto de adjudicación, así como los que se dicten durante el procedimiento de licitación, verdaderos actos administrativos, es decir, decisiones unilaterales de la Administración *y que producen efectos respecto de personas determinadas*, corresponde a este Tribunal el conocimiento de los litigios que surjan en relación a los mismos…".

Sobre el procedimiento de licitación pueden establecerse dos premisas básicas: 1) El procedimiento de licitación tiene un carácter público y constituye una expresión no solo de la legalidad de la voluntad administrativa formada en el mismo, sino de garantía de los particulares; y, 2) Este debe realizarse con estricto apego a la normativa aplicable *y a las bases de licitación.*

Conviene a este punto recordar ciertos presupuestos relativos al valor jurídico de las denominadas bases de licitación o pliego de condiciones, según se conocen también en la doctrina.

Éstas contienen las condiciones del contrato a celebrar, así como las reglas del procedimiento de la licitación. Dichas condiciones, que encuentran su origen en las necesidades mediatas e inmediatas que se pretenden llenar por la Administración, son fijadas unilateralmente por ésta. *En tal sentido, las bases de licitación configuran el instrumento jurídico que fija los extremos contractuales y procedimentales de la licitación, entre ellos su objeto y las condiciones para ser admitido a la misma.*

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública establece en el artículo 42 que los documentos a utilizar en el procedimiento de contratación se denominarán Documentos Contractuales y formarán parte integral de los contratos; que dependiendo de la naturaleza de la contratación, estos documentos serán por los menos:

a. Bases de licitación o de concurso;

b. Adendas, si las hubiese;

c. Las ofertas y sus documentos;

d. Las garantía; y

e. Las resoluciones modificativas y las ordenes de cambio, en su caso.

Se establece expresamente que las bases de licitación o concurso: "Constituyen un instrumento particular que regulará a la contratación específica. Las bases deberán redactarse en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan en detalle el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones. Las bases de licitación o concurso se regirán por los modelos y documentos guías emitidos por la UNAC, sin perjuicio de las particularidades y requerimientos especiales en cada caso".

En el artículo 44 se enumera el contenido mínimo de las bases, en el cual aparece:

"r) *el sistema de evaluación de las ofertas, con porcentajes asignados a cada factor sujeto a evaluación. El sistema de evaluación indicará la calificación mínima que debe obtener la oferta técnica y la capacidad financiera del proponente, como condición previa para la consideración de la propuesta económica".*

Por su parte el artículo 52 establece en su inciso primero que en las bases de licitación o de concurso se indicarán las diferentes modalidades de la presentación de ofertas, tanto técnicas como económicas, las cuales dependerán de la naturaleza, complejidad, monto y grado de especialización de la obra, bien o servicio a adquirir

3. CRONOLOGÍA DE LO OCURRIDO EN SEDE ADMINISTRATIVA.

Como se ha expuesto, la Sociedad demandante sostiene que cumplió con todos los requisitos en la presentación del sobre número uno y se agenció el derecho que se analizara su oferta económica. Que así, el día cinco de junio del año dos mil uno se procedió a la apertura de las ofertas, y que ella presentó la mas baja de las ofertas económicas, mientras que la Sociedad que fue declarada adjudicataria, AQSA, de C.V., presentó la oferta más alta. Que por ello, le causó sorpresa enterarse por los periódicos de la referida adjudicación.

A folios 122 del proceso, aparece el acta de apertura de plicas, donde se señala el monto de la oferta presentada por cada licitante.

A folios 123 y 249 corre agregada el "Acta de Evaluación" de la "Comisión de Evaluación de Ofertas", donde se establece que, luego de analizar los aspectos técnico-financiero-económicos, las empresas clasificadas finalistas eran AQSA de C.V. en primer lugar, y SIMAN S.A. de C.V. en segundo lugar. A folio 125 se señala que *Inmobiliaria Las Arboledas S.A. de C.V. no presentó información sobre experiencia en proyectos realizados, tampoco presentó información financiera, y otra serie de omisiones, por lo cual no fue calificada para seguirse evaluando en la otra etapa.*

A folios 69 aparece la notificación realizada a Inmobiliaria Las Arboledas S.A. de C.V., en la cual se les informa que: "El Comité Directivo de COSSAL, decidió adjudicar a la empresa AQSA de C.V. la construcción del proyecto de la Licitación C-03-UES-COSSAL-2001".

Al presentar recurso de revocatoria contra dicha adjudicación, la autoridad demandada se limitó a confirmar su decisión sosteniendo que: "de conformidad al *informe de Evaluación* presentado por el Comité de Evaluación, se expresa: Que en la Licitación antes referida se presentaron siete ofertas, siendo analizadas todas conforme a lo requerido en el documento de Licitación Pública Internacional C-03-UES-COSSAL 2001, y al Mecanismo de Evaluación establecido para dicha licitación". *Posteriormente, la demandante solicitó copia del referido informe de evaluación, la cual también le fue negada (folios 73).*

4. DE LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS.

Como se ha expuesto, el procedimiento de licitación tiene un carácter público y constituye una expresión no sólo de la legalidad de la voluntad administrativa plasmada en el mismo, sino de garantía de los particulares.

Hay un elemento vital que no debe dejarse nunca de lado en la perspectiva del análisis de los procedimientos de licitación, y es que todas las actuaciones relativas al mismo deben estar guiadas por la consecución de fines públicos, por el interés público en alguna de sus manifestaciones.

Durante el proceso licitatorio se siguen determinados requisitos que le dan validez, y tienden a asegurar la transparencia y legitimidad del mismo. Ya en anteriores resoluciones ha sostenido este Tribunal que un proceso de licitación manejado conforme a Derecho es garantía de una sana administración, salvaguarda de los intereses de la comunidad, de los intereses y derechos de los particulares y también de aquél o aquellos que ordenan o ejecutan obras o servicios con dineros públicos.

La transparencia, como principio rector de la licitación pública, exige de la Administración el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.

Tal transparencia y publicidad, está íntimamente ligada a la posibilidad de defensa en el procedimiento licitatorio. En palabras de Roberto Dromi: "el principio sustancial de defensa que anima al procedimiento administrativo general, se traduce en el procedimiento de selección del contratista en la efectiva posibilidad de participar y colaborar en este procedimiento especial...Ello se verifica en los actos, hechos, reglamentos y simples actos de la Administración, dictados o ejecutados en la preparación del contrato....por ello, las reglas que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa, son también aplicables a la actividad preparatoria y ejecutoria del contrato".

En este orden de ideas, esta Sala considera insostenibles los argumentos de la autoridad demandada, en el sentido que no estaba obligada a dar a conocer a los participantes los porcentajes que se asignarían a cada factor sujeto a evaluación ni otros datos sobre el Mecanismo de Evaluación, y que en relación a la adjudicación: "no está obligada a dar explicaciones de sus decisiones a ningún participante".

Sobre los parámetros que se tomarían en cuenta para adjudicar y los porcentajes de ponderación que recibirían los distintos factores de evaluación, se ha establecido ya que la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública establecía como contenido mínimo de las bases *el sistema de evaluación de las ofertas, con porcentajes asignados a cada factor sujeto a evaluación (Art. 44);* que asimismo, el sistema de evaluación indicaría la calificación mínima que debe obtener la oferta técnica y la capacidad financiera del proponente, como condición previa para la consideración de la propuesta económica.

Se regula también que la Comisión de Evaluación de Ofertas deberá evaluar las ofertas en sus aspectos técnicos y económico-financieros, utilizando para ello los criterios de evaluación establecidos en las bases de licitación o de concurso. (Art. 55).

Lo anterior corrobora, que no solo nos encontramos ante la exigencia de publicidad y transparencia como principio rector de los procedimientos licitatorios, sino, conforme a la ley, las propias bases *debían establecer los porcentajes de evaluación, y naturalmente, las bases de licitación son de conocimiento de los licitantes.*

En el caso en análisis, tales porcentajes y criterios no se encontraban regulados completamente en las bases, sino, en el llamado "Mecanismo de Evaluación de Ofertas", al cual ninguno de los participantes en la licitación tuvo acceso.

Como corolario lógico, la secretividad del llamado "Mecanismo para Evaluación de Ofertas", constituye un vicio en el procedimiento de licitación.

La actitud hermética de la Administración se manifestó también en la negativa expresa a entregar a la Sociedad demandante copia del informe de evaluación elaborado por el Comité de Evaluación, que sirvió de base para su decisión.

Todo lo anterior corrobora, que la Sociedad demandante no tuvo acceso a los parámetros de ponderación de factores de evaluación por los cuales no fue calificada. Tal cual señala a folios 209 de este proceso: "no recibió ninguna explicación ni fundamentación de porqué no le fue adjudicada la resolución pese a haber presentado el mejor precio".

5. SOBRE LA MOTIVACIÓN

Aduce además la parte actora que las tres resoluciones impugnadas carecen de motivación, el cual es un requisito esencial para el derecho de defensa, recogido además en el punto 1.12 de la parte I de los términos de referencia de la licitación.

La autoridad demandada ha sostenido también en este punto que no está obligada a dar explicaciones ni fundamentaciones de sus actos a los participantes.

La motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de Derecho que le determinaron a adoptar su decisión. Un punto trascendental de la motivación es que permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho, y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable.

La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principales finalidades: desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda. Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del *criterio de decisión* que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.

En el caso en análisis, la Sociedad demandante fue notificada de la adjudicación a la empresa AQSA de C.V., sin que se expusiera ninguna razón (folios 69). Interpuso recurso contra tal decisión, en el cual la autoridad demandada confirmó la adjudicación –segundo acto impugnado en este proceso- limitándose a exponer: "Que de conformidad al informe de Evaluación presentado por el Comité de Evaluación, se expresa: Que en la Licitación antes referida se presentaron siete ofertas, siendo analizadas todas conforme a lo requerido en el documento de Licitación Pública Internacional C-03-UES-COSSAL 2001, y al Mecanismo de Evaluación establecido para dicha licitación".

Es claro que tal resolución, redactada en términos sumamente amplios y generales, no aporta elementos concretos sobre las razones que llevaron a la Administración a escoger a la empresa ganadora, y menos de las razones por las cuales no le fue adjudicada a la demandante*. Por el contrario, hace alusión al "informe de Evaluación presentado por el Comité de Evaluación", cuya copia se le negó expresamente, y al Mecanismo de Evaluación, al cual tampoco tuvo acceso.*

De igual forma, la resolución que le denegó la copia del referido informe de evaluación –tercer acto impugnado en este proceso- tampoco fue motivada en forma alguna (folios 73).

Se ha expuesto que la motivación del acto constituye una garantía para el administrado. Esto se materializa en que una de sus finalidades: "...es la de facilitar a los interesados el conocimiento de las razones por las que se legitima su derecho *y permitir asimismo la posterior fiscalización de la legitimidad del acto por los tribunales de justicia.*."; "....la motivación cumple, por tanto, una función informativa, consistente en identificar

inequívocamente, *y trasladar al interesado y potencial recurrente, el fundamento jurídico y fáctico de la decisión, a fin de que pueda ser oportunamente contestado.*.". (Marcos M. Fernando Pablo: La motivación del Acto Administrativo. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1993).

Ha sido en este proceso en que la autoridad demandada ha alegado que la referida Sociedad no fue objeto de análisis en su situación financiera, por no cumplir con una serie de requerimientos. *Sin embargo, este hecho no se hizo constar en los actos impugnados –con lo cual no pudo ser oportunamente debatido- y fue determinado en un informe del Comité de Evaluación, cuya copia le fue negada expresamente a la demandante*.

Con todo lo expuesto a este punto, se puede concluir que en el proceso de Licitación en el cual participó la Sociedad demandante en este juicio, se analizaron las ofertas presentadas conforme a ponderación de factores de evaluación y criterios contenidos en un "Mecanismo de Evaluación", que nunca se hizo del conocimiento de las partes.

Asimismo, las resoluciones objeto de análisis carecen completamente de motivación.

Todo lo anterior, vicia el procedimiento de licitación, y como consecuencia lógica el acto de adjudicación con que culminó.

Mediante auto de las once horas y treinta y siete minutos del día nueve de noviembre del año dos mil uno (folio 77), esta Sala sostuvo que ya se había firmado contrato en el procedimiento de licitación objeto de debate, por lo cual el acto de adjudicación ya había agotado sus efectos. En consecuencia, la medida para restablecer el derecho violado no puede ordenarse en su sentido natural, lo cual implicaría repetir el procedimiento de licitación.

Rafael Entrena Cuesta, al abordar el tema de la ejecución de sentencias señala que en caso de "imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia…el derecho a la ejecución se convertirá en el derecho a recibir una indemnización" (Rafael Entrena Cuesta (Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995).

Tal posibilidad se encuentra contemplada en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que establece en el art. 34 inciso segundo: "si la sentencia no pudiere cumplirse por haberse ejecutado de modo irremediable, en todo o en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el personalmente responsable, y en forma subsidiaria contra la Administración".

La indemnización por daños y perjuicios se traduce así en una medida de reparación secundaria y supletoria, ante la imposibilidad jurídica o material de lograr la restauración normal de la situación vulnerada.

El perjuicio engloba dos supuestos diferentes: *el daño emergente*, entendido como la disminución real o perdida efectiva del patrimonio que experimenta el perdidoso, y el *lucro cesante,* que es la privación de una ganancia o utilidad que el perdidoso tenía el *derecho* de alcanzar, es decir la privación de una utilidad que se hubiese obtenido.

La Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro ha expuesto, con relación al lucro cesante, que "no basta con una mera posibilidad en abstracto de ganar más, sino que es necesaria la realidad concreta de haber dejado de ganar determinada suma". Asimismo, se sostiene que "es necesario probar tanto la existencia del daño o perjuicio causado, aunque su motivo se determine posteriormente". (Sentencia de las diez horas del día diecisiete de abril de dos mil dos).

Como se ha expuesto, en el caso bajo análisis consta que la Sociedad demandante no calificó para seguirse evaluando, por no cumplir una serie de requerimientos.

Sin embargo, este hecho no pudo ser oportunamente controvertido, y no ha sido objeto de debate ni prueba en este proceso. No puede por tanto especularse si la Sociedad demandante tenía "el derecho" a ser electa adjudicataria, y la posible ganancia que podía obtener.

En este orden de ideas, procede la acción civil de indemnización por el daño o detrimento efectivamente causado a su patrimonio, entre ellos, los gastos en que incurrió para presentar su oferta. El monto a pagar deberá cuantificarse en vía ordinaria.

II. FALLO

POR TANTO, con fundamento en lo expuesto y artículos 42, 44 y 52 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; 421, 427 Pr.C., 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, esta Sala FALLA:

a) Declárase ilegal la adjudicación de la Licitación Pública Internacional C-03-UES- COSSAL 2001, a favor de la sociedad AQSA, de C.V.;

b) Declárase ilegal la resolución emitida por el Comité Organizador de los XIX Juegos Deportivos Centroamericanos y del Caribe 2002 el día siete de septiembre del año dos mil uno, que confirmó en revisión tal adjudicación;

c) Declárase ilegal la resolución del referido Comité Organizador en el cual se niega entregar a la sociedad demandante copia del informe de evaluación de la referida licitación;

d) Como medida para restablecer el derecho violado, procede la acción civil de indemnización por daños y perjuicios, sede en que deberá cuantificarse el monto a pagar;

e) Condénase en costas a la autoridad demandada conforme al Derecho Común; y,

f) En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y a la representación fiscal.

NOTIFÍQUESE. “

CASO III

CONTENIDO DE LAS BASES

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

NO ES LEGAL MODIFICAR LAS BASES DE LICITACION PARA FAVORECER A UN OFERTANTE

LA REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN COMPRENDE EL ANÁLISIS Y CALIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN LAS BASES

202-C-2001

"SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas del día catorce de julio de dos mil tres.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Sobre la Petición de ilegalidad formulada en la demanda.

Expresó la autoridad demandada en su contestación al traslado, que el actor no formuló su petición en términos precisos, pues no solicitó la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo que impugna ante este Tribunal. (folio 161 vuelto)

Conforme a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa este Tribunal, única y exclusivamente, tiene competencia para declarar la ilegalidad de los actos administrativos (artículo 2 y 9). En ese sentido, el legislador integra como elemento propio de la demanda el establecimiento de la petición en términos precisos (art. 10 literal f).

Los requisitos de la demanda establecidos en el artículo 10 de la ley en comento, son requisitos base que se deben llenar para configurar los límites de las pretensiones del demandante, y su desarrollo a través de literales en determinado orden, se hace únicamente con el fin de sistematizar el contenido del artículo. De las dos premisas anteriores, se desprende que la: "petición en términos precisos" es un requisito, propio y básico, que delimita el contenido de la pretensión del demandante, y ésta puede encontrarse inmersa en el desarrollo de la demanda, mostrando así su concordancia con los otros requisitos.

En la demanda motivadora de este proceso el peticionario expresó en el romano sexto que: "…para que en sentencia definitiva se declare la ilegalidad y nulidad de la Resolución No. 04/2001…" (folio 3, el subrayado es nuestro), con lo anterior el requisito indicado en el

artículo 10 literal f) de la ley es cumplido, pues se ha delimitado su petición frente a la competencia de este Tribunal.

De lo expuesto se concluye que el requisito indicado fue cumplido, y por tanto es procedente entrar a conocer sobre el fondo de lo solicitado.

IV- El juicio se encuentra en estado de dictar sentencia. Para mejor proveer se solicitó el expediente administrativo el cual se tuvo a la vista.

Acto impugnado y fundamentos de la ilegalidad.

El acto objeto de la pretensión motivadora de este proceso es la resolución número 04/2001, emitida en Recurso de Revisión dictada por la Dirección del Hospital Nacional Zacamil "Dr. Juan José Fernández", a las nueve horas del día siete de mayo del año dos mil uno, en la cual se confirma en todas sus partes la resolución 010/01.

En su informe justificativo la autoridad demandada expresó: "Con fecha diecisiete de abril del año dos mil uno, la Sociedad Demandante, interpuso el recurso de revisión de la resolución de adjudicación Número 010/01, como producto de dicha revisión se pronuncio la resolución 04/2001 en la cual se confirmo la resolución 010/01…De estas dos resoluciones el demandante actúa contra la segunda resolución es la 04/2001 pronunciada a la nueve horas del día siete de mayo del año en curso, en virtud de la cual se confirmo la resolución número 010/01, que es la que debió ser impugnada porque fue esta en la que se adjudicó la licitación publica 01/01, resolución que no ha sido recurrida. Por lo tanto el impetrante no ha recurrido contra la resolución de adjudicación si no contra la de adjudicación (sic), razón por la cual la demanda es improcedente…". (folio 63)

Como es sabido, el agotamiento de la vía administrativa es un requisito procesal para acceder a esta jurisdicción, que en este caso se cumplió con la interposición del recurso de revisión. Sin embargo, la ley no condiciona la procedencia de la acción al requisito que se impugne tanto la resolución adversada, como la que resuelve el recurso.

En casos como el presente, en que la demanda se ha encauzado únicamente contra la resolución que resolvió el recurso, naturalmente este Tribunal se pronunciará únicamente respecto a la legalidad de la misma, remitiéndose al proceso licitatorio y la adjudicación, como antecedentes que pueden condicionar su validez.

La Sociedad demandante hace recaer la ilegalidad de dicha actuación básicamente en los siguientes puntos:

a) La inadecuada aplicación de las bases de licitación a la Sociedad Adjudicataria; y,

b) Valoración de documentos que no cumplían los requisitos contemplados en el Código de Procedimientos Civiles y las Bases de Licitación.

Del Procedimiento de licitación y las Bases de licitación.

Como es sabido, para que la Administración pueda manifestar su voluntad y prestar su consentimiento en un contrato, es necesario, como regla general, llevar a cabo un procedimiento de selección del contratista.

La licitación es entonces un procedimiento administrativo de selección, en el cual, analizadas las propuestas de los licitantes, se selecciona y acepta la más ventajosa.

Durante el proceso licitatorio se siguen determinados requisitos legales que le dan validez y tienden a asegurar la mayor transparencia, legalidad y legitimidad del mismo. Un proceso de licitación manejado conforme a Derecho es garantía de una sana administración, salvaguarda de los intereses de la comunidad, de los intereses y derechos de los particulares y también de aquél o aquellos que ordenan o ejecutan obras o servicios con dineros públicos.

Se trata de un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual: "por el que el ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente". (Roberto Dromi: Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995)

El procedimiento culmina con la adjudicación, acto por el cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa, habilitando la futura celebración del contrato. Ya en anteriores resoluciones este Tribunal ha expresado que: "el acto de adjudicación así como los que se dicten durante el procedimiento de licitación, son verdaderos actos administrativos, es decir, decisiones unilaterales de la Administración y que producen efectos respecto de personas determinadas, corresponde a este Tribunal el conocimiento de los litigios que surjan en relación a los mismos (…)".

Pueden establecerse dos premisas básicas: 1) El procedimiento de licitación tiene un carácter público y constituye una expresión no solo de la legalidad de la voluntad administrativa formada en el mismo, sino de garantía de los particulares; y, 2) Este debe realizarse con estricto apego a la normativa aplicable y a las bases de licitación.

Conviene recordar ciertos presupuestos relativos al valor jurídico de las denominadas bases de licitación o pliego de condiciones, según se conocen también en doctrina.

Las mismas contienen las condiciones del contrato a celebrar, así como las reglas del procedimiento de la licitación. Dichas condiciones, que encuentran su origen en las necesidades mediatas e inmediatas que se pretenden llenar por la Administración, son fijadas unilateralmente por ésta. En tal sentido, las bases de licitación configuran el instrumento jurídico que fija los extremos contractuales y procedimentales de la licitación, entre ellos su objeto y las condiciones para ser admitido a la misma.

Partiendo del hecho de que se controvierte la legalidad de actos administrativos -un acto de adjudicación y su confirmación en recurso- la principal premisa para realizar el control de legalidad es la infranqueable exigencia de una potestad que legitime la actuación de la Administración.

El principio de legalidad aplicado a la Administración Pública ha sido reconocido en reiteradas resoluciones por este Tribunal sosteniéndose que en virtud del mismo, la Administración sólo puede actuar cuando la ley la faculte, ya que toda acción administrativa se nos presenta como un poder atribuido previamente por la ley, y por ella delimitado y construido.

Lo anterior implica, que la Administración Pública únicamente puede dictar actos en ejercicio de atribuciones previamente conferidas por la ley, y de esta manera instaurar el nexo ineludible acto –facultad-ley. La habilitación de la acción administrativa en las distintas materias o ámbitos de la realidad, son admisibles sólo con una habilitación normativa.

En este orden de ideas, el acto de adjudicación adversado debía ceñirse a lo dispuesto en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y además en las Bases de Licitación, y radica en este punto la esencia del análisis a realizar.

Sobre el contenido de las Bases.

El contenido de las bases de una licitación o pliego de condiciones, es el programa precontractual en el que se formulan cláusulas específicas dictadas unilateralmente por la Administración; estas cláusulas son de alcance general y particular dependiendo de su contenido.

Las bases prescriben por regla general cuatro postulados en su contenido: a) el objeto licitado se define mediante elementos cualificativos y cuantitativos de individualidad que se ciñen a las necesidades de la Administración Pública; b) Regulan exigencias relativas a los sujetos y no a las propuestas; lo expuesto hace referencia a las condiciones jurídicas de habilitación -que lleva inmersa la calificación de capacidad-, la habilitación técnica y financiera como condiciones mínimas de un licitante frente a la potencial oferta; c) cláusulas obligatorias o prohibitivas, las cuales pueden tener un carácter expreso o implícito, dado que las mismas regularmente ya se encuentran contenidas en disposiciones legales positivas, o resultan de la aplicación de los principios generales del derecho y las directrices contractuales -en lo que hace referencia a voluntad por ejemplo-; y, d) Siempre existe una

fijación de actos y afectaciones procedimentales, que sientan las reglas del juego a seguir; lo anterior incluye el ejercicio de ciertos derechos, solemnidades a llenar por el carácter especial del objeto licitado, etc.

Lo antes expuesto se encuentra reflejado en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (artículo 44). El contenido de las bases de licitación tiene como finalidad específica, fijar los extremos de participación y condiciones de realización de las facultades de la Administración Pública; es por ello que las mismas constituyen un derecho positivo derivado de una relación precontractual. Dichas bases constituyen un *plus* o infraorden normativo que sienta los elementos primigenios de una licitación, calificada por las particularidades de su objeto y sujetos intervinientes, elementos que no se encuentran en oposición al orden normativo general, sino que constituyen un complemento de éste.

La licitación pública tiene principios rectores que determinan el cumplimiento eficaz y adecuado del procedimiento, y estos principios son materializados por medio de actos realizados por la Administración.

Las bases de licitación pública tienen como finalidad dar cumplimiento primordialmente al *principio de igualdad.* Dicho principio establece que todos los oferentes deben ostentar un trato igualitario frente a la Administración, así: a) consideración de las ofertas en plano de igualdad y concurrencia frente a los demás oferentes; b) respeto a los plazos establecidos en el desarrollo del procedimiento, evitando así favorecer a alguno de los concurrentes; c) cumplimiento de la Administración Pública de las normas positivas vigentes; d) notificaciones oportunas a todos los concurrentes; *e) inalterabilidad de los pliegos de condiciones, respetando el establecimiento de condiciones generales e impersonales*; y, f) indicación de las deficiencias formales subsanables que puedan afectar la postulación.

De lo expuesto se desprende que los concurrentes deben encontrarse en la misma condición durante todo el procedimiento licitatorio, lo que conduce a afirmar que: *"toda ventaja concedida a alguno de los concurrentes invalida el procedimiento"*.

Sobre la formalidad en la presentación de los documentos.

Alega el demandante que la Sociedad Diagnostika Capris, S.A. de C.V., no cumplió lo establecido en el numeral 3.3 de las cláusulas consignadas en las bases de licitación, ya que presentó un documento que daba constancia de la autorización de distribución en El Salvador a favor de la Sociedad "Diagnostica Real S.A. de C.V." de productos de la Sociedad Beckman Coulter Inc. Que dicha autorización no fue presentada conforme a las condiciones descritas en las bases de licitación; además el documento muestra una sociedad ajena a la licitación.

a) *De la incongruencia en la denominación de la Sociedad licitante.*

Respecto a la incongruencia de nombres indicada por el demandante, se constató en el expediente administrativo que la Sociedad Diagnostica Real, S.A. de C.V. modificó su pacto social el día veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve (folio 534 a 546). La modificación fue inscrita en el Registro de Comercio en ese mismo año, y contiene el cambio de denominación de la sociedad; en dicha escritura se estableció que la Sociedad Diagnostica Real, S.A. de C.V. se llamaría Diagnostika Capris, S.A. de C.V.

En vista de lo anterior y atendiendo a que el procedimiento de licitación se abrió en el mes de enero del año dos mil uno, los documentos con que la Sociedad Diagnostika Capris, S.A. de C.V. pretendió acreditarse como persona jurídica autorizada para la distribución de productos de la Sociedad Beckman Coulter Inc., *no se encontraban actualizados*. Por ello se constata que no se cumplió el requisito establecido en el numeral 3.3 de las Bases de Licitación.

De la validez del documento solicitado en el numeral 3.3 de las Bases de Licitación.

Como se ha expuesto, las bases de licitación son un instrumento que tiene como finalidad determinar las reglas propias de una futura contratación; es por ello que las mismas establecen en su aplicación un tratamiento igualitario a los potenciales oferentes, ya que, siendo reglas claras y precisas, no hay posibilidad de modificar las exigencias a favor de uno y detrimento de otros.

La autoridad demandada, conforme al principio de legalidad no tiene más facultades de las que le da la ley, y en este caso en particular, tampoco tiene más facultades de las estatuidas en las bases de licitación.

La cláusula 3.3 de las bases de licitación en el presente caso establecía: "Que la oferta técnica y económica deberá contener: Documento vigente expedido por el Laboratorio fabricante y/o distribuidor que lo autoriza para comercializar legalmente el producto en EL SALVADOR, cuando el oferente no sea el fabricante. Este documento deberá presentarse debidamente autenticado por Notario y en el caso que el laboratorio fabricante y/o distribuidor que autoriza, sea del extranjero deberá *autenticarlo ante Notario en el país de origen y ante el Consulado más cercano de El Salvador de dicho país, o fotocopia de ésta última certificado por notario salvadoreño".*

Para dar cumplimiento al numeral 3.3 de las bases de licitación, el mismo numeral establecía dos posibilidades: a) Presentar en original una autorización extendida en documento privado certificado por notario del país de origen del documento, y certificado por un Cónsul Salvadoreño; o b) Presentar una fotocopia certificada por notario salvadoreño del documento anterior.

Corre agregado a folio 640 del expediente administrativo la constancia de autorización para distribución de los productos fabricados por Beckman Coulter Inc. a favor de Diagnostica Real, S.A. de C.V.; dicha constancia es, simplemente, una fotocopia certificada por notario salvadoreño el día catorce de febrero de dos mil uno, del documento expedido por la

Sociedad Beckman Coulter, Inc.

El documento anterior, presentado en el procedimiento de licitación número 01/2001, no cumple así los requisitos que establecía el numeral 3.3 de las bases de licitación, ya que solo es un documento privado extranjero, el cual es certificado por notario salvadoreño.

De la incorporación de documentos que acreditan la calidad de ofertante.

La parte actora expuso en su demanda que la Sociedad DIAGNOSTIKA CAPRIS, S.A DE C.V. omitió presentar su Escritura de Constitución, no obstante que el numeral 3.14 de las bases de licitación lo ordenaba, y por tanto conforme a las mismas bases no podía ser considerado ofertante por no llenar los requisitos.

La autoridad demandada en relación a lo expresado por la parte actora manifestó en su informe que: "(…)la Sociedad adjudicataria es suministrante de este Hospital, desde hace tres años aproximadamente, por lo que se cuenta con toda la información y documentación necesaria relativa a su existencia y legalidad en sus operaciones comerciales(…)" (folio 64).

Sobre lo referido por las partes, este Tribunal considera que es inaceptable el argumento sostenido por la autoridad demandada en sus informes, en el sentido que los requisitos de acreditación que se han de anexar a la oferta, deben cumplirse naturalmente en el proceso de licitación que se trata, para el caso, la Licitación Pública 01/2001, independientemente que la sociedad fuese conocida por haber participado en anteriores licitaciones.

De lo anterior se concluye que el documento presentado por la Sociedad Diagnostika Capris, S.A. de C.V. incumplió las especificaciones descritas en numeral 3.3 de las bases de licitación, y por tanto es ilegal su admisión y posterior evaluación por la autoridad demandada, ya que se generó con tal actuación, una aplicación inadecuada -modificó las reglas de las bases de licitación- y por tanto un trato desigual a los oferentes.

Se reitera, que el acto impugnado en el presente proceso es la resolución 04/2001, que confirmó en revisión la resolución de adjudicación.

En vía de recurso a la Administración se le planteó el argumento siguiente: "(…) Las constancias en que consta la calidad de Distribuidora de DIAGNOSTIKA CAPRIS, S.A. DE C.V. de Nova Biomedical y Sysmex, adolecen de las informalidades siguientes: a) No se encuentran en su totalidad traducidas al Idioma Castellano. B) Tales documentos no han sido autenticados en forma tal que puedan hacer fe en la República de El Salvador de acuerdo al Art. 261 del Código de Procedimientos Civiles. También la Sociedad adjudicataria incumplió el requisito de presentar su Escritura Pública de Constitución debidamente inscrita en el Registro de Comercio(…)" (folio 2240 del expediente administrativo).

La Administración Pública en respuesta a la solicitud hecha en el recurso planteado señaló: "(…) Se advierte en el libelo de la petición del Doctor Roberto oliva, que recurre de la resolución fundamentándose en lo referente a la calificación legal de los documentos ya mencionados, sin embargo, de acuerdo con el Principio de la Legitimidad de los recursos éste dictamen no es susceptible de Impugnación, por no estar contenido así en la ley que rige esta materia y tampoco en las Bases de Licitación. Por otra parte en los criterios de evaluación no hay ponderación alguna con respecto a este punto (…)" (folio 2250 del expediente administrativo)

Del análisis expuesto en los fundamentos de Derecho de la resolución dictada por la Administración Pública en vía de recurso, se desprende que en esta no se consideró ni valoró ninguno de los argumentos expresados por la parte actora, sino únicamente se limitó a señalar que la calificación legal de los documentos no es recurrible, pues la ley no lo contempla.

Tal argumento carece de sustento, ya que la revisión del procedimiento de licitación, comprende naturalmente el análisis y calificación de los requisitos contenidos en las bases, entre ellos, los documentos a que se ha hecho alusión.

Por las razones expuestas, la solicitud formulada en vía de recurso no ha sido respondida y la improcedencia declarada es ilegal. Por tanto, deberá emitirse una nueva resolución en la que se valoren los argumentos que han sido considerados en esta sentencia.

POR TANTO, con base en las razones expuestas, disposiciones legales citadas y en los Arts. 421 y 427 Pr. C., y Arts. 31, 32 y 53 L.J.C.A., a nombre de la República, la Sala FALLA: a) Que es ilegal la resolución número 04/2001 pronunciada en vía de recurso de revisión por la Dirección del Hospital Nacional Zacamil "Dr. Juan José Fernández", en la cual se confirma la resolución de adjudicación 010/01; b) Como medida para restablecer el derecho violado, deberá emitirse una nueva resolución en vía de recurso, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en esta sentencia; c) Condénase en costas a la autoridad demandada conforme al Derecho Común; d) Devuélvase el expediente administrativo a su lugar de origen; e) Notifíquese a la Sociedad Diagnostika Capris, S.A. de C.V., tercero beneficiado en el presente proceso; y, f) En el acto de notificación extiéndasele certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y a la representación fiscal. NOTIFÍQUESE.”

CASO IV

LA INHABILITACION PARA PARTICIPAR EN PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTA

LA INHABILITACION INHIBE LA LEGITIMACION PARA ACTUAR EN PROCESOS ADMINISTRATIVOS

82-E-2002

"SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a las a las ocho horas treinta minutos del día veinticinco de mayo del año dos mil cuatro.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. OBJETO Y LÍMITES DE LA PRETENSIÓN.

La Sociedad demandante pretende que se declare la ilegalidad de los actos administrativos siguientes:

a) Resolución de adjudicación número AG078/2002 a favor de SIEMENS, S.A., de fecha veintisiete de mayo de dos mil dos; y,

b) Acuerdo número 2002-0802. JUN. ACTA 2849, de fecha veinticuatro de junio de dos mil dos, que admite el recurso contra la anterior decisión y confirma la adjudicación.

Hace recaer la ilegalidad de tales resoluciones esencialmente en los siguientes aspectos:

 Que la argumentación para no adjudicar a EMEDIN, S.A. de C.V. se fundamentó únicamente en el hecho que sobre la referida sociedad pesaba una inhabilitación sobreviniente dictada por el Director General del ISSS, quien según la LACAP no tiene facultades legales para inhabilitar a una empresa; y,

 Que la oferta presentada por EMEDIN, S.A. de C.V. era la de más bajo precio y cumplía los requisitos exigidos en las Bases de la Licitación Pública, por lo cual debió ser declarada adjudicataria.

2. CRONOLOGÍA DE LO OCURRIDO EN SEDE ADMINISTRATIVA.

De la documentación presentada por las partes al proceso se establece el siguiente orden cronológico de los hechos, base para analizar el presente caso:

a) El día tres de abril de dos mil dos se realizó la apertura de ofertas de la Licitación Pública G003/2002, en la cual participó la Sociedad demandante, EMEDIN, S.A. de C.V.;

b) Mediante acuerdo No. 2002-04-0264, de fecha doce de abril de dos mil dos, como culminación de un procedimiento de investigación de incumplimientos contractuales, la Dirección General del ISSS acordó inhabilitar a EMEDIN, S.A. de C.V. a participar en procedimientos de contratación administrativa con la Institución por un período de cuatro años contados a partir del día siguiente a la notificación de dicha resolución. Ésta fue notificada a la referida Sociedad el día quince de dicho mes y año (folios 72 y 73 del proceso);

c) En el Acta levantada por la Comisión Evaluadora de Ofertas de la Licitación Pública No. G-003/2002 el día dieciséis de mayo del referido año (la cual corre agregada de folios 65 a 67 del proceso), se recomendó al Consejo Directivo adjudicar los distintos códigos según los cuadros de análisis anexos, en los cuales aparece una nota a pie de página con relación a EMEDIN, S.A. de C.V., que reza: "*Empresa sancionada, según Acuerdo de Dirección General No. 2002-04-0264, de fecha 12 de abril del 2002".* En dicho cuadro se califican únicamente como "empresas elegibles" a las Sociedades Comercio y Representaciones, S.A. de C.V. y SIEMENS, S.A.;

d) Por resolución de fecha veintisiete de mayo de dos mil dos, se hizo saber a los participantes en la Licitación Pública No. G-003/2002, que el Consejo Directivo del ISSS había declarado adjudicatarias a las Sociedades CORESA y SIEMENS, S.A.;

e) El seis de junio EMEDIN recurrió de la adjudicación a favor de SIEMENS, S.A. (folios 69 y 70); y,

f) Por resolución de fecha veinticuatro de junio del referido año, el Consejo Directivo admite la apelación y mantiene firme la adjudicación original a SIEMENS, S.A., *con base a la referida inhabilitación* (folio 71).

3. SOBRE LA INHABILITACIÓN.

El Consejo Directivo del ISSS ha sostenido en este proceso que la demandante no podía haber sido declarada adjudicataria, ya que había sido sancionada con una inhabilitación emitida por acuerdo de la Dirección General de fecha doce de abril de dos mil dos, por lo

cual, conforme al art. 25 de la LACAP no podía contratarse con ella.

Como se expuso en el apartado anterior, dicha resolución fue dictada con posterioridad al inicio del procedimiento de licitación, pero antes que se emitiera el acto de adjudicación.

El demandante aduce que dicha inhabilitación debió ser dictada por el Consejo Directivo y no por el Director General del ISSS, por lo cual "carece de validez".

El art. 158 de la LACAP establece que la Institución inhabilitará para participar en procedimientos de contratación administrativa, por un período de uno a cinco años según la gravedad de la falta, al contratista que incurra en una serie de conductas, entre ellas afectar reiteradamente los procedimientos de contratación en que participe y suministrar un bien, servicio u obra de inferior condición o calidad del pactado o contratado. Se señala que para declarar la inhabilitación se seguirá el procedimiento sancionatorio que establece la ley.

En la motivación de la resolución de inhabilitación que corre agregada al proceso (folios 72 y 73), se relaciona que se tramitó un procedimiento tendiente a verificar infracciones legales y contractuales atribuidas a EMEDIN, S.A. de C.V., por incumplimiento de entregas de suministros al ISSS y por prestar servicios de inferior calidad a lo pactado o contratado. Tal resolución constituye entonces el acto administrativo que culminó el procedimiento, notificado a la demandante el día quince de abril de dos mil dos, sin que fuese impugnado oportunamente en esta sede.

Es ilustrativo reparar en el hecho que dicho acto sí fue impugnado en vía de amparo ante la Sala de lo Constitucional de esta Corte. El Consejo Directivo del ISSS presentó al proceso copia de la resolución emitida por dicha Sala a las diez horas con doce minutos del día trece de junio del corriente año, en la cual se sobresee el proceso de amparo, porque EMEDIN no interpuso contra dicho acto el recurso de revocatoria que conforme a ley correspondía (fs. 98 y 99).

Con todos los antecedentes expuestos, se establece que este Tribunal no puede entrar a conocer sobre el acto de inhabilitación, ya que éste constituye una resolución culminatoria de un procedimiento autónomo y distinto al licitatorio, que adquirió estado de firmeza.

4. LEGITIMACIÓN PARA CONTROVERTIR LA ADJUDICACIÓN A SIEMENS, S.A.

A este punto se ha establecido que la razón fundamental por la cual el Consejo Directivo del ISSS no consideró la oferta de EMEDIN como elegible, fue la inhabilitación que pesaba sobre ella, acto que no fue oportunamente controvertido en esta sede y adquirió estado de firmeza.

El art. 25 de la LACAP establece que no puede contratarse con personas naturales o jurídicas que se encuentren incapacitadas. Como corolario lógico, el Consejo Directivo demandado sostuvo que de haberse adjudicado a la parte actora el contrato sería nulo.

En este orden de ideas, establecido que EMEDIN no podía ser considerada "elegible" en el procedimiento de licitación, es procedente analizar su legitimación para controvertir la adjudicación dictada a favor de SIEMENS, S.A.

En términos generales, la legitimación es "la aptitud de ser parte en un proceso concreto. La legitimación presupone que no toda persona con capacidad procesal puede ser parte en un proceso, sino únicamente las que se encuentren en determinada relación con la pretensión" (Jesús González Pérez: Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1985. Pág 115).

La legitimación en definitiva nos indica en cada caso quiénes son los verdaderos titulares de la relación material que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso, y cuya participación procesal es necesaria para que la sentencia resulte "eficaz". En este sentido, si las partes carecen de legitimación "..el desarrollo de todo el proceso no servirá para solucionar el concreto conflicto intersubjetivo que se somete al enjuiciamiento de los Jueces y Tribunales…", y "lo que la legitimación condiciona, es la eficacia misma de la sentencia que se pronuncia sobre el objeto procesal" (Vicente Gimeno Sendra y otros: Derecho Procesal Administrativo. Tirant lo blanch. Valencia, 1993. Pág. 204).

Lo anterior implica que no puede abordarse la pretensión objeto del juicio -declaratoria de ilegalidad del acto impugnado- si el demandante no es un legítimo contradictor.

El contencioso administrativo es un auténtico juicio o proceso entre partes, a diferencia de sus orígenes en Francia con el recurso por exceso de poder, en que el administrado era mas bien un "denunciante". Hoy día y, en nuestro sistema legal, *el administrado es una verdadera parte procesal.*

La legitimación activa en el proceso contencioso se origina en la relación previa entre un sujeto y un determinado acto administrativo, relación que hará legítima la presencia del sujeto en el concreto proceso en que se impugne dicho acto.

La posición legitimante en que se encuentra el administrado nace de su relación con el acto que le afecta, en tanto su esfera jurídica se ve alterada por el mismo.

De conformidad con el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, podrán demandar la declaración de ilegalidad de los actos de la Administración Pública *"los titulares de un derecho que se considere infringido y quien tuviere un interés legítimo y directo en ello".*

Como corolario de lo anterior, en nuestro Derecho positivo no podrá obtener un pronunciamiento de fondo ante su pretensión -un análisis de la legalidad del acto administrativo- un sujeto que no se encuentre en alguna de estas categorías.

El presupuesto esencial y común entre estas categorías, es que el administrado que busca impugnar un acto, es aquél que se ve lesionado o afectado por el mismo, de manera tal que esté interesado en obtener su anulación.

En anteriores resoluciones ha sostenido este Tribunal que el interés legítimo se constituye como la pretensión a la legitimidad del acto administrativo, que viene reconocida a aquel sujeto que se encuentre respecto al ejercicio de la potestad en una especial situación legitimante; se resuelve por tanto en la capacidad de pretender que otro sujeto -para el caso la Administración Pública- ejercite legalmente sus potestades. Tal posición viene conferida al sujeto o sujetos que respecto al acto administrativo *se encuentren en una particular situación diferenciada.*

Al reconocerse el interés legítimo como una situación legitimante para acceder al proceso contencioso, el administrado encuentra una defensa frente al *perjuicio* que le causa el acto y que estima injusto, por haberse producido al margen de la ley. Debe aclararse que al demandante no lo legitima un abstracto interés por la legalidad -el llamado interés simple que no habilita para acceder al proceso contencioso- sino *el interés concretísimo de estimar que la Administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad.*

Independientemente de las diversas definiciones y alcances del interés legítimo, *el* ***substrato de esta categoría es la existencia de una afectación legítima que coloque al administrado -en relación al acto que pretende impugnar- en una situación particularizada*****.**

En el presente caso, se han establecido las siguientes premisas:

a. A la fecha en que se emitieron las resoluciones adversadas ya se había dictado y notificado a EMEDIN, S.A. de C.V. una inhabilitación en su contra;

b. Tal inhabilitación fue la base para que la demandante no se considerara como elegible para ser declarada adjudicataria;

c. El acto de inhabilitación no fue impugnado ni puede ser objeto de debate en esta Sala, ya que constituye una resolución culminatoria de un procedimiento autónomo y distinto al licitatorio, que adquirió estado de firmeza.

La imposibilidad de que EMEDIN fuese declarada adjudicataria en el procedimiento de

licitación G003/2002, permite establecer que no tiene un interés legítimo que la habilite a impugnar el acto de adjudicación a favor de SIEMENS, S.A.

Como se sostuvo en párrafos anteriores, la ausencia de legítimo contradictor no permite entrar a conocer el fondo de la pretensión, es decir si la oferta presentada por la demandante era la que más convenía a los intereses del ISSS y, por ende, si fue apegada a Derecho la adjudicación a favor de SIEMENS, S.A. Como corolario lógico, procede declarar la ineptitud de la demanda.

II. FALLO:

POR TANTO, con fundamento en lo expuesto y artículos 421, 427 y 439 Pr. C.; 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, esta Sala FALLA:

A. Declárase inepta la demanda interpuesta por EMEDIN, S.A. de C.V. contra el Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, por la emisión de las resoluciones de fechas veintisiete de mayo y veinticuatro de junio del año dos mil dos;

B. Condénase en costas a la parte actora conforme al Derecho Común;

C. En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a la autoridad demandada, tercero beneficiado y a la representación fiscal; y,

D. Devuélvase el expediente administrativo a su oficina de origen.

NOTIFIQUESE.MPOSADA-RENEFORTÍNMAGAÑA-MACARDOZAA.-JNRRUIZ-
PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN. ILEGIBLE”

CASO V

LA FALTA DE MOTIVACION Y DE LEGAL NOTIFICACION VICIAN EL ACTO DE ADJUDICACION Y LA RESOLUCION CONFIRMATORIA EMANADA DEL RECURSO DE REVISION

23-J-2003

"SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas siete minutos del día veinticinco de abril de dos mil cinco.

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido por el licenciado José Roberto Barriere Ayala, de treinta y ocho años de edad al inicio del mismo, abogado, del domicilio de Nueva San Salvador en carácter de apoderado general judicial de "JINSAL, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE" que se abrevia JINSAL, S.A DE C.V. Impugna la resolución emitida por la Junta de Gobierno de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA), mediante la cual se adjudica la Licitación Pública por invitación número LPI-09/2002 "Suministro de 28 Motocicletas, Según Especificaciones Técnicas" a favor de MURILLO S.A. DE C.V., así como la resolución que confirma la anterior decisión".

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. OBJETO Y LÍMITES DE LA PRETENSIÓN.

La sociedad demandante pretende que se declare la ilegalidad de la resolución emitida por la Junta de Gobierno de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, mediante la cual se adjudica la Licitación Pública LPI-09/2002 a favor de MURILLO S.A. DE C.V., Y de la resolución dictada en recurso de revisión, la cual confirma la anterior decisión.

Hace recaer la ilegalidad de tales actos en los siguientes aspectos:

a) Notificación viciada de la resolución de adjudicación;

b) Falta de motivación de la resolución de adjudicación; y,

c) Motivación falsa en vía de recurso.

2. CRONOLOGÍA DE LO OCURRIDO EN SEDE ADMINISTRATIVA.

De la documentación presentada por las partes al proceso se establece el siguiente orden cronológico de los hechos, base para analizar el presente caso:

a) ANDA convocó a la licitación pública por invitación LPI-09/2002 "Suministro de 28 Motocicletas, Según Especificaciones Técnicas" con fecha veintinueve de octubre de dos mil dos;

b) El quince de noviembre de dos mil dos se llevó a cabo la apertura de las ofertas;

c) A folio 110 del proceso aparece el acta de la Comisión Evaluadora de Ofertas, en la cual recomienda a ANDA adjudicar en forma total el suministro de la licitación pública por invitación número LPI-09/2002 a la sociedad MURILLO, S.A. DE C.V., por un monto de setenta y tres mil setecientos veinticuatro dólares con sesenta y un centavos, cantidad que incluye IVA Y mantenimiento preventivo de dicho suministro por el periodo de un año. La Comisión Evaluadora de Ofertas sostiene que "solamente la empresa MURILLO, S.A. DE C.V., cumplió con la puntuación mínima requerida en los aspectos técnicos, según lo establecen los términos de referencia en las Bases de Licitación. Además, esta empresa presentó una oferta opcional precio CIF por un valor de CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS 29/100 US dolares (sic) ($57,842.29). Esta Comisión no considero (sic) esta opción dado que los tiempos de entrega son de setenta y cinco días, lo cual no satisface los intereses y necesidades inmediatas de las Unidades Solicitantes". Concluye que no se opta por la oferta de JINSAL, S.A. DE C.V., porque su experiencia en la comercialización de motocicletas es menor de cinco años, lo cual es lo mínimo requerido;

d) El día veintiocho de noviembre de dos mil dos, ANDA emite esquela de notificación mediante la cual hace saber a JINSAL S.A. DE C.V., que ha declarado adjudicataria a la empresa MURILLO S.A. DE C.V.;

e) En desacuerdo con tal decisión, JINSAL, S.A. DE C.V., interpuso recurso de revisión ante la Junta de Gobierno de ANDA. La Comisión de Alto Nivel nombrada para resolverlo recomendó confirmar la adjudicación efectuada a la sociedad MURILLO, S.A. DE C.V., por ser la única empresa evaluada en los aspectos financieros y económicos, obteniendo una puntuación total de 78.8 puntos, lo cual lo convierte en la empresa ganadora (folio 116 del proceso); y,

f) Con base en tal recomendación, ANDA confirmó la adjudicación total de la licitación relacionada; dicho acto fue notificado a la demandante con fecha veintisiete de diciembre de dos mil dos, y constituye el segundo de los actos impugnado en este proceso.

3. NOTIFICACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN.

Alega el demandante que conforme al artículo 74 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, todo acto administrativo que afecte derechos o intereses de los ofertantes y contratistas deberá ser debidamente notificado, mediante entrega de la copia íntegra del acto. Asimismo, que el artículo 56 de la LACAP, en su cuarto inciso estableció igual condición al mencionar que "La UACI dará a conocer el resultado mediante la Resolución de Adjudicación correspondiente".

Aduce que en el presente caso, la falta de notificación completa viola la citada ley y que además el acto carece de motivación, ya que no existió fundamentación de las razones que llevaron a la decisión de adjudicación.

Añade que aun cuando se les haya hecho saber lo esencial del acto, se incumple lo preceptuado por el artículo 74 de la LACAP al ordenar que la notificación se haga con copia íntegra del acto, es decir, con la motivación y fundamentación a efecto de poder esgrimir realmente los mecanismos de defensa e impugnación que concede la ley, por lo que la que recibieron no puede considerarse como notificación ya que no cumple el requisito establecido por la ley.

a. <u>Exigencia de la Ley y las bases con relación a la notificación</u>

El artículo 56 de la LACAP establece que: "*Concluida la evaluación de las ofertas, la Comisión de Evaluación de Ofertas elaborará un informe basado en los aspectos señalados en el artículo anterior, en el que hará al titular la recomendación que corresponda, ya sea para que acuerde la adjudicación respecto de las ofertas que técnica y económicamente resulten mejor calificadas, o para que declare desierta la licitación o el concurso.*

La recomendación a que se refiere este artículo, comprenderá la calificación de la oferta mejor evaluada para la adjudicación correspondiente. Asimismo, incluirá la calificación de aquellas otras que en defecto de la primera, representan opciones a tomarse en cuenta para su eventual adjudicación de acuerdo a las bases de licitación o de concurso.

De toda recomendación se levantará un acta que deberá ser firmada por todos los miembros de la Comisión. Los que estuvieren en desacuerdo dejarán constancia razonada de su inconformidad en la misma acta.

Si la autoridad competente para la adjudicación estuviere de acuerdo con la recomendación formulada por la Comisión de Evaluación de Ofertas, procederá a adjudicar la contratación de las obras, bienes o servicios de que se trate. La UACI dará a conocer el resultado mediante la Resolución de Adjudicación correspondiente.

Cuando la autoridad competente no aceptare la recomendación de la oferta mejor evaluada, deberá consignar y razonar por escrito su decisión y podrá optar por alguna de las otras

ofertas consignadas en la misma recomendación, o declarar desierta la licitación o el concurso.

La resolución de adjudicación no estará en firme hasta transcurridos cinco días hábiles posteriores a su notificación, período dentro del cual se podrá interponer el recurso de revisión regulado por esta ley".

Por su parte el artículo 74 de la misma ley establece que *"Todo acto administrativo que afecte derechos o intereses de los ofertantes y contratistas, deberá ser debidamente notificado, a más tardar dentro de las setenta y dos horas hábiles siguientes de haberse proveído. Este surtirá efecto a partir del día siguiente al de su notificación, que se hará mediante entrega de la copia íntegra del acto, personalmente al interesado o por correo con aviso de recibo o por cualquier otro medio que permita tener constancia fehaciente de la recepción.*

A menos que el interesado consienta en recibir la esquela de notificación en la oficina administrativa o en otro lugar, la entrega debe realizarse en el lugar señalado para notificaciones".

b) <u>De la publicidad y transperencia de los procedimientos licitadores</u>.

La licitación es un procedimiento administrativo de selección del contratista, en el cual, analizadas las propuestas de los licitantes, se selecciona y acepta la más ventajosa.

Se trata de un *procedimiento administrativo* de preparación de la voluntad contractual: *"por el que el ente público en ejercicio de las funciones administrativas invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará y aceptará la mas conveniente"* (Roberto Dromi; Licitación Pública, ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995).

El procedimiento culmina con la *adjudicación,* acto por el cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa, habilitando la futura celebración del contrato. Ya en anteriores resoluciones esta Sala ha expresado que "el acto de adjudicación, así como los que se dicten durante el procedimiento de licitación, son verdaderos actos administrativos, es decir, decisiones unilaterales de la Administración *y que producen efectos respecto de personas determinadas,* corresponde a este Tribunal el conocimiento de los litigios que surjan en relación a los mismos... ".

La licitación tiene un carácter público y constituye una expresión no sólo de la legalidad de la voluntad administrativa formada en el mismo, sino de garantía de los particulares. Por ende debe realizarse con estricto apego a la normativa aplicable y a las bases de licitación.

Hay un elemento vital que no debe dejarse nunca de lado en la perspectiva del análisis de los procedimientos de licitación, y es que todas las actuaciones relativas al mismo deben estar guiadas por la consecución de fines públicos, es decir, por el interés público en alguna de sus manifestaciones.

Durante el proceso licitatorio se siguen determinados requisitos que le dan validez y tienden a asegurar la transparencia y legitimidad del mismo. Ya en anteriores resoluciones ha sostenido este Tribunal que un proceso de licitación manejado conforme a Derecho es garantía de una sana administración, salvaguarda de los intereses de la comunidad, de los intereses y derechos de los particulares y también de aquél o aquellos que ordenan o ejecutan obras o servicios con dineros públicos.

La transparencia, como principio rector de la licitación pública, exige de la Administración el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.

Tal transparencia y publicidad está íntimamente ligada a la posibilidad de participación en el procedimiento licitatorio. En palabras de Roberto Dromi: "el principio sustancial de defensa que anima al procedimiento administrativo general, se traduce en el procedimiento de selección del contratista en la efectiva posibilidad de participar y colaborar en este procedimiento especial. Ello se verifica en los actos, hechos, reglamentos y simples actos de la Administración, dictados o ejecutados en la preparación del contrato por ello, las reglas que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa, son también aplicables a la actividad preparatoria y ejecutoria del contrato".

Todo lo anterior corrobora que existe una clara exigencia legal de una notificación íntegra, así como la necesidad que, en aras de la transparencia, se notifiquen los criterios esenciales que condujeron a la Administración a adoptar determinada decisión.

En el caso bajo análisis, al no hacerse efectiva la notificación íntegra de la resolución de adjudicación, la sociedad demandante no tuvo acceso a los parámetros de ponderación de factores de evaluación económica por los cuales no fue calificada, con lo cual no se acogió a los beneficios genéricos que las normas en mención, y el carácter que una licitación transparente exige.

4. SOBRE LA MOTIVACIÓN.

Aduce además la parte actora que las resoluciones impugnadas carecen de motivación, en razón de que no existe fundamentación de la adjudicación, y que como condición de validez, todo acto administrativo debe tener una fundamentación tanto fáctica como jurídica.

La autoridad demandada ha sostenido que en todo momento ha fundamentado sus actos de

conformidad a los principios constitucionales y apegados a la ley de la materia; asimismo, alega que las notificaciones realizadas a la sociedad demandante se hicieron mediante trascripción literal del acto administrativo.

La motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones de hecho y de Derecho que le determinaron a adoptar su decisión. *Ratio essendi* de la motivación es que permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y si se ajustan a los firmes que persigue la normativa aplicable.

La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principales finalidades: desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado que podrá así impugnar en su caso el acto, atacando las bases en que se funda. Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del *criterio de decisión* que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.

En el caso en análisis, la sociedad demandante fue notificada de la adjudicación a la empresa MURILLO S.A. DE C.V., sin que se expusiera ninguna razón, limitándose a resolver lo siguiente: "7. Adjudicar en forma total la Licitación Pública por Invitación No. LPI-09/2002, que se refiere al "SUMINISTRO DE 28 MOTOCICLETAS, SEGÚN ESPECIFICACIONES TÉCNICAS", a la empresas (sic) MURILLO, S.A. DE C.V., POR VALOR DE SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO 61/100 DOLARES (US$ 73,724.61), monto que incluye IV A, suministro de placas, trámite de tarjeta y mantenimiento preventivo por un año, de conformidad a los términos de su oferta.

8. Autorizar al Señor Presidente de la Institución para que firme la documentación correspondiente.

9. Encomendar a la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales -UACI- elaborar el respectivo contrato, una vez ésta resolución esté firme".

Posteriormente, JINSAL, S.A. DE C.V. interpuso recurso contra tal decisión, en el cual la autoridad demandada confirmó la adjudicación segundo acto impugnado en este proceso- resolviendo que: "La Junta de Gobierno, después de conocer el análisis y revisión de todo el proceso de evaluación efectuado por la Comisión de Alto Nivel.

ACUERDA:

1°) Confirmar la adjudicación total de la Licitación Pública por Invitación No. LPI-09/2002, relativa al "Suministro de 28 Motocicletas, según especificaciones técnicas", a la empresa MURILLO, S.A. DE C.V., por un monto de SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS

VEINTICUATRO 61/100 DOLARES (US $73,724.61), valor incluye IVA, suministro de placas, trámite de tarjeta y mantenimiento preventivo por un año.

2) Encomendar a la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucionales -UACI- que comunique a la empresa JINSAL, S.A. DE C.V., que no procede su solicitud, ya que incumplió con el requisito mínimo de 5 años en experiencia de comercialización y que notifique a las empresas involucradas el acuerdo tomado en este Punto de Acta.

3) Declarar de aplicación inmediata el presente acuerdo".

Es claro que tal resolución, redactada en términos sumamente amplios y generales, no aporta elementos concretos sobre las razones que llevaron a la Administración a escoger a la empresa ganadora concluyendo que tanto la primera resolución como la segunda no fueron motivadas en forma alguna (folios 12 y 14).

Se ha expuesto que la motivación del acto constituye una garantía para el administrado. Esto se materializa en que una de sus finalidades: "...es la de facilitar a los interesados el conocimiento de las razones por las que se legitima su derecho *y permitir asimismo la posterior fiscalización de la legitimidad del acto por los tribunales de justicia...";* "...la motivación cumple, por tanto, una función informativa, consistente en identificar inequívocamente, *y trasladar al interesado y potencial recurrente, el fundamento jurídico y fáctico de la decisión, a fin de que pueda ser oportunamente contestado.".* (Marcos M. Fernando Pablo: La motivación del Acto Administrativo. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1993).

La autoridad demandada ha alegado que JINSAL, S.A. DE C.V., no cumplió con lo establecido en las bases de licitación, ya que presentó su oferta, teniendo conocimiento previo de que no cumplía las condiciones mínimas para ser evaluado, al no tener experiencia de cinco años o más en la comercialización de motocicletas. Manifiesta la autoridad demandada que al no cumplir dicha empresa con las condiciones mínimas, el Comité Evaluador de Ofertas se vio imposibilitado para poder evaluada técnicamente, por lo que ésta fue descalificada. Sin embargo, este hecho no se hizo constar en los actos.

Con lo expuesto, se puede concluir que en el proceso de licitación en el cual participó la sociedad demandante en este juicio, las resoluciones objeto de análisis carecen completamente de una motivación que permitiera a cabalidad conocer las razones que llevaron a la Administración a adjudicar a MURILLO, y las razones de no adjudicar a la demandante.

La falta de motivación o una motivación carente de seriedad, vulneran el principio de legalidad y motiva la nulidad o ilegitimidad del acto administrativo de que se trate.

Lo anterior, vicia el procedimiento de licitación, y como consecuencia lógica el acto de

adjudicación con que culminó.

Mediante auto de las ocho horas veinte minutos del veintisiete de octubre de dos mil tres (folio 117), esta Sala sostuvo que al demostrar la autoridad demandada que los contratos ya habían sido firmados, los efectos del acto de adjudicación se habían consumado, por lo que se revocó la resolución de las ocho horas del día doce de marzo del año dos mil tres, mediante la cual se había decretado la suspensión provisional de los efectos de los actos impugnados.

Rafael Entrena Cuesta, al abordar el tema de la ejecución de sentencias señala que en caso de "imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia...el derecho a la ejecución se convertirá en el derecho a recibir una indemnización" (Rafael Entrena Cuesta (Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995).

Tal posibilidad se encuentra contemplada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece en el artículo 34 inciso segundo: "Si la sentencia no pudiere cumplirse por haberse ejecutado de modo irremediable, en todo o en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el personalmente responsable, y en forma subsidiaria contra la Administración".

II. FALLO:

POR TANTO, con fundamento en lo expuesto y artículos 421, 427 Pr C.; 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, esta Sala FALLA:

A. Declárase que es ilegal la resolución emitida por la Junta de Gobierno de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados, notificada el veintiocho de noviembre de dos mil dos, mediante la cual comunica a la demandante que ha resuelto adjudicar en forma total la Licitación Pública por Invitación No. LPI-09/2002, relativa al "Suministro de 28 Motocicletas, Según Especificaciones Técnicas", a la empresa MORILLa, S.A. DE C.V., así como el acto notificado el veintisiete de diciembre de dos mil dos, mediante la cual la autoridad demandada confirma la adjudicación anteriormente relacionada.

B. Como medida para restablecer el derecho violado, procede la acción civil de indemnización por daños y perjuicios;

C. Condénase en costas a la autoridad demandada conforme al Derecho Común;

D. En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y a la representación fiscal.

NOTIFÍQUESE.”

CASO VI

EL CONTENIDO DE LAS BASES DE LICITACION Y DE LA OFERTA

LAS ACLARACIONES DE LAS BASES HECHAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE NO PUEDEN MODIFICAR EL OBJETO CONTRACTUAL

203-R-2002

"SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas diecisiete minutos del día veintiocho de enero de dos mil cinco.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. OBJETO Y LÍMITES DE LA PRETENSIÓN.

La demandante pretende que se declare la ilegalidad de la resolución emitida por el Consejo Directivo del ISSS de fecha nueve de septiembre de dos mil dos, mediante la cual revoca la adjudicación a su favor de la Licitación Pública G031/2002 "Contratación de Servicios de Otoamplífonos para el Hospital de Especialidades del ISSS" y, adjudica a favor de SIEMENS, SOCIEDAD ANÓNIMA.

Hace recaer la ilegalidad de tal resolución esencialmente en los siguientes aspectos:

a) Que la adjudicación inicial a su favor estaba apegada a Derecho, por lo cual no debió revocarse;

b) Que la Comisión Evaluadora de Ofertas sostuvo que no se podía adjudicar a SIEMENS debido a que su oferta no cumplió el numeral 6 de los términos técnicos "MEDIDAS DE SEGURIDAD", según se regulaba en las bases de licitación, hecho que no fue desvirtuado por la Comisión Especial de Alto Nivel; y,

c) Que el Consejo Directivo del ISSS tomó como base para revocar la adjudicación el dictamen de una comisión que no se conformó apegada a la ley, ya que en ella ningún miembro era especialista en audiología o al menos profesional autorizado para ejercer la otorrinolaringología.

2. CRONOLOGÍA DE LO OCURRIDO EN SEDE ADMINISTRATIVA.

De la documentación presentada por las partes al proceso y el expediente administrativo remitido se establece el siguiente orden cronológico de los hechos, base para analizar el presente caso:

a) El Instituto Salvadoreño del Seguro Social convocó a la Licitación Pública G031/2002 "Contratación de Servicios de Otoamplífonos para el Hospital de Especialidades del ISSS";

b) El quince de julio de dos mil dos se llevó a cabo la apertura de las ofertas. Se tuvo por recibidas las ofertas presentadas por la doctora Carla Elisa Rodríguez de Rondeau y SIEMENS, S.A. (folio 55 del expediente administrativo).

c) De folios 94 a 98 del proceso aparece el Acta de recomendación de compra de la Comisión Evaluadora de Ofertas, en la cual recomienda adjudicar a la doctora Carla Elisa Rodríguez de Rondeau "*por cumplir tanto con las evaluaciones técnicas y financieras, así como con la presentación de los documentos legales... no se opta por la oferta de menor precio debido a que la oferta de SIEMENS S.A no cumplió con el numeral 6 de los términos técnicos "MEDIDAS DE SEGURIDAD" solicitados en las bases de licitación".*

d) El día veintinueve de julio de dos mil dos, el Consejo Directivo del ISSS emite el Acuerdo 2002-0981 mediante el cual es declarada adjudicataria la doctora Carla Elisa Rodríguez de Rondeau;

e) En desacuerdo con tal decisión, SIEMENS, S.A. interpuso recurso de revisión. La Comisión Especial de Alto Nivel nombrada para resolverlo recomendó revocar la adjudicación inicial y adjudicar a SIEMENS, S.A., aduciendo que "del estudio del expediente respectivo, se pudo verificar que efectivamente la Sociedad Siemens, S.A. cumplió con lo establecido en las bases de licitación, al presentar certificación de circuitos de seguridad en el aparato para evitar trauma acústico, tal como lo exigió el Departamento de Gestión de Compra en nota aclaratoria dirigida a Siemens, S.A." (folios 115 y 116 del proceso);

f) Con base en tal recomendación, el Consejo Directivo del ISSS emitió la resolución de fecha nueve de septiembre de dos mil dos, acto impugnado en este proceso.

3. EXIGENCIAS DE LAS BASES DE LICITACIÓN.

a. Naturaleza de las bases.

Para que la Administración manifieste su voluntad y preste su consentimiento en un contrato es necesario un procedimiento previo para seleccionar al contratista cuya oferta mejor satisfaga los intereses públicos.

La licitación es un procedimiento administrativo de selección en el cual, analizadas las propuestas de los licitantes, se selecciona y acepta la más ventajosa.

Es un *procedimiento administrativo* de preparación de la voluntad contractual: *"Por el que el ente público en ejercicio de las funciones administrativas invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente" (*Roberto Dromi; Licitación Pública, ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995).

El procedimiento culmina con la *adjudicación,* acto por el cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa para el interés público y que además autoriza la futura celebración del contrato.

Sobre el procedimiento de licitación pueden establecerse dos premisas básicas: 1) tiene un carácter público y constituye una expresión, no sólo de la legalidad de la voluntad administrativa formada en el mismo, sino de garantía de los particulares; 2) debe realizarse con estricto apego a la normativa aplicable *y a las bases de licitación.*

Conviene recordar ciertos presupuestos relativos al valor jurídico de las denominadas bases de licitación o pliego de condiciones (según se conocen también en la doctrina):

Éstas contienen las condiciones del contrato a celebrar, así como las reglas del procedimiento de la licitación. Dichas condiciones, que encuentran su origen en las necesidades mediatas e inmediatas que se pretenden satisfacer, son fijadas unilateralmente por la Administración. *En tal sentido, las bases de licitación configuran el instrumento jurídico que fija los extremos contractuales y procedimentales de la licitación; entre ellos, su objeto y las condiciones para ser admitido a la misma.*

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública establece en el artículo 42 que los documentos a utilizar en el procedimiento de contratación se denominarán Documentos Contractuales y formarán parte integral de los contratos. Según la naturaleza de la contratación, estos documentos serán al menos: bases de licitación o de concurso; adendas, si las hubiese; ofertas y sus documentos; garantía y, las resoluciones modificativas y las ordenes de cambio, en su caso.

Se establece expresamente que las bases de licitación o concurso: "Constituyen un instrumento particular que regulará a la contratación específica. Las bases deberán redactarse en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan en detalle el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones. Las bases de licitación o concurso se regirán por los modelos y documentos guías emitidos por la UNAC, sin perjuicio de las particularidades y requerimientos especiales en cada caso" (art. 43).

b) Contenido de la oferta.

En este orden de ideas, los requisitos formales y la documentación que las bases requieran son de obligatorio cumplimiento y su exigencia garantiza la transparencia del proceso de licitación.

Con relación a los requisitos de la oferta, las bases establecen exigencias relativas a la prestación requerida por el licitante. El contenido de la oferta viene delimitada por el pliego de condiciones unilateralmente elaboradas por la Administración y, para ser válida, ha de someterse a los requerimientos de dichos pliegos.

El artículo 52 de la LACAP establece en su inciso primero que en las bases de licitación o de concurso se indicarán las diferentes modalidades de la presentación de ofertas, tanto técnicas como económicas, las cuales dependerán de la naturaleza, complejidad, monto y grado de especialización de la obra, bien o servicio a adquirir.

c) Aclaraciones de la oferta.

Dentro del procedimiento de licitación pueden solicitarse *aclaraciones* antes del inicio del acto de apertura, las cuales, como el término lo indica, tienen como finalidad despejar dudas sobre algún punto de las bases o explicitar los términos de un requerimiento, *pero en forma alguna constituyen la vía idónea para modificarlas, eximiendo a alguna de las partes de un requisito*.

Esta posibilidad es contemplada en el art. 51 de la LACAP, el cual establece que se podrán recibir consultas por escrito antes de la fecha de recepción de las ofertas, las que deberán ser contestadas y comunicadas por escrito a todos los interesados que hayan retirado las bases de licitación o de concurso.

Sin embargo, sostener que un requisito de las bases pueda modificarse por medio de una nota aclaratoria para una de las partes licitantes, abriría las puertas a la Administración para no sujetarse a los parámetros que ella misma estableció y, podría desembocar en violaciones a la seguridad jurídica y a la igualdad entre los participantes en el procedimiento de licitación.

La transparencia, como principio rector de la licitación pública, exige de la Administración el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.

Los concurrentes deben encontrarse en la misma condición durante todo el procedimiento licitatorio, lo cual conlleva a afirmar que toda ventaja concedida a alguno de los licitantes

invalida el procedimiento.

d) <u>Aplicación al caso bajo análisis.</u>

En el caso bajo análisis, las bases de licitación en los términos técnicos, establecían como "MEDIDA DE SEGURIDAD" en el numeral 6: "El ofertante deberá contar con medidas de seguridad para evitar dañar al paciente por el sometimiento al Trauma Acústico. ***Para conocimiento del ISSS, deberá adjuntar el procedimiento que utiliza".***

En este sentido las bases eran claras al establecer que debía adjuntarse a la oferta el procedimiento que se utilizaría para comprobar las medidas de seguridad que evitarían daño al paciente.

No obstante lo anterior, SIEMENS solicitó aclaración con relación a este requisito, en los términos siguientes: "Es necesario incluir como parte de la oferta el protocolo del procedimiento a seguir con el paciente? O Deberá proporcionarse esta información al ISSS posterior a la firma del contrato? (sic)" (folio 118 del proceso). Ante tal solicitud, el Instituto, por medio del Departamento de Gestión de Compras, dictó una serie de aclaraciones y, en lo pertinente sostuvo: "5.- Siempre en lo términos técnicos, numeral 6. Medidas de seguridad, se solicita adjuntar el procedimiento que se utiliza con los pacientes, para evitar daños de trauma acústico. R/ *Por esto se entenderá la certificación de circuitos de seguridad en el aparato para evitar trauma acústico" (folio 122 del proceso).*

Como se ha expuesto con anterioridad, la Comisión Evaluadora de Ofertas recomendó no adjudicar a SIEMENS, basándose precisamente en el incumplimiento a dicha medida de seguridad. Cuando ésta interpuso recurso de revisión contra la adjudicación a la doctora de Rondeau, sostuvo entre otros puntos que fue el mismo Instituto el que confirmó que no era necesario presentar ningún procedimiento adjunto a la oferta, ante lo cual presentó únicamente una carta de fábrica certificando que los otoamplífonos SIEMENS poseen circuitos de seguridad contra trauma acústico (folio 504 del expediente administrativo).

Fue sobre la base de tal recurso que el Consejo Directivo revocó la adjudicación inicial a favor de la doctora de Rondeau y, adjudicó a SIEMENS S.A, aduciendo que "del estudio del expediente respectivo, se pudo verificar que efectivamente la Sociedad Siemens, S.A. cumplió con lo establecido en las bases de licitación, al presentar certificación de circuitos de seguridad en el aparato para evitar trauma acústico, *tal como lo exigió el Departamento de Gestión de Compra en nota aclaratoria dirigida a Siemens, S.A.".*

Como se ha expuesto en párrafos anteriores, los procedimientos de licitación deben apegarse a lo establecido en las bases, y los requisitos no pueden modificarse para eximir sin justificación a alguna de las partes del cumplimiento a requerimientos claramente establecidos.

En anteriores resoluciones ha sostenido este Tribunal que un proceso de licitación manejado conforme a Derecho es garantía de una sana administración, salvaguarda de los intereses de la comunidad, de los intereses y derechos de los_particulares y también de aquél o aquellos que ordenan o ejecutan obras o servicios con dineros públicos.

En este orden de ideas, no es sostenible (como pretende la autoridad demandada) que una "aclaración" emitida por el Departamento de Gestión de Compras fuese la base para dispensar de un requisito expreso a uno de los licitantes. Por ende, es ilegal que bajo este argumento se modificara la adjudicación inicial, revocando el derecho adquirido por la doctora de Rondeau.

Es pertinente relacionar que se encuentra agregado al proceso el dictamen especial elaborado por la Corte de Cuentas de la República en relación con la licitación objeto de debate (folios 167 a 180), en el cual, bajo el numeral IV.1 "HALLAZGOS DE CUMPLIMIENTO LEGAL", esencialmente se hace constar que SIEMENS no presentó un paquete relativo a los procedimientos de aseguramiento para evitar el trauma acústico en el paciente, y en su lugar presentó certificación de circuitos de seguridad, relata que fue la consulta evacuada por el Departamento de Gestión de Compras *la que dio lugar al incumplimiento*.

Tal error no puede en forma alguna aprovechar indebidamente a la Administración ni a la Sociedad beneficiada, en detrimento de la adjudicataria original.

La autoridad demandada solicitó que el referido informe no fuese tomado en consideración, ya que aún podía ser discutido en un juicio de cuentas. Al respecto se aclara que el informe en mención no vincula en forma alguna a esta Sala, sino, constituye únicamente un insumo que, de forma ilustrativa, abona a establecer el incumplimiento de la Administración a los requisitos de las bases.

Con todo lo expuesto se concluye que el Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social actuó de forma ilegal al revocar la adjudicación otorgada a favor de la doctora Carla Elisa Rodríguez de Rondeau y adjudicar a SIEMENS, S.A. de C.V.

Tal declaratoria implicaría, como consecuencia natural, que la adjudicataria procediera a la firma del contrato, con todos sus efectos. No obstante, mediante auto de las ocho horas y doce minutos del día veinte de noviembre del año dos mil dos (folio 40), esta Sala sostuvo que ya se había firmado contrato en el procedimiento de licitación objeto de debate, por lo cual el acto de adjudicación había agotado sus efectos. En consecuencia, la medida para restablecer el derecho violado no puede ordenarse en su sentido natural.

Rafael Entrena Cuesta, al abordar el tema de la ejecución de sentencias señala que en caso de "imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia…el derecho a la ejecución se convertirá en el derecho a recibir una indemnización" (Rafael Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995).

Tal posibilidad se encuentra contemplada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece en el art. 34 inciso segundo: "si la sentencia no pudiere cumplirse por haberse ejecutado de modo irremediable, en todo o en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el personalmente responsable, y en forma subsidiaria contra la Administración".

En el caso bajo análisis, como medida para restablecer el derecho violado, queda expedita a la demandante la acción civil de indemnización por daños y perjuicios.

II. FALLO:

POR TANTO, con fundamento en lo expuesto y artículos 421, 427 PrC.; 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, esta Sala FALLA:

A. Declárase ilegal la resolución emitida por el Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social de fecha nueve de septiembre de dos mil dos, por medio de la cual revoca la adjudicación a favor de la doctora Carla Elisa Rodríguez de Rondeau en la Licitación Pública G031/2002 "Contratación de Servicios de Otoamplífonos para el Hospital de Especialidades del ISSS" y, adjudica a favor de SIEMENS, SOCIEDAD ANÓNIMA.

B. Procede la acción civil de indemnización por daños y perjuicios;

C. Condénase en costas a la autoridad demandada conforme al Derecho Común;

D. En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y a la representación fiscal;

E. Devuélvase el expediente administrativo a su oficina de origen. NOTIFÍQUESE.”

CASO VII

LOS PRINCIPIOS DE LA LICITACION PUBLICA

FALTA DE MOTIVACION VICIA LA ADJUDICACION COMO ACTO ADMINISTRATIVO QUE ES

201-R-2002

"SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador a las quince horas y cinco minutos del veintiocho de octubre de dos mil cuatro

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1.OBJETO Y LÍMITES DE LA PRETENSIÓN.

El demandante pretende que se declare la ilegalidad de la resolución número ciento, de fecha veintidós de mayo del año dos mil dos, emitida por el Ministro de Gobernación, mediante la cual se declara desierta la Licitación Pública Internacional N° MI-COEN-01/2001 "Adquisición de Equipos de Rescate para el COEN".

Hace recaer la ilegalidad en los siguientes puntos:

a) La empresa Rosenbauer Española S.A., cumplió las condiciones y requisitos establecidos en las bases de licitación. En consecuencia, debió adjudicársele, y no declararse desierta por el titular de la Institución.

b) La resolución impugnada carece de motivación.

Previo a resolver los siguientes puntos, es procedente realizar algunas consideraciones referentes al procedimiento licitatorio.

2. CRONOLOGÍA DE LO OCURRIDO EN SEDE ADMINISTRATIVA.

ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

De la documentación presentada por las partes al proceso y el expediente administrativo

remitido se establece el siguiente orden cronológico de los hechos, base para analizar el presente caso:

a) El Ministerio de Gobernación convocó a la Licitación Pública Internacional MI-COEN N° 01/2001 "Adquisición de equipos de rescate para el COEN".

b) El día veintiocho de enero del año dos mil dos se llevó a cabo la recepción y apertura de ofertas. Se tuvo por recibidas las ofertas presentadas por las empresas Rosenbauer Española S.A, ITURRI S.A. e ICASUR S.A. (folio 235 del expediente administrativo).

c) De folio s 264 al 265 del expediente administrativo aparece el acta de evaluación de ofertas, en la cual se recomienda".. .declarar desierta esta licitación, debido a que ninguna de las ofertas presentadas por las empresas participantes cumple a cabalidad con lo estipulado en las Bases de Licitación, tanto en aspectos legales, como requisitos y condiciones mínimas solicitadas en las mismas, que aunque no eran evaluables, eran requisito para que proceder al análisis de la oferta técnica y financiera.. (sic)". Respecto a la empresa Rosenbauer Española se señala que: "No anexa (...) Documentación que compruebe que tiene instalaciones adecuadas para la entrega del suministro, solicitado en el Capítulo 11, Numeral 2.2., párrafo tercero, de las Bases de Licitación".

d) De folio s 272 al 276 aparece el informe de evaluación financiera de las empresas practicado por el analista financiero Oscar Echeverría.

e) De folios 314 al 317 aparece la recomendación de la Comisión de Evaluación de ofertas al Ministro de Gobernación, en la que sugieren declarar desierta la mencionada licitación por las razones expuestas en el acta de folios 264/265. Respecto a la empresa Rosenbauer Española S.A., agregan que además de no contar con instalaciones adecuadas para la entrega del suministro, presenta deficiencia financiera, ya que posee únicamente un capital social de US $285,932.00, "...lo cual genera duda respecto su capacidad para respaldar un proyecto como este (sic)".

f) Por medio de la resolución número ciento, de fecha veintidós de mayo de dos mil dos, el Ministro de Gobernación declara desierta la licitación mencionada. En síntesis establece: "...Que dicha comisión realizó un estudio exhaustivo y minucioso de los contenidos de cada una de las ofertas presentadas por las empresas participantes, confirmándose la falta de documentación tanto legal como de requisitos y condiciones mínimas establecidas en las Bases de Licitación (...). Que dicha Comisión después de evaluar las ofertas presentadas por las empresas mencionadas, presentó mediante Nota dirigida a este Despacho, su recomendación de declarar Desierta esta Licitación" (folio 318).

g) De folios 353 a 356 aparece el escrito mediante el cual los abogados Cesar Augusto Calderón y Luis Antonio Martínez González, en calidad de apoderados de la Sociedad Rosenbauer Española S.A., interponen recurso de revisión contra la anterior decisión ante el Ministro de Gobernación.

h) Por resolución de fecha primero de julio del año dos mil dos, el titular de la institución resuelve la revisión en los siguientes términos: "...DECLARAR SIN LUGAR el recurso de revisión interpuesto por la sociedad "ROSENBAUER ESPAÑOLA S.A.", por no considerarse de hecho y de derecho las razones expuestas en dicho Recurso". (Folios 371/372).

3. EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO y LAS BASES DE LICITACIÓN.

ALCANCES.

a) Del procedimiento de licitación y el pliego de condiciones.

La actividad de la Administración Pública, puede manifestarse regularmente de forma unilateral, pero en algunas ocasiones sus actuaciones se revisten del carácter de bilateralidad, lo que acontece cuando entabla relaciones con otros sujetos de derecho como sucede en la **contratación pública.**

En estos casos, la Administración no puede formar libremente su voluntad y contratar con cualquier empresa o entidad, como sucede en la relación entre particulares, sino que, debe seguir un procedimiento determinado legalmente para la selección del contratista. Este constituye el denominado **procedimiento licitatorio,** el cual culmina con el acto de adjudicación, el cual da paso posteriormente al acto de contratación como tal.

Doctrinariamente, la licitación es definida como el procedimiento de selección del co-contratante de la Administración Pública, que sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué entidad es la que ofrece el precio más conveniente a los intereses generales (Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IU-A, P. 628).

La etapa inicial del proceso licitatorio es la elaboración de las bases o pliego de condiciones, el cual constituye a tenor del art. 43 LACAP: "...el instrumento particular que regulará a la contratación específica". Dicho instrumento, debe determinar con toda claridad y precisión el objeto del futuro contrato, así como los derechos y obligaciones que surgirán del mismo para ambas partes, las normas que regularán el procedimiento y cualquier otro dato que sea de interés para los participantes.

Su diseño, se encuentra perfectamente delimitado conforme a cuatro principios fundamentales:

. Principio de legalidad. El instrumento pre-contracual debe ceñirse al marco regulatório establecido en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y demás disposiciones de carácter jurídico en general. Por ello, no puede incluir disposiciones

de carácter ilegal o violatorias de algún sector del ordenamiento jurídico (Art. 23 LACAP).

. Principio de publicidad. Este contempla el llamamiento público a los posibles interesados a participar en la licitación; la comunicación de cualquier hecho relevante en orden a los intereses de los participantes, y la exposición de las razones que dieron lugar al procedimiento de adjudicación y contratación (arts. 47, 48, 49,50,51,53 y 74 LACAP).

. Principio de libre competencia. Es desarrollado en el considerando segundo de la LACAP y, sucintamente establece la oportunidad de participar y competir junto con otros concurrentes conforme a unos mismos criterios de selección, planteando la oferta que resulte más ventajosa a los intereses del Estado.

. Principio de igualdad. Los oferentes deben ostentar un trato igualitario frente a la administración. Ello se proyecta en: 1) consideración de las ofertas en un plano de igualdad y concurrencia frente a los demás oferentes; 2) respeto de los plazos establecidos en el desarrollo del procedimiento, evitando favorecer a alguno de los concurrentes; 3) cumplimiento de la Administración Pública de las normas positivas vigentes; 4) notificaciones oportunas a todos los concurrentes; 5) inalterabilidad de los pliegos de condiciones, respetando el establecimiento de condiciones generales e impersonales, y puedan afectar la postulación.

b) Potestad de la administración para declarar desierta una licitación.

La evaluación de los requisitos técnicos y económico-financieros de las propuestas presentadas de acuerdo a las bases de licitación, corresponde a una comisión de Evaluación de ofertas, que de acuerdo al art. 56 LACAP ".. .elaborará un informe basado en los aspectos señalados en el artículo anterior, en el que hará al titular la recomendación que corresponda, ya sea para que acuerde la adjudicación respecto de las ofertas que técnica y económicamente resulten mejor calificadas, o *para que declare desierta la licitación* o *el concurso".*

En el mismo artículo en su inciso cinco impone la obligación de motivar por escrito su decisión lo cual ha sido incumplida por el Ministerio de Gobernación y esta es necesaria para el conocimiento de los interesados y su posterior defensa de los derechos con lo cual el Ministerio de Gobernación y la Comisión Evaluadora realizaron apreciaciones arbitrarias y subjetivas dentro de sus facultades.

4. VIOLACIONES ALEGADAS.

a) Instalaciones adecuadas para la entrega del suministro.

El demandante señala que la cláusula número 2.2. relativa a las condiciones mínimas del licitante, que exige tener instalaciones adecuadas para la entrega del suministro, es "...una cláusula tramposa que no tiene nada que ver con las condiciones técnicas, capacidad, ejecución del contrato y que su objetivo es tornar sumamente dificultoso su descubrimiento y/o acreditación, violentándose el principio de igualdad y que constituyen requisitos que no son técnicamente defendible s y deben considerarse viciados de ilegitimidad (sic)' (folio 153).

Se desprende de tal afirmación, que la pretensión del demandante trasciende del mero hecho de comprobar la inobservancia de un requisito en la evaluación practicada por la administración, y se encamina a discutir la legitimidad de una cláusula que para él resulta irrelevante y, que SIn ella se le hubiera hipotéticamente adjudicado la licitación.

Las condiciones que la administración exija en cada proceso licitatorio, serán determinadas por la naturaleza del servicio u objeto requerido y de acuerdo a sus particularidades. En razón de ello, el arto 44 de la LACAP contempla las "indicaciones mínimas o básicas de la oferta", que pueden ser complementadas con otras especiales, de acuerdo a lo establecido en el Art. 45 del mismo cuerpo legal: "...Las bases de licitación o de concurso deberán contener además, las exigencias sobre las especificación técnicas, condiciones económicas, legales, administrativas y el modelo general del contrato" .

En éste orden de ideas, la observancia estricta al contenido del art. 44 LACAP, limita las potestades de la administración para incluir dentro de las bases, otras prescripciones, que conforme a razones de conveniencia y oportunidad sean necesarias.

En el caso bajo análisis, desde el momento en que la Sociedad Rosenbauer Española; S.A. presentó su oferta en el procedimiento licitatorio, -a tenor del arto 45 LACAP y del numeral 2.1. de las condiciones generales de las bases- *aceptó la observancia y el cumplimiento de esta condición, así como de las otras estipulaciones contempladas en el pliego licitatorio.*

En consecuencia, el cumplimiento al requisito antes señalado no es una causa válida para que la administración considerase a la empresa Ronsenbauer Española S.A. como no adjudicataria y, declarara desierta la licitación.

b) La documentación financiera presentada por Rosenbauer Española S.A.

El Lic. Martínez González hace referencia a graves irregularidades del informe financiero practicado a las empresas participantes. Asevera que: "...pareciera que los mismos han sido manipulados para desfavorecer nuestra situación ante otra empresa participante y que nos pone en clara desventaja competitiva con las otras dos participantes "(sic). De igual forma, señala su inconformidad con el hecho que no se haya hecho referencia al informe financiero dentro de las razones contempladas en el Acta de Evaluación de Ofertas, pero sí en el informe remitido al titular de la institución.

En síntesis, se ha comprobado la idoneidad financiera para llevar a cabo el proyecto por parte de la empresa mencionada, por lo cual si cumplía uno de los requisitos establecidos en las bases. La resolución de la administración se muestra en este punto ilegal.

5. **LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS.**

La motivación puede ser definida como la manifestación o exteriorización pública de las razones que fundamentan un determinado acto administrativo.

Como requisito formal del acto administrativo de trascendental importancia, la motivación cumple determinadas funciones que han sido señaladas por Marcos Fernando Pablo: "...la satisfacción psicológica de la opinión pública, el permitir un control más completo sobre el *"iter voluntatis"* del agente, y evitar actuaciones no meditadas por la Administración, funciones a las que cabe añadir las de dar al afectado el más amplio conocimiento de las razones por las cuales se ha dictado el acto, el hacer más evidente el contenido, facilitar su comprensión a otros órganos administrativos y a los interesados, así como posibilitar la mejor interpretación y aplicación del acto" (La motivación del acto administrativo, Edit. Tecnos, Madrid, 1993, P. 36).

Para cumplir dicho requisito las resoluciones administrativas (en particular, aquellas desfavorables a los intereses de los particulares) deben ser claras, precisas y coherentes respecto al objeto del acto o las pretensiones del administrado en su petición, de forma que el administrado conozca el motivo de la decisión y, en su caso, pueda impugnarla la falta de motivación o la motivación defectuosa determinan la declaración de invalidez del acto administrativo, ya que esto repercute en el ejercicio del derecho de defensa y contradicción del administrado. Debe valorarse en cada caso, que la falta de motivación quebró el orden interno de formación de voluntad de la administración, produciendo una quiebra o ruptura en los derechos de contradicción y defensa del interesado, o incidió en la posibilidad de control judicial.

Conforme se ha expuesto en los párrafos precedentes, la motivación permite conocer las razones de la decisión y, en su caso, impugnarlas, finalidad que se cumplió en el presente caso, ya que la sociedad demandante interpuso en su momento el recurso de revisión argumentando el vicio que se le atribuyó, y posteriormente, hizo uso de la acción contencioso administrativa alegando los mismos motivos, por lo cual existe indefensión alguna.

Por tanto, existe ilegalidad en éste último aspecto.

II.- FALLO:

POR TANTO, con base en las razones expuestas, disposiciones legales citadas de la Ley de

Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y en los Arts. 421 y 427 Pr.C:, y Arts. 31, 32 y53 L.J.C.A., a nombre de la República, esta Sala FALLA:

a) Declárase que la resolución número ciento, de fecha veintidós de mayo del año dos mil dos emitida por el Ministro de Gobernación, mediante la cual se declara desierta la licitación pública internacional N° MI-COEN-01/2001 "Adquisición de Equipos de Rescate para el COEN", es ilegal por no haberse motivado.

b) Condénase en costas a la parte demandada conforme al Derecho común.

d) Devuélvase el expediente administrativo a su lugar de origen.

e) En el acto de notificación, extiéndese certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y a la representación fiscal. NOTIFIQUESE.”

CASO VIII

ES ILEGAL LA REVOCACION OFICIOSA DEL ACTO DE ADJUDICACION ES NECESARIO EL PROCESO DE LESIVIDAD PARA HACERLO

139-S-02

"SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las doce horas del veinte de abril de dos mil cinco.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. OBJETO Y LÍMITES DE LA PRETENSION.

El juicio se encuentra en estado de dictar sentencia, y la misma recaerá exclusivamente sobre los puntos controvertidos.

Los actos objeto de la pretensión motivadora del presente proceso son: a) Resolución dictada el siete de marzo de dos mil dos por parte del Hospital de Niños "Benjamín Bloom", en la que se revoca la adjudicación del renglón 145 ; y, b) "Resolución pronunciada por el Hospital de Niños "Benjamín Bloom" con fecha dieciocho de marzo de dos mil dos en la que no se admite el recurso de revisión presentado por la sociedad".

El actor hace recaer la ilegalidad del acto impugnado en la violación al derecho de defensa, audiencia e igualdad, puesto que no fue aceptada la interposición de un recurso contra aquella resolución que causaba agravio en su esfera jurídica.

2. DE LO OCURRIDO EN SEDE ADMINISTRATIVA.

En el presente caso de 10 ocurrido en sede administrativa se desprende que:

a) El doce de febrero del año dos mil dos se dicta la resolución denominada 11/2002, de la Licitación Pública 16/2001 "Medicamentos" en la cual se adjudica a la sociedad demandante uno de los renglones ofertados. Dicha resolución fue notificada el día 19 de febrero de ese año (folio 137 a 171).

b) La sociedad Droguería Nutrifarma ACACIA, S.A. de C.V. interpone recurso de revisión de la resolución de adjudicación 11/2002 en la que se adjudicaba el renglón 145 a la sociedad demandante, el mismo es admitido el día veintiocho de febrero de dos mil dos (folio 89).

c) El siete de marzo de dos mil dos el Comité Especial de Alto Nivel dicta una recomendación en la que se establece que se debe revocar la adjudicación realizada respecto al renglón 145, ya que no se cumplieron los requisitos legales (folio 84).

d) El día siete de marzo de dos mil dos el Director del hospital de Niños "Benjamín Bloom" tomando en consideración la recomendación del Comité de Alto Nivel, **dicta resolución al recurso de revisión interpuesto por la sociedad Droguería Nutrifarma ACACIA S.A. de C.V.,**y en la misma se establece: "(...) REVOCASE Resolución de Adjudicación No. 11/2002, Licitación pública No. 16/2001, para el renglón 145, por no cumplir los requisitos legales necesarios" (folio 77); y,

e) La parte actora presenta recurso de revisión de la resolución que dio respuesta al recurso de revisión interpuesto por la sociedad Droguería Nutrifarma ACACIA, S.A. de C.V.

3. SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

El doctrinario Trevijano Fos, en su texto "los actos administrativos", indica que la clasificación de los mismos puede realizarse atendiendo a diversos parámetros que la doctrina ha instituído, pero estos no son excluyente s entre si, así:

a) Atendiendo a sus destinatarios, los actos se clasifican en externos e internos, entendiendo por estos últimos los que no dan lugar nunca a relaciones intersubjetivas, sino interorgánicas. Cuando un acto administrativo tiene solo destinatarios internos, es cuando se dirige única y exclusivamente a los propios agentes de la organización donde ella se tomó, o que sólo afecta su propio aparato organizativo o funcional, y cuando la orden señalamiento o determinación trascienden en cualquier forma este ámbito interior o doméstico, y alcanzan de cualquier manera a las personas privadas o a otras organizaciones públicas, el acto tiene destinatario externo.

b) Existe también la clasificación que distingue entre los denominados "actos favorables" y "actos de gravamen". La primera categoría hace alusión, a aquellos actos que inciden favorablemente en su destinatario externo, en los términos que expone Eduardo García de Enterría en su texto Curso de Derechos Administrativo, Tomo 1: "con la ampliación de su patrimonio jurídico, otorgándole o reconociéndole un derecho, una facultad, un plus de titularidad o de actuación, liberándole de una limitación, de un deber, de un gravamen, produciendo pues, un resultado ventajoso para el destinatario".

De la lectura y análisis de la citada clasificación de los actos administrativos. podemos afirmar Que en un proceso de licitación los actos de adjudicación tienen un claro destinatario externo respecto al cual produce una situación de ventaja en tanto le reconoce Que su oferta presentada fue la mejor, es decir, constituye un acto favorable.

El procedimiento de licitación, etapa de actos y decisiones que culminarán precisamente con la determinación de la mejor oferta, a fin de habilitar a la formalización del contrato, tiene un carácter público, y constituye una expresión no sólo de la legalidad de la voluntad administrativa formada en el mismo, sino de garantía de los particulares.

En otros juicios esta Sala ha expresado que "la adjudicación constituye el acto mediante el cual el Estado determina cuál es la oferta más ventajosa, y la acepta..."; "siendo el acto de adjudicación, así como los que se dicten durante el procedimiento de licitación, verdaderos actos administrativos, es decir, decisiones unilaterales de la Administración y que producen efectos respecto de personas determinadas, corresponde a este Tribunal el conocimiento de los litigios que surjan en relación a los mismos...", y "los efectos del acto de adjudicación consisten en crear el derecho del proponente seleccionado para que se perfeccione el contrato entre él y el Estado...".

4. SOBRE LAS FACULTADES DEL DIRECTOR DE HOSPITAL DE NINOS "BENJAMIN BLOOM".

La conexión entre el Derecho y el despliegue de las actuaciones de la Administración, se materializa en la atribución de potestades, cuyo otorgamiento habilita a la Administración a desplegar sus actos.

Como afirma Eduardo García de Enterría, "sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente..."

"Si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente atribuidas para ello por la legalidad existente, habrá de comenzar por proponer una modificación de esa legalidad, de forma que de la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba" .

De lo antes expuesto este Tribunal concluye que el principio de legalidad en su manifestación de circulación positiva se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional. Es así que el artículo 86 inciso final de la Constitución de la República señala que: "los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo, y no tienen más facultades que las que expresamente les da la Ley" .

El reconocimiento de este principio implica, que la Administración Pública en el país puede ejecutar sólo aquellos actos que el bloque jurídico le permite, y en la forma que en el mismo se regule; es decir, sólo pueden dictarse actos con el respaldo de una previa potestad.

El principio de legalidad aplicado a la Administración Pública ha sido reconocido en reiterada jurisprudencia por este Tribunal, sosteniéndose que en virtud del mismo, la Administración sólo puede actuar cuando la Ley la faculte, ya que toda acción administrativa se nos

presenta como un poder atribuido previamente por la ley, y por ella delimitado y construido.

5. SOBRE LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La revocación de un acto administrativo, entendida como el retiro definitivo por la Administración de un acto suyo anterior, puede operar por los llamados motivos de ilegalidad, es decir por vicios en el acto, o por motivos de oportunidad, en el caso que el acto pronunciado sea inconveniente en un momento dado, por ir contra intereses públicos.

Debe repararse, en que la REVOCACION constituye una actuación administrativa sometida al enunciado principio de legalidad, y que por ende para desplegarse debe estar fundada en una potestad que la habilite.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, dicha ley constituye la única herramienta jurídica en la actualidad que recoge las reglas aplicables de forma genérica en materia de contrataciones.

De la lectura de dicho cuerpo normativo se desprende que las causas de revocación permitidas por el ordenamiento se encuentran en el artículo 96, pero dicha norma regula la revocación de contratos administrativos, y no de actos. Por lo que no seria aplicable al presente caso.

6. APLICACIÓN AL CASO EN DEBATE.

Como se ha expuesto en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública únicamente se señalan causas de revocación de los contratos administrativos, y no de los actos de adjudicación realizados por la Administración Pública, por lo que esta Sala concluye que cobertura legal respecto de la revocatoria oficiosa de actos favorable no existe.

En el acto administrativo impugnado la autoridad fundamentó la revocación de la adjudicación de la siguiente manera: "(...) REVOCASE Resolución de Adjudicación No. 11/2002, Licitación pública No.

16/2001, para el renglón 145**, *por no cumplir los requisitos legales necesarios"***(folio 77).

De lo anterior se desprende que las razones que invocó la autoridad para revocar la adjudicación eran de carácter estrictamente legal.

Ahora bien, el ordenamiento no prevé causas de ***revocación de oficio***cuando sean actos

favorables al administrado, pero si prevé ***revocación a solicitud de la administración pública en un proceso de lesividad,*** tal y como lo indica el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El citado artículo ocho establece que: "La Administración Pública podrá demandar la ilegalidad del acto firme dictado por ella misma, generador de algún derecho, siempre que el órgano superior de la jerarquía administrativa que lo originó, haya declarado previamente mediante acuerdo, que es lesivo al interés público. . . ".

Como se observa en el presente caso el acto de adjudicación era un acto favorable al administrado y que podía ser atacado en esta sede mediante el proceso de lesividad por razones de ilegalidad.

De lo antes expuesto se desprende que la autoridad administrativa actuó ilegalmente al revocar de oficio un acto administrativo favorable al administrado, siendo lo legalmente correcto darle aplicación al proceso de lesividad consignado en el artículo 8 antes apuntado.

Vista la ilegalidad del acto de revocación realizado por la autoridad demandada, la denegatoria del recurso de revisión interpuesto por la parte actora acarrea los mismos vicios de ilegalidad, por lo que esta Sala considera que el análisis de los otros argumentos dados por la partes no cambiaría en nada tal ilegalidad y en tanto a ello seria inoficioso pronunciarse sobre dichos argumentos.

II. FALLO.

POR TANTO, con base en las razones expuestas, artículo 96 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, y en los arts. 421 y 427 Código de Procedimientos Civiles, y arts. 8, 31, 32 Y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, la Sala FALLA:

A.- Que es ilegal la Resolución dictada el siete de marzo de dos mil dos por parte del Hospital de Niños "Benjamín Bloom", en la que se revoca la adjudicación del renglón 145 hecha a favor de la Sociedad Servicios de Oncología Sociedad Anónima;

B.- Condénase en costas, daños y perjuicios a la autoridad demandada conforme al Derecho Común; y,

C.- En el acto de notificación extiéndasele certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y a la representación fiscal.”

CASO IX

LA CESACION Y EXTINCION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

EL RECLAMO DE LA GARANTIA DE FIEL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO NO IMPLICA SIEMPRE LA TERMINACION PREVIA DEL CONTRATO

EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES EXORBITANTES QUE TIENE LA ADMINISTRACION EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DEBE HACERSE APEGADO A LA LEGALIDAD Y AL DEBIDO PROCESO

EL ARBITRAJE EN LA LACAP ES UN MEDIO DE SOLUCION DE CONFLICTOS QUE NO ES OBLIGATORIO

88-D-2002

"SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, a las ocho horas del día cinco de enero del año dos mil cuatro.

B. <u>FUNDAMENTOS DE DERECHO.</u>

1. OBJETO Y LÍMITES DE LA PRETENSIÓN.

La sociedad demandante pretende que se declare la ilegalidad de los actos administrativos siguientes:

a. Resolución emitida por la Dirección General del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, a las nueve horas del día veintitrés de noviembre del año dos mil uno, en la cual se establece responsabilidad para Distribuidora Equis, S.A. de C.V. por incumplimiento del contrato derivado de la Contratación Directa 004/2001, suscrito con el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, por no entregar uno de los productos adjudicados dentro del plazo establecido en la cláusula segunda y en consecuencia se resuelve hacer efectiva la Garantía de Cumplimiento de Contrato en el porcentaje del 10% del precio total del código no entregado al ISSS, cuya suma asciende a veintidós mil seiscientos veintiséis dólares de los Estados Unidos de América; y,

b. Acuerdo D.G. número 2002-07-0509, emitido por la Dirección General del Instituto Salvadoreño del Seguro Social el día diecisiete de julio del año dos mil dos, en el cual se confirma la primera resolución impugnada.

La demandante hace recaer la ilegalidad de tales resoluciones en los siguientes argumentos:

- Violación al debido proceso y al derecho de defensa, pues considera que al establecer implícitamente de forma unilateral la terminación del contrato con responsabilidad para Distribuidora Equis, S.A. de C.V., no se le escuchó ni dio oportunidad de defenderse.

- Violación al Principio de Legalidad pues la Administración Pública no tiene la facultad de dar por terminado un contrato administrativo ni deducir la responsabilidad atribuida.

- Falta de consideración de las causales de fuerza mayor que le impidieron cumplir con las obligaciones contractuales, en violación al artículo 86 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública y al artículo 229 del Código de Procedimientos Civiles.

- Que el Consejo Directivo del ISSS contestó tardía y negativamente su petición de prórroga del plazo y que por ello ha violado "el derecho de respuesta consagrado en los artículos 6 inciso 5º. Y 18 de nuestra Carta Magna (sic)", además de no haber sido dictada por la autoridad legalmente establecida a la cual se dirigió la solicitud.

- Falta de "motivación real fáctica" de los actos impugnados pues considera que estos fueron emitidos por una causa distinta de la que expresan.

- Vulneración a los artículos 161 al 164 de la LACAP, los cuales establecen el procedimiento para dirimir conflictos contractuales.

Los argumentos del actor redundan esencialmente sobre cuatro nociones:

a) que la Administración no es competente para declarar terminado el contrato de manera unilateral, lo cual entiende ha ocurrido implícitamente al exigírsele la garantía de cumplimiento de contrato; b) que la Administración no debió aplicar el art. 36 de la LACAP en el cual se regula la efectividad de la garantía de cumplimiento de contrato; c) que la Administración rechazó indebidamente su solicitud de prórroga del plazo de entrega de uno de los productos contratados, el cual alega haber incumplido por motivos de fuerza mayor; y, d) que la Administración debió utilizar el procedimiento de resolución de conflictos establecido en la LACAP y no ejecutar la garantía de cumplimiento de contrato.

En el *iter* lógico de esta sentencia, interesa primeramente determinar el alcance de las resoluciones controvertidas y pasar luego al examen de la normativa aplicable, a efecto de valorar la legalidad de las decisiones administrativas.

2. ALCANCE DE LAS RESOLUCIONES CONTROVERTIDAS.

De lo expuesto por las partes en el proceso y los datos que derivan del expediente administrativo remitido, se establece que la controversia se origina en la ejecución de la garantía de cumplimiento de contrato contemplada en el art. 36 de la LACAP, por incumplimiento del plazo de entrega establecido en la cláusula segunda del contrato de suministro derivado de la contratación directa número 004/2001 "Medicamentos, Reactivos de Laboratorio, Insumos Médicos, Artículos Generales, Estudios de Gabinete y Otros, Especialidad 010804, Artículos Generales (productos de oficina y limpieza)". Específicamente se refiere al plazo de entrega del producto correspondiente al código 9321185, que identifica a dieciocho mil rollos de plástico para laminadora cuyas especificaciones técnicas constan en el expediente administrativo respectivo. Bajo tal premisa, debe examinarse el alcance de las resoluciones controvertidas.

Tal como consta en la resolución de las nueve horas del día veintitrés de noviembre del año dos mil uno, la cual constituye el primero de los actos impugnados (del cual aparece una copia certificada a folios 15 al 18 del proceso), la Dirección General del Instituto Salvadoreño del Seguro Social realizó diligencias para determinar incumplimiento del contrato ya referido, además de las consultas internas que le permitieran establecer que Distribuidora Equis, S.A. de C.V. incumplió el contrato "por no entregar el producto correspondiente al código 9321185, durante el plazo pactado por ambas partes". Al comprobar dicho extremo, la autoridad demandada resolvió, de conformidad al art. 36 de la LACAP, hacer "efectiva la Garantía de Cumplimiento de Contrato, en el porcentaje del 10% del precio total del código no entregado al ISSS, cuya suma asciende a Veintidós mil seiscientos veintiséis Dólares de los Estados Unidos de América ($22, 626.00)".

Ante dicha resolución la sociedad demandante hizo uso del recurso de revisión previsto en el art. 76 de la LACAP. En el escrito de interposición del recurso (copia certificada del cual aparece a folios 21 al 25 del proceso) la sociedad recurrente manifestó su inconformidad con la resolución en que se le atribuía responsabilidad y se le exigía el pago de la garantía ya relacionada. Esencialmente alegó que el artículo 36 de la LACAP establece que únicamente al contratista que incumpla alguna de las especificaciones consignadas en el contrato *sin causa justificada*, se le hará efectiva la garantía de cumplimiento del contrato y que Distribuidora Equis, S.A. de C.V. tenía razones de fuerza mayor para no cumplir con lo pactado.

Además sostuvo que el art. 92 inciso segundo de la LACAP permite, de acuerdo a las circunstancias, que las partes acuerden antes del vencimiento del plazo, la prórroga del mismo, especialmente por causas que no fueren imputables al contratista y en tal sentido, considera haber tenido derecho a una extensión del plazo. Por estas razones pidió se revocara la resolución impugnada, y oportunamente se modificara el contrato y se concediera una prórroga del plazo de entrega "por razones no imputables al contratista".

Al resolver el recurso, en fecha diecisiete de julio del año dos mil dos, la autoridad demandada dictó el Acuerdo D.G. No. 2002-07-0509 en que decidió confirmar el primero de los actos impugnados en esta sede, "por no constituir lo expuesto por la recurrente, causa

justificada de su incumplimiento contractual" (a folio 20 del proceso consta una copia certificada del mismo).

De tal manera, se establece que el actor no ha negado, ni niega la existencia de un incumplimiento contractual, al haber faltado al plazo de entrega de uno de los productos a cuyo suministro se obligó. Fue esta circunstancia la cual motivó la decisión de la autoridad demandada de hacer efectiva la garantía de cumplimiento de contrato y de confirmar posteriormente dicha resolución. De ahí que los actos impugnados se fundan en el hecho comprobado, y no controvertido, de que Distribuidora Equis, S.A. de C.V. incumplió el plazo pactado para la entrega de uno de los productos, sin perjuicio de las posteriores valoraciones con que el demandante pretende justificar dicho incumplimiento.

Las alegaciones del actor en esta sede relativas a que eran otras las razones de la Administración para dictar el acto controvertido (la existencia de un "error interno"), resultan intrascendentes a efecto de la valoración jurídica del caso *subjudice*, al haber el mismo reconocido el motivo verdadero de las resoluciones administrativas impugnadas.

Corresponde ahora examinar la normativa que sustenta las actuaciones de la Administración, así como los presupuestos de la contratación directa. Se parte de la premisa que conforme a los fundamentos de la pretensión y el alcance de las resoluciones impugnadas, no es objeto de debate en esta sede si existió incumplimiento contractual o no, sino en general, la competencia de la Administración para calificar este hecho y exigir las respectivas responsabilidades.

3. NORMATIVA APLICABLE Y PRESUPUESTOS DE LA CONTRATACIÓN.

El Instituto Salvadoreño del Seguro Social realizó la contratación directa de la cual deriva la controversia sometida a conocimiento de este Tribunal bajo las regulaciones de la LACAP, norma cuyo objeto es regular las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios, que deben celebrar las instituciones de la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines (art. 1). La ley en comento sujeta, entre otras, a las adquisiciones y contrataciones de las instituciones del Estado, sus dependencias y organismos auxiliares, de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, inclusive el Instituto Salvadoreño del Seguro Social (literal a) del art. 2).

Entre los contratos regulados por la LACAP está el de suministro (literal b) del art. 22 y art. 23) y entre las formas de contratación previstas por la LACAP para proceder a la celebración de dichos contratos se encuentra la contratación directa (literal d) del art. 39).

De conformidad a su art. 71, la contratación directa es la forma por la cual una institución contrata directamente con una persona natural o jurídica sin seguir el procedimiento establecido en la referida ley, pero manteniendo los criterios de competencia y tomando en cuenta las condiciones y especificaciones técnicas previamente definidas.

Esa forma excepcional de contratación fue la elegida por el ISSS para la adquisición de una serie de productos entre los cuales se encontraban los rollos de plástico para laminadora a cuyo suministro se obligó la sociedad demandante. Dicha Contratación Directa, número de referencia 004/2001, fue denominada "Medicamentos, Reactivos de Laboratorio, Insumos Médicos, Artículos Generales, Estudios de Gabinete y Otros", con especialidad referencia 010804, Artículos Generales (Productos de Oficina y Limpieza) según consta en el Instructivo para la Presentación de Ofertas (folios 934 al 954 del tomo 1 de 3 del expediente administrativo respectivo).

Para asegurar las obligaciones derivadas de los contratos administrativos, la LACAP prevé una serie de garantías para contratar. Una de esas es la Garantía de Cumplimiento de Contrato (literal c) del art. 31), la cual se otorga a favor de la institución contratante, para asegurarle que el contratista cumplirá con todas las cláusulas establecidas en el contrato y que la obra, el bien o el servicio contratado, será entregada y recibida a entera satisfacción (art. 35).

Esta garantía se hará efectiva al contratista que incumpla alguna de las especificaciones consignadas en el contrato sin causa justificada, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra por el incumplimiento (art. 36). La misma disposición antes citada regula que la efectividad de la garantía será exigible en proporción directa a la cuantía y valor de las obligaciones contractuales que no se hubieren cumplido. Debe interpretarse que la misma será ejecutada de forma unilateral, cuando la Administración Pública compruebe los presupuestos establecidos por la LACAP y en el contrato respectivo, sin perjuicio del derecho del contratista para controvertir dicha ejecución por las vías legales.

En la cláusula CUARTA del contrato de suministro suscrito por el ISSS y la sociedad Distribuidora Equis, S.A. de C.V. –resultado del proceso de contratación directa del que derivan los actos impugnados- se pactó una *Fianza de Cumplimiento de Contrato* para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, por un valor equivalente al diez por ciento del monto total contratado. Esta es la garantía que la Administración decidió hacer efectiva en virtud de los actos impugnados.

Por otra parte, interesa examinar las disposiciones relativas a la ejecución de los contratos, las cuales son aplicables al objeto de este proceso. La regla general es que el contrato deberá cumplirse en el lugar, fecha y condiciones establecidas en su texto y en los documentos contractuales anexos al mismo (art. 82). En tal sentido, el contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación, diere la institución al contratista (art. 84).

De no cumplirse con las obligaciones contractuales se derivan una serie de consecuencias para los contratistas. Sin embargo, la misma ley prevé que ciertos incumplimientos no generarán responsabilidad para estos. Así, cuando existieren retrasos no imputables al contratista (art. 86), éste tendrá derecho a solicitar y a que se le conceda una prórroga equivalente al tiempo perdido, aunque el mero retraso no dará derecho al contratista a reclamar una compensación económica adicional. Debe entenderse que para la aplicación de esta norma se requiere que se configure el retraso, que se compruebe la causa del

mismo y que ésta no sea imputable al contratista.

Así mismo, tal como alude el actor, de acuerdo a las circunstancias, se podrá acordar antes del vencimiento del plazo, la prórroga del contrato especialmente por causas que no fueren imputables al contratista y en los demás casos previstos en la ley (inciso segundo, art. 92). Para que esta prórroga ocurra se requiere el acuerdo de las partes contratantes, que el plazo no haya vencido y que las causas por las cuales se solicita no sean imputables al contratista.

Este es el marco legal de la contratación directa de la cual derivan los actos sobre los que recae la controversia sometida a conocimiento de este Tribunal y en este contexto deberán valorarse los argumentos que fundamentan la pretensión del actor.

4. EXAMEN DE LOS ARGUMENTOS DE ILEGALIDAD.

a) *De la terminación de los contratos administrativos*.

En el contrato administrativo, una de las partes, la Administración Pública, debe actuar dentro de la competencia especifica delimitada por el ordenamiento; su contraparte es un sujeto de derecho comprometido a la prestación de un servicio público. El contrato administrativo, una especie dentro del género de los contratos, tiene otras características especiales, tales como que su objeto es un fin público y que además contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado. Estas cláusulas, o privilegios, son las que otorgan a la Administración derechos frente a su cocontratante, los cuales no tienen un equivalente en el derecho privado, en que -por regla general- prevalece la igualdad jurídica entre las partes contratantes.

Bajo estas premisas, los contratos administrativos en general pueden terminar por dos distintas razones: 1) cesación de sus efectos; y, 2) extinción. En el primer supuesto el contrato termina normalmente, es decir, tal como se ha pactado, y en el segundo concluye en forma anormal, es decir, antes del plazo y sin completar su objeto.

Ambas formas de terminación contractual han sido recogidas por la LACAP (arts. 92 y 93). El argumento del actor se refiere a la segunda forma de terminación. Bajo dicha forma los contratos regulados por ley se extinguen a su vez por caducidad, por mutuo acuerdo entre las partes contratantes, por revocación, por rescate, y por las demás causas que se determinen contractualmente.

En el contrato de suministro suscrito por las partes de este proceso, la cláusula QUINTA contiene el acuerdo que establece que de conformidad a la LACAP, el ISSS podrá dar por extinguido el contrato de pleno derecho y sin intervención judicial, antes de la fecha de su vencimiento "por violación de parte de la suministrante a las obligaciones consignadas en este contrato, quedando obligado en tal caso el Instituto únicamente a dar aviso por escrito a

la suministrante de su resolución de darlo por terminado".

Como se ha señalado en el acápite B.1 *supra*, el actor alega que la autoridad demandada no tenía competencia para declarar por terminado el contrato de forma unilateral. Este argumento parte del supuesto de que al exigir la garantía de cumplimiento de contrato ya descrita en el apartado B.3, el ISSS *implícitamente* terminó el contrato de forma unilateral con responsabilidad para la sociedad contratista.

Sin embargo, del examen de las disposiciones aplicables y del contenido de la primera resolución impugnada, se establece que la ejecución de la garantía de cumplimiento de contrato no está necesariamente vinculada a la terminación de éste, como alega el actor. La ejecución de la garantía en este caso se ha decidido por la Administración Pública en virtud de un incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales y aunque -bajo los supuestos de la ley- también es facultad del ISSS dar por terminado el contrato, la Administración eligió hacer uso de la garantía previamente pactada con la sociedad contratista.

De las anteriores consideraciones se concluye que los argumentos relativos a que la Administración dio por terminado el contrato de manera implícita al resolver la ejecución de la garantía aludida, no se sostienen pues se refieren a actos jurídicos distintos a los emitidos. El actor hace una errónea interpretación de la norma jurídica, confundiendo dos instituciones jurídicas, y en consecuencia este Tribunal no encuentra elementos -en ese aspecto- sobre los cuales pronunciarse.

Por otra parte, de manera ilustrativa y tal como señala la autoridad demandada, debe apuntarse que ya se había cumplido el plazo del contrato suscrito por el ISSS y Distribuidora Equis, S.A. de C.V. a la fecha de ejecución de la garantía de cumplimiento de contrato (el primero de los actos impugnados), tal como el mismo contrato lo regula en la cláusula segunda. Por lo cual, también sería un contrasentido sostener que hay una terminación implícita en un contrato que ya perdió vigencia.

b) *Sobre la competencia del ISSS para aplicar el art. 36 de la LACAP y el debido proceso*.

El actor alega que la autoridad administrativa no tiene competencia para aplicar el artículo 36 de la LACAP, pues dedujo responsabilidad de forma unilateral y sin respetar la garantía de audiencia.

Como se ha establecido en el examen de la normativa aplicable (apartado B.3), la garantía de cumplimiento de contrato es una de las formas en que el ordenamiento protege los intereses de la Administración Pública. Se ha establecido igualmente que dicha garantía, además de estar prevista en la norma, ha sido pactada por las partes en el respectivo contrato de suministro y que su aplicación es unilateral.

Justamente en virtud de un interés público y en ejercicio de una potestad pública, el ordenamiento otorga a la Administración ciertas prerrogativas, las cuales la ubican jurídicamente en un plano de desigualdad frente al administrado contratista. Estas cláusulas exorbitantes -como son llamadas en la doctrina- se establecen a efecto de dotar a la contratación administrativa de efectivos medios para el cumplimiento de su función, pero en todos los casos bajo el más estricto cumplimiento del Principio de Legalidad.

En tal sentido, el cuestionamiento del actor se refiere directamente a la razonabilidad de la disposición que el mismo legislador ha incluido en la LACAP para el fin descrito en el párrafo anterior. En su argumentación, subyace un alegato de disconformidad hacia la potestad que se confiere a la Administración Pública para aplicar unilateralmente las consecuencias jurídicas de dicha norma, sin referirse concretamente a elementos de hecho o de derecho que impidieran el ejercicio de la atribución conferida en el citado art. 36. Así, no es atendible el argumento con el cual pretende controvertir la aplicación de dicha norma jurídica.

Sin embargo, debe examinarse un argumento vinculado con el anterior: el actor sostiene, en suma, que aun bajo el supuesto que ésta fuera una facultad de la Administración Pública, la misma fue ejercida sin respetar el debido proceso que cualquier procedimiento administrativo debe respetar. Concretamente señala violación a su garantía de audiencia al no habérsele oído antes de exigirse la garantía.

Ciertamente, la ejecución de la garantía de cumplimiento de contrato es un acto que incide de manera desfavorable sobre la esfera jurídica de la sociedad demandante. En un Estado de Derecho, no puede desde ninguna perspectiva aceptarse que un acto administrativo, máxime un acto desfavorable para el administrado, se lleve a cabo prescindiendo total y absolutamente de procedimiento, privando por ende al administrado de toda participación y posibilidad de defensa.

La audiencia constituye una fase dentro del procedimiento a fin que el administrado manifieste su acuerdo o desacuerdo con las imputaciones que se realizan. Esta es una exigencia constitucional que tiene la finalidad de proporcionar al administrado la posibilidad real de defensa.

Aunque la LACAP no contempla un procedimiento específico para hacer efectiva la garantía de cumplimiento de contrato, la Administración está constitucionalmente obligada a configurar un proceso en que se respete la garantía de audiencia y en que el administrado pueda ejercer su defensa.

En el caso *subjudice* aparecen datos que establecen que le fue respetada la garantía de audiencia a la sociedad demandante, máxime cuando ella misma solicitó a la autoridad respectiva la prórroga del plazo de entrega de uno de los productos contratados, lo cual, como señala el ISSS, es indicativo de que conocía de antemano que no podría cumplir con el plazo del contrato que en ese momento suscribía.

Adicionalmente, aparece en el proceso (folio 39) una nota remitida por la autoridad demandada a Distribuidora Equis, S.A. de C.V. en que, a pesar del incumplimiento ya configurado, le propone un acuerdo para entregar una parte de los rollos de plástico originalmente contratados y la correspondiente respuesta negativa de la sociedad demandante (folios 78 al 81). Además, aparece en el proceso nota remitida por el ISSS a la sociedad demandante (folio 72) en la cual se solicita a la segunda "detalle de la primera entrega de los diferentes códigos adjudicados (sic) en la Contratación Directa No.004/2001, efectuadas según lo contratado (...) para darle el seguimiento correspondiente a dicho contrato". Continúa la nota: "Si no subsanaren lo solicitado, se tendrá por incumplido el contrato y se procederá la (sic) imposición de sanciones, o en su caso, la extinción del contratos (sic)". A continuación (folio 73) aparece la respuesta de Distribuidora Equis, S.A. de C.V. en la cual, a pesar del lenguaje utilizado, reconoce implícitamente el incumplimiento del plazo contractual amparándose en su petición de prórroga del plazo "solicitud de la que aún no hemos tenido respuesta de parte de ustedes". La parte actora reconoce haber entregado solo una parte del producto pactado y señala el día ocho de octubre del año dos mil uno para la entrega del saldo pendiente, la cual es una fecha posterior a la pactada en el contrato respectivo (folios 30 al 37).

De tal manera se determina que los representantes de la sociedad demandante tenían conocimiento del incumplimiento contractual, además de las consecuencias que el mismo podía generar. Para este Tribunal la Administración demandada brindó oportunidad a la actora de manifestarse respecto a su incumplimiento y las correspondientes consecuencias.

En concordancia con lo anterior, no se ha comprobado la alegada vulneración a la garantía constitucional, pues el administrado se apersonó a ejercer su defensa. Debe señalarse que las argumentaciones tendientes a justificar implícitamente su incumplimiento contractual estuvieron basadas en una pretendida prórroga la cual era una mera expectativa que la Administración no tenía obligación de considerar al no haberse pronunciado respecto de la misma.

c) Sobre las causales de fuerza mayor alegadas.

El actor justifica haber incumplido el contrato por causas de fuerza mayor y que, aun en el caso que el ISSS tuviera la facultad de aplicar el art. 36 de la LACAP (tal como se ha determinado antes), debió considerar tales razones que le eximirían de responsabilidad, otorgándole una prórroga del plazo pactado.

Tal como se ha establecido en el apartado B.3, la prórroga del plazo del contrato únicamente procede por acuerdo entre las partes y de comprobarse que las causas alegadas por el contratista no le son imputables.

En tal sentido, el ISSS no tenía la obligación legal de responder favorablemente a la solicitud de prórroga de Distribuidora Equis, S.A. de C.V., pues el ejercicio de dicha facultad está sujeta a la comprobación de que las causas alegadas por la contratista lo justifican y que éstas no le sean imputables.

El actor señala que solicitó la prórroga del plazo del contrato el mismo día de su suscripción (folio 41) y que su solicitud fue denegada en fecha posterior al vencimiento del plazo. En su solicitud, Distribuidora Equis, S.A. de C.V. manifiesta que ya ha realizado una entrega parcial del producto marcado bajo el código número 9321185 "plástico para laminadora", y que se tiene previsto "hacer una segunda entrega para el 7 de septiembre del presente año y una tercera y última entrega para el 28 de septiembre". Por tal motivo solicita la ampliación del plazo de entrega al que se comprometió ese mismo día en el contrato ya referido, el cual en su cláusula SEGUNDA, literal c) establece que la entrega del producto se realizará en las dependencias autorizadas por el ISSS, específicamente en el caso del producto aludido en "una sola entrega del cien por ciento dentro del término de quince días calendario, contados a partir de la firma del contrato, o la cantidad que tenga en existencia". Dicha cláusula continúa de la siguiente manera: "De no haber entregado la cantidad establecida en la entrega inicial, el complemento deberá ser entregado en el término de quince días calendario contados a partir de la fecha de la entrega efectuada (...)".

De tal manera, se evidencia que la solicitud de la contratista era en sí misma una contradicción, pues en la misma fecha en que se obligó a entregar el producto en un plazo determinado, solicitó -sin comprobar una razón para ello- que se ampliara el mismo. La solicitud de prórroga del plazo no contiene ninguna referencia a las razones que después alegó en sede administrativa y que ha trasladado además a esta sede, y no constituye más que una pretensión de modificar el plazo contractual a su conveniencia, sin que pueda existir la correspondiente obligación de la Administración a responderle afirmativamente.

Por tal motivo, las razones que la sociedad demandante ha presentado ante este Tribunal relativas a la justificación de su incumplimiento contractual resultan irrelevantes para efectos de su pretensión, pues aún suponiendo que hubiera existido una causa sobreviniente de fuerza mayor que le impidiera cumplir con el plazo, se ha constatado que no la alegó en la solicitud de prórroga.

En tal sentido, el ISSS no vulneró ningún derecho de la contratista al denegar su solicitud de prórroga, aún cuando la hubiera contestado tardíamente como manifiesta la parte actora, pues al momento de dicha petición no existía ninguna razón que justificara una respuesta afirmativa.

d) Sobre los medios de solución de conflictos.

El actor alega violación a las disposiciones de la LACAP que regulan el trato directo y el arbitraje como medios para resolver las diferencias o conflictos que surgieren durante la ejecución de los contratos (art. 161). Dicho argumento está basado principalmente sobre su interpretación de que el ISSS no tenía competencia para aplicar el art. 36 de la LACAP, lo cual como se ha establecido en el apartado B.4.b, es un error de interpretación del actor. En otras palabras, la sociedad demandante considera que los medios de solución de conflictos debieron ser aplicados *en lugar* de la ejecución de la garantía de cumplimiento de contrato del art. 36 y no como actuaciones *previas* a la misma.

En cualquier caso, tal como se ha establecido, la Administración Pública brindó a la contratista oportunidad de solucionar el litigio, como se ha establecido por el cruce de comunicaciones que aparecen agregadas en el proceso. Debe señalarse, sin embargo, que el trato directo constituye una forma de solución de las controversias contractuales prevista por la LACAP, pero de ninguna manera una obligación para la Administración de acceder a las peticiones de la contratista, pues su actuación debe estar siempre sujeta al mandato de la ley y a los términos de los documentos contractuales. De tal manera, no se configura la vulneración alegada por no haberse resuelto favorablemente a la pretensión de la contratista de obviar su propio incumplimiento contractual.

Por otra parte, de conformidad al art. 165 de la LACAP, el arbitraje es otro medio de solución de controversias que sucede al del arreglo directo cuando no se halle una solución a alguna de las diferencias. Sin embargo, la misma norma hace del arbitraje un medio voluntario de solución de conflictos ("Intentado el arreglo directo (...) podrá recurrirse al arbitraje de árbitros arbitradores"). En tal sentido, no se configura una vulneración a las disposiciones aplicables al no haberse hecho uso de dicho mecanismo de solución de conflictos, por no haber sido acordado así por las partes. De ahí que sea una contradicción argüir dicha vulneración cuando las partes no llegaron a un acuerdo sobre el uso de esta solución voluntaria en sede administrativa.

En conclusión, no se ha comprobado ninguno de los vicios alegados por el actor como fundamento de su pretensión y así debe ser declarado.

II. FALLO.

POR TANTO, con base en los artículos 1, 2 literal a), 22, 23, 31, 35 y 36 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, 421 y 427 del Código de Procedimientos Civiles, a nombre de la República, la Sala FALLA:

A. Declárase que en la Resolución emitida por la Dirección General del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, a las nueve horas del día veintitrés de noviembre del año dos mil uno, en la cual se establece responsabilidad para Distribuidora Equis, S.A. de C.V. por incumplimiento del contrato derivado de la Contratación Directa 004/2001, suscrito con el Instituto Salvadoreño del Seguro Social, y se resuelve hacer efectiva la Garantía de Cumplimiento de Contrato en el porcentaje del 10% del precio total del código no entregado al ISSS, cuya suma asciende a veintidós mil seiscientos veintiséis dólares de los Estados Unidos de América, no existen los vicios de ilegalidad alegados.

B. Declárase que en el Acuerdo D.G. número 2002-07-0509, emitido por la Dirección General del Instituto Salvadoreño del Seguro Social el día diecisiete de julio del año dos mil dos, en el cual se confirma la primera resolución impugnada, no existen los vicios de ilegalidad alegados.

C. Condénase en costas a la parte actora.

D. En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y a la representación fiscal; y,

E. Devuélvase el respectivo expediente administrativo al lugar de origen.”

CASO X

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS BASES DE LICITACION

LA SOLA FALTA DE MOTIVACIÓN O LA MOTIVACIÓN DEFECTUOSA NO DETERMINA INDEFECTIBLEMENTE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ADOLEZCA DE TAL VICIO

141-G-2002

"SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las ocho horas del día tres de marzo del año dos mil cuatro.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. OBJETO Y LÍMITES DE LA PRETENSIÓN.

La Sociedad demandante pretende que se declare la ilegalidad de los actos administrativos siguientes:

a) Acuerdo número 2002-0497, de fecha veintidós de abril de dos mil dos, mediante el cual se adjudica el servicio número uno de la licitación pública G012/2002 a la Sociedad Imberton, S.A. de C.V., y declara desiertos los servicios dos, tres y cuatro;

b) Acuerdo número 2002-0714, de fecha diez de junio de dos mil dos, que declara sin lugar el recurso de revisión interpuesto por GALSA contra la anterior resolución; y,

c) Acuerdo número 2002-0713, de fecha diez de junio del dos mil dos, mediante el cual adjudica a Diagnostika Capris el servicio del Hospital Materno Infantil y los servicios dos, tres y cuatro de la referida licitación.

2. CRONOLOGÍA DE LO OCURRIDO EN SEDE ADMINISTRATIVA.

De la documentación presentada por las partes al proceso y la revisión del expediente administrativo se establece el siguiente orden cronológico de los hechos, base para analizar el presente caso:

a) El Instituto Salvadoreño del Seguro Social convocó a la Licitación Pública G012/2002

"Contratación de servicios con sistema automatizado para exámenes en el área de química en los laboratorios clínicos del ISSS";

b) El veintidós de abril de dos mil dos, el Consejo Directivo emitió la resolución 2002-0497, mediante la cual se adjudicó a Imberton, S.A. de C.V. el servicio número uno de la licitación y se declararon desiertos los servicios dos, tres y cuatro. *Este constituye el primer acto impugnado en este proceso*;

c) En desacuerdo con tal decisión, GALSA, S.A. de C.V. interpone recurso de revisión el día seis de mayo del referido año (folio 77 del proceso);

d) Paralelamente Diagnostika Capris interpuso recurso contra el mismo acto;

e) El día diez de junio de dos mil dos, mediante Acuerdo número 2002-0714 se declara sin lugar el recurso de revisión interpuesto por GALSA. *Este constituye el segundo acto impugnado en este proceso;*

f) En la misma fecha se emite el Acuerdo número 2002-0713, que resuelve la revisión interpuesta por Diagnostika Capris y se le adjudica el servicio del Hospital Materno Infantil y los servicios dos, tres y cuatro de la referida licitación. *Este constituye el tercer acto impugnado en este proceso.*

3. RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN A FAVOR DE IMBERTON S.A. DE C.V.

a) <u>Argumentos de las partes.</u>

· La demandante sostiene que debió ser declarada adjudicataria, ya que la oferta que presentó era la que más convenía a los intereses del ISSS.

· Aduce que la adjudicación a favor de Imberton fue ilegal, porque la Comisión Evaluadora de Ofertas se basó en aspectos personales y no legales y administrativos; y que además Imberton incumplió el requisito de presentar los estados financieros inscritos en el Registro de Comercio, mismo incumplimiento que se imputó a GALSA, por lo cual considera que se ha violado el principio de igualdad administrativa.

· Por su parte el Consejo Directivo del ISSS sostuvo que la adjudicación a favor de Imberton tuvo como base la recomendación de la Comisión Evaluadora de Ofertas, quien presentó un cuadro de ofertas individuales. Que la demandante no pudo ser declarada adjudicataria, ya que incumplió el numeral 11 literal f) de las Bases de Licitación, por el hecho de presentar los estados financieros básicos sin estar inscritos en el Registro de Comercio.

b) Naturaleza de las bases de licitación.

Para que la Administración pueda manifestar su voluntad y prestar su consentimiento en un contrato es necesario, como regla general, llevar a cabo un procedimiento de selección del contratista.

La licitación es entonces un procedimiento administrativo de selección en el cual, analizadas las propuestas de los licitantes, se selecciona y acepta la más ventajosa.

Se trata de un *procedimiento administrativo* de preparación de la voluntad contractual: *"Por el que el ente público en ejercicio de las funciones administrativas invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente" (*Roberto Dromi; Licitación Pública, ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995).

El procedimiento culmina con la *adjudicación,* acto por el cual el licitante determina, declara y acepta la propuesta más ventajosa, habilitando la futura celebración del contrato.

Sobre el procedimiento de licitación pueden establecerse dos premisas básicas: 1) El procedimiento de licitación tiene un carácter público y constituye una expresión, no solo de la legalidad de la voluntad administrativa formada en el mismo, sino de garantía de los particulares; 2) Éste debe realizarse con estricto apego a la normativa aplicable *y a las bases de licitación.*

Conviene recordar ciertos presupuestos relativos al valor jurídico de las denominadas bases de licitación o pliego de condiciones (según se conocen también en la doctrina):

Éstas contienen las condiciones del contrato a celebrar, así como las reglas del procedimiento de la licitación. Dichas condiciones, que encuentran su origen en las necesidades mediatas e inmediatas que se pretenden llenar por la Administración, son fijadas unilateralmente por ésta. *En tal sentido, las bases de licitación configuran el instrumento jurídico que fija los extremos contractuales y procedimentales de la licitación; entre ellos su objeto y las condiciones para ser admitido a la misma.*

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública establece en el artículo 42 que los documentos a utilizar en el procedimiento de contratación se denominarán Documentos Contractuales y formarán parte integral de los contratos; que dependiendo de la naturaleza de la contratación, estos documentos serán por los menos: Bases de licitación o de concurso; adendas, si las hubiese; ofertas y sus documentos; garantía y, las resoluciones modificativas y las órdenes de cambio, en su caso.

Se establece expresamente que las bases de licitación o concurso: "Constituyen un instrumento particular que regulará a la contratación específica. Las bases deberán redactarse en forma clara y precisa a fin de que los interesados conozcan en detalle el objeto de las obligaciones contractuales, los requerimientos y las especificaciones de las mismas para que las ofertas comprendan todos los aspectos y armonicen con ellas y sean presentadas en igualdad de condiciones. Las bases de licitación o concurso se regirán por los modelos y documentos guías emitidos por la UNAC, sin perjuicio de las particularidades y requerimientos especiales en cada caso".

El artículo 52 establece en su inciso primero que en las bases de licitación o de concurso se indicarán las diferentes modalidades de la presentación de ofertas, tanto técnicas como económicas, las cuales dependerán de la naturaleza, complejidad, monto y grado de especialización de la obra, bien o servicio a adquirir.

En este orden de ideas, los requisitos formales y de la documentación que las bases exijan, son de obligatorio cumplimiento y su exigencia garantiza la transparencia del proceso de licitación.

c) <u>Contenido y formalidades de la oferta. Aplicación al caso bajo análisis.</u>

En el caso bajo análisis las Bases de Licitación comprendían los términos administrativos y legales y los términos técnicos (los cuales corren agregados de folios 249 a 282 del proceso). Los primeros establecían en el apartado 11 el "CONTENIDO DE LA OFERTA", describiendo detalladamente sus requisitos. En el literal f) se enumeraban las solvencias y documentos que debían adjuntarse, entre ellos:

"fotocopia legible de los estados financieros básicos: Balance General y Estado de Resultados de los últimos tres ejercicios contables, o del periodo que tenga de operar la empresa evaluada, firmados por los responsables de su elaboración y autorización y debidamente auditados por auditor externo autorizado por la Junta de Vigilancia de la Contaduría Pública, e inscrito en el Registro de Comercio (aplica para el Balance General)".

En el Apartado 16: "EVALUACIÓN DE OFERTAS", se establece que la capacidad financiera se evaluará aplicando una metodología que combina índices o razones financieras que midan fundamentalmente liquidez, capacidad de financiamiento y rentabilidad, utilizando para ello las cifras de los estados financieros básicos: "*Balance General y Estado de Resultados de los últimos tres ejercicios contables o del periodo que tenga de operar la empresa evaluada, firmados por los responsables de su elaboración y autorización y debidamente auditados por Auditor Externo autorizado por la Junta de Vigilancia de la Contaduría Pública, e inscrito en el Registro de Comercio (aplica para el Balance General)...".*

Lo anterior denota que la presentación del balance general inscrito en el Registro de Comercio era un requisito expreso de las bases, al cual estaban sometidas todas las

empresas participantes.

A folio 186 del proceso corre agregada el Acta de Recomendación de Compra de la Comisión Evaluadora de Ofertas de la Licitación Pública G012/2002, en la cual se inicia consignando que se "acuerda recomendar aquella empresa que cumpla tanto con la evaluación técnica solicitada (mínimo 70.0%) y evaluación financiera (mínima 50.0%) *como con las solvencias y documentos solicitados en las bases de licitación.* Aparece el cuadro resumen de las ofertas con relación a los documentos que se debían presentar, entre ellos la "fotocopia de estados financieros básicos", y en el cuadro correspondiente a GALSA, S.A. de C.V. aparece la nota: "*no están inscrito(sic) en el Registro de Comercio".*

En el anexo de recomendación de compra de la Comisión Evaluadora respecto al Hospital Primero de Mayo se lee: "no se recomienda la oferta de GALSA S.A. de C.V., marca KONELAB modelo 60i, de menor precio a pesar de cumplir con las evaluaciones técnicas y financieras, ya que incumplió el literal F del numeral 11 de la base de licitación por el hecho de presentar los estados financieros básicos sin estar inscritos en el Registro de Comercio. Esta Comisión consideró prudente solicitarlos posteriormente para corroborar que si los presentados estaban inscritos, comprobándose que el balance general del año dos mil no correspondía al inscrito ya que según nota aclaratoria del 12 de abril del presente año, la empresa manifiesta que por un error presentó el balance de comprobación al 31 de mayo del 2000".

A folio 456 del Tomo I del expediente administrativo aparece nota dirigida por la Jefe del Departamento de Gestión de Compras a GALSA, de fecha diez de abril de dos mil dos, en la cual se le solicita con carácter urgente que envíe fotocopia de los balances generales de los años mil novecientos noventa y nueve a dos mil uno inscritos en el Registro de Comercio.

GALSA pretendió cumplir tal prevención el día once de abril (folios 459 a 462); sin embargo para el año dos mil lo que adjuntó fue un balance de comprobación. El día doce del mismo mes y año introdujo un escrito aclarando que la diferencia que existe en el balance del año dos mil que exhibió con la apertura de la licitación y el entregado posteriormente, se debe a un error a la hora de presentar el balance del año dos mil en el Centro Nacional de Registro, ya que en lugar de haber aportado el balance general al treinta y uno de diciembre de dos mil se presentó la balanza de comprobación al treinta y uno de mayo de dos mil, pero que GALSA se obligaba "a entregar el Balance General al 31 de diciembre de dos mil debidamente inscrito para cumplir con los requisitos solicitados por el Instituto". Sin embargo, no consta esta posterior presentación.

Aparece también en el proceso que el Departamento de Gestión de Compras de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional solicitó opinión a la Asesoría Jurídica de Licitaciones sobre la posibilidad de considerar adjudicatarias a las empresas que incumplían el requisito antes aludido, entre ellas GALSA, S.A. de C.V.

Ante ello Asesoría Jurídica emitió opinión citando el art. 441 del Código de Comercio, conforme al cual el balance general tiene que estar debidamente certificado por el contador

público autorizado*, el cual deberá estar inscrito en el Registro de Comercio para que surta efectos contra terceros. Sin su inscripción no hará fe.*

Todo lo anterior denota que GALSA no fue considerada adjudicataria, por incumplir un requisito expreso de las bases de licitación sobre los documentos que debían adjuntarse a la oferta.

Por otra parte consta que la adjudicación a favor de Imberton no se llevó a cabo de manera arbitraria, (como alega la demandante), porque se realizaron previamente los análisis de ley, así:

Como se ha expuesto, aparece agregado el cuadro de verificación de los documentos aportados por las partes en el consta que Imberton cumplió con todos ellos. En la nota de Recomendación de Compra de la Comisión Evaluadora con relación al grupo uno, se establece que para los Hospitales Médico Quirúrgico y Especialidades se recomienda la compra a Imberton "con el Equipo marca ABBOTT en su modelo AEROSET por cumplir con las evaluaciones técnicas y financieras y ser de menor precio". Con relación al Hospital Primero de Mayo, también se hace tal recomendación "por ser la única oferta que cumplió, además de las evaluaciones técnicas y financieras, con el resto de requisitos exigidos en la base de licitación".

Como se expuso en acápites anteriores, en la misma Acta se expresa que no se puede recomendar la adjudicación a favor de GALSA, S.A. de C.V., por no haber presentado los estados financieros inscritos en el Registro de Comercio. Esta misma consideración se retoma para otros hospitales.

Todo lo anterior denota que existen indicativos suficientes para respaldar la decisión del ISSS de adjudicar el grupo uno de la licitación a favor de Imberton y, han quedado constatadas las razones por las cuales no se consideró la oferta de GALSA, S.A. de C.V.

Es pertinente también señalar que a folio 248 del proceso corre agregada el Acta del Consejo Directivo que aprueba las bases de licitación.

Se concluye a este punto que no existen las anomalías aducidas por la demandante.

4. SOBRE LOS SERVICIOS QUE SE DECLARARON DESIERTOS.

La Sociedad demandante refuta también que se declararon desiertos los servicios dos, tres y cuatro de la referida licitación, lo cual vulnera los arts. 63 y 64 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, ya que la ley solo prevé la posibilidad que se declare desierto todo el proceso y no un renglón o servicio en concreto.

La LACAP regula lo pertinente a la recomendación de adjudicación y sus elementos, en los términos siguientes: "Art. 56. Concluida la evaluación de las ofertas, la Comisión de Evaluación de Ofertas elaborará un informe basado en los aspectos señalados en el artículo anterior, en el que hará al titular la recomendación que corresponda, ya sea para que acuerde la adjudicación respecto de las ofertas que técnica y económicamente resulten mejor calificadas, *o para que declare desierta la licitación o el concurso.*

(...) Si la autoridad competente para la adjudicación estuviere de acuerdo con la recomendación formulada por la Comisión de Evaluación de Ofertas, procederá a adjudicar la contratación de las obras, bienes o servicios de que se trate. La UACI dará a conocer el resultado mediante la Resolución de Adjudicación correspondiente.

Cuando la autoridad competente no aceptare la recomendación de la oferta mejor evaluada, deberá consignar y razonar por escrito su decisión y podrá optar por alguna de las otras ofertas consignadas en la misma recomendación, o declarar desierta la licitación o el concurso.".

Por su parte el art. 46 establece que la licitación o el concurso podrá prever la adjudicación parcial, la que deberá estar debidamente especificada en las bases.

En los términos de referencia de la Licitación G012/2002 se establece en la cláusula 18.3 la posibilidad de hacer adjudicaciones parciales y declarar desierta la licitación.

Lo anterior denota que la ley aplicable y las bases otorgan una clara potestad para que la autoridad competente declare desierta la licitación, potestad que puede ejercer respecto de ciertos renglones o códigos retomando una recomendación de la Comisión de Evaluación o, adoptando una decisión que se aparte de lo recomendado por la referida comisión, debidamente razonada.

Precisamente, en el Acta de Recomendación de Compra de la Comisión Evaluadora de Ofertas a que anteriormente se ha hecho alusión (folios 186 a 188 del proceso) se recomienda declarar desiertos los servicios para los grupos dos, tres y cuatro por las razones expuestas en los cuadros anexos. En éstos se detallan las deficiencias de cada empresa licitante, y con relación a GALSA se reitera el incumplimiento citado en el apartado anterior.

Los otros argumentos planteados por la demandante, tales como el hecho de haberse resuelto separadamente los recursos interpuestos por GALSA e Imberton, que el expediente no estaba foliado o el hecho de haberse emitido un "dictamen jurídico", no varían en forma alguna el resultado de la licitación.

Lo expuesto denota que no existen los vicios alegados por la demandante.

5. SOBRE EL RECURSO DE REVISIÓN.

La parte actora sostiene que es ilegal que un recurso admitido sea posteriormente desestimado sin argumentaciones ni justificaciones.

El art. 77 de la LACAP establece que el recurso de revisión deberá interponerse por escrito ante el funcionario que dictó el acto del que se recurre, dentro del término de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación; si transcurrido dicho plazo no se interpusiere recurso alguno, la resolución por medio de la cual se dictó el acto quedará firme. El recurso será resuelto por el mismo funcionario dentro del plazo máximo de quince días hábiles posteriores a la admisión; dicho funcionario resolverá con base a la recomendación que emita una comisión especial de alto nivel nombrada por el mismo, para tal efecto. Contra lo resuelto no habrá más recurso.

De folios 213 a 217 del proceso aparece el Acta de la Comisión Especial de Alto Nivel nombrada para conocer del recurso de revisión interpuesto por GALSA, S.A. de C.V., se señala que Imberton presentó los balances generales inscritos en el Registro de Comercio correspondientes a los últimos tres ejercicios sociales debidamente inscritos en el Registro de Comercio, excepto el del ejercicio social del dos mil uno, por no haber vencido el plazo legalmente exigido para cumplir tal obligación. Asimismo, se hace constar nuevamente el hecho que ésta presentó los balances financieros sin estar inscritos en el Registro de Comercio y que, no obstante habérsele prevenido, incumplió nuevamente al no presentar el balance general del año dos mil. Que por tal razón quedó excluida como eventual adjudicataria, por lo cual recomienda declarar sin lugar el recurso de revisión interpuesto por dicha Sociedad.

En el Acuerdo 2002-0714, que declaró sin lugar el recurso de revisión, se citó precisamente que se tuvo como base el Acta de recomendación presentada por la Comisión Especial de Alto Nivel.

En reiteradas ocasiones ha declarado este Tribunal que el acto administrativo debe ser motivado por la Administración con las razones de hecho y de Derecho. Un punto trascendental de la motivación es que permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable.

La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principales finalidades:

a) Desde el punto de vista interno, asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración;

b) Desde el terreno externo, formal, garantizar al interesado la oportunidad de impugnar el

acto, atacando las razones en las cuales la Administración lo funda, la insuficiencia o ausencia de éstas.

La motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del *criterio de decisión* que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido.

Empero, la sola falta de motivación o la motivación defectuosa no determina indefectiblemente la declaración de invalidez del acto administrativo que adolezca de tal vicio, tal declaración queda condicionada a valorar si la falta de fundamentación quebró el orden interno de formación de voluntad de la Administración, produjo una quiebra o ruptura en los derechos de contradicción y defensa del interesado, e incidió en la posibilidad de control judicial. Es necesario establecer en cada caso si una motivación distinta hubiese generado una decisión diferente de la Administración, con consecuencias también diferentes en la esfera jurídica del administrado.

En relación con el primer punto, la autoridad competente, el Consejo Directivo del ISSS tuvo a la vista el Acta de la Comisión Especial de Alto Nivel, acta en la cual aparecen las razones de la Administración para declarar sin lugar el recurso en mención. El Consejo, pues, tuvo un sustento e insumo técnico para emitir la resolución cuestionada, no obstante que dichas razones no fueron posteriormente desarrolladas en la resolución. Consecuentemente sí se respetó el procedimiento interno de formación de voluntad de la Administración.

Por otra parte, la falta de motivación en vía de recurso no generó indefensión, pues las razones que indujeron a mantener la decisión original han sido discutidas en esta sede.

Finalmente, el hecho que el recurso fuese admitido, no era obstáculo para que posteriormente, al realizar un análisis de fondo, se desestimaran las razones para atacar la adjudicación y se declarase sin lugar. La admisión implicó únicamente un análisis liminar de los requisitos formales de procedencia del recurso, no sobre el fondo del asunto.

Por tanto, se concluye que no existe vicio en este punto.

6. ADJUDICACIÓN A FAVOR DE DIAGNOSTIKA CAPRIS.

Como se relaciona en el apartado dos de este considerando jurídico, la Sociedad Diagnostika Capris interpuso recurso de revisión contra el acto de adjudicación a favor de Imberton y la decisión de declarar desierta una parte de la licitación.

A consecuencia de tal recurso, el Instituto Salvadoreño del Seguro Social emitió una nueva resolución adjudicando el servicio del Hospital Materno Infantil y los servicios dos, tres y cuatro de la referida licitación.

A fin de analizar la legitimación de la demandante para impugnar tal decisión, debe partirse de las siguientes consideraciones:

En términos generales, la legitimación es "la aptitud de ser parte en un proceso concreto. La legitimación presupone que no toda persona con capacidad procesal puede ser parte en un proceso, sino únicamente las que se encuentren en determinada relación con la pretensión" (Jesús González Pérez: Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1985. Pág. 115).

La legitimación en definitiva nos indica en cada caso quiénes son los verdaderos titulares de la relación material que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso, y cuya participación procesal es necesaria para que la sentencia resulte "eficaz". En este sentido, si las partes carecen de legitimación "...el desarrollo de todo el proceso no servirá para solucionar el concreto conflicto intersubjetivo que se somete al enjuiciamiento de los Jueces y Tribunales…", y "lo que la legitimación condiciona, es la eficacia misma de la sentencia que se pronuncia sobre el objeto procesal" (Vicente Gimeno Sendra y otros: Derecho Procesal Administrativo. Tirant lo blanch. Valencia, 1993. Pág. 204).

Lo anterior implica que no puede abordarse la pretensión objeto del juicio -declaratoria de ilegalidad del acto impugnado- si el demandante no es un legítimo contradictor.

La legitimación activa en el proceso contencioso se origina en la relación previa entre un sujeto y un determinado acto administrativo, relación que hará legítima la presencia del sujeto en el concreto proceso en que se impugne dicho acto.

La posición legitimante en que se encuentra el administrado nace de su relación con el acto que le afecta, *en tanto su esfera jurídica se ve alterada por el mismo.*

De conformidad con el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, podrán demandar la declaración de ilegalidad de los actos de la Administración Pública *"los titulares de un derecho que se considere infringido y quien tuviere un interés legítimo y directo en ello".*

El presupuesto esencial y común entre estas categorías, es que el administrado que busca impugnar un acto, es aquél que se ve lesionado o afectado por el mismo, de manera tal que esté interesado en obtener su anulación.

Al reconocerse el interés legítimo como una situación legitimante para acceder al proceso contencioso, el administrado encuentra una defensa frente al *perjuicio* que le causa el acto y que estima injusto, por haberse producido al margen de la ley. Debe aclararse que al demandante no lo legitima un abstracto interés por la legalidad -el llamado interés simple que no habilita para acceder al proceso contencioso- sino *el interés concreto en cuanto la*

Administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad.

Independientemente de las diversas definiciones y alcances del interés legítimo, *el substrato de esta categoría es la existencia de una afectación legítima que coloque al administrado -en relación al acto que pretende impugnar- en una situación particularizada*.

En el presente caso, se han establecido las siguientes premisas:

a) GALSA, S.A. de C.V., demandante en este proceso, fue notificada de la decisión de adjudicar a Imberton y declarar desiertos otros servicios;

b) Ante ello, interpuso en tiempo y forma un recurso de revisión contra tal decisión;

c) La revisión fue declarada sin lugar, mediante un acto que ya ha sido controvertido en el presente proceso.

En esta última decisión, se discutieron las razones por las cuales atacaba de ilegal la primera decisión de la Administración, y el hecho que no se le considerase como posible adjudicataria. Con ello se cerró para GALSA la posibilidad de controvertir las resultas del proceso licitatorio, ya que en el recurso de revisión interpuesto por Diagnostika Capris se discutieron argumentos que no la vinculaban en forma alguna.

Por tanto, se concluye que GALSA, S.A. de C.V. no se encuentra legitimada para impugnar esta decisión.

II. FALLO.

POR TANTO, con fundamento en lo expuesto y artículos 421, 427 Pr.C., 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, esta Sala FALLA:

A. Declárase que en los actos pronunciados por el Consejo Directivo del Instituto Salvadoreño del Seguro Social números 2002-0497 y 2002-0714, de fechas veintidós de abril y diez de junio de dos mil dos, respectivamente, no existen los vicios de ilegalidad alegados por el demandante;

B. Declárase inadmisible la demanda interpuesta contra el Acuerdo número 2002-0713, de fecha diez de junio de dos mil dos, mediante el cual se adjudica a Diagnostika Capris el servicio del Hospital Materno Infantil 1º de Mayo y los servicios dos, tres y cuatro de la

Licitación G012/2002;

C. Condénase en costas a la parte actora conforme al Derecho Común;

D. En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y a la representación fiscal; y,

E. Devuélvanse los expedientes administrativos a su oficina de origen. NOTIFIQUESE. “

ANEXO II
MANUAL DE COMPETENCIAS DE LA LACAP

El siguiente comentario fue inicialmente publicado por el autor en Monografías.com en agosto de 2002, bajo el nombre de "Manual de Competencias y Funciones de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la administración Pública", la Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones lo tomó de insumo para incluirlo en su Manual de Gestión, con el mismo nombre. Se reproduce la versión original.

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACION

Todos los funcionarios de las instituciones de la Administración Pública deben sujetarse en su actuar a lo que está previamente establecido en la ley. Este sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico del Estado es lo que se conoce como Principio de Legalidad y es uno de los más grandes logros del Estado de Derecho.

Al respecto, García de Enterría establece: ***"El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente."***

En otras palabras, cada órgano, institución o funcionario de la Administración, (es decir, del Organo Ejecutivo o de sus entes descentralizados: autónomas y municipios), necesita una previa habilitación legal para actuar, para emitir actos administrativos. Sin esa previa habilitación legal, la actuación que realice es ilegal, careciendo de validez. En conclusión, debe existir una ley que expresamente le otorgue determinada atribución o competencia a un funcionario para que éste actúe. Si lo hace fuera de los parámetros de esa norma legal, su actuación deviene en ilegal y podrá ser impugnada ante la Sala de lo Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia.

El fundamento constitucional de lo dicho se encuentra en el 3er inciso del artículo 86 de la Constitución de la República, que expresa:

"Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley."

II. LA COMPETENCIA

Así como el Estado se encuentra dividido en tres órganos para el desempeño de sus funciones, la Administración Pública se encuentra dividida en órganos con funciones determinadas legalmente. A esa porción de función administrativa otorgada por la ley a cada ente u órgano de la administración se le conoce como competencia. De acuerdo al Principio de Legalidad, la competencia es lo que permite la actuación de determinado funcionario en un asunto señalado. Según María Díez hay dos razones para la competencia: la división del trabajo y la estimación que al delimitarse el campo de actuación de cada ente público se garantizarán mejor los derechos de los administrados.

De tal forma que cada funcionario únicamente podrá actuar dentro de los parámetros establecidos por la Constitución, leyes y reglamentos, los que delimitan su competencia. Si actúan fuera de su competencia o dentro de la competencia conferida a otro funcionario, su actuación será ilegal y podrá ser impugnada ante las autoridades jurisdiccionales competentes.

Al respecto hay que aclarar que la competencia se puede considerar desde diferentes puntos de vista: jerárquico, territorial, temporal, etcétera.

En complemento a lo dicho en los dos numerales anteriores, hay que considerar que habrán situaciones en las cuales aunque la norma no habilite expresamente la actuación de los funcionarios, éstos se hallan habilitados tácitamente por la misma especialización que deviene de su competencia, por ejemplo: El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social tiene una competencia especial sobre materias de salud pública y asistencia social, por consiguiente, aunque no estén estrictamente expresadas, él puede asumir las funciones que derivan de su especialización, es decir, puede realizar los actos necesarios para su actuación que se encuentren dentro del marco de salud pública y asistencia social. Hay que advertir que tal habilitación tácita de competencia no habilita en ningún momento para afectar derechos individuales o para la imposición de sanciones, para tales materias, debe existir una competencia anterior y expresa.

III. LAS COMPETENCIAS CONFERIDAS POR LA LACAP

La Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública establece en cuanto a la materia de contratos administrativos, toda una serie de competencias, desarrollando atribuciones y obligaciones para cada uno de los protagonistas de la misma. A continuación se hace un listado de los sujetos o protagonistas de la ley así como de sus respectivas competencias dentro del marco de la LACAP.

1. MINISTERIO DE HACIENDA

A tal cartera de estado, en consonancia con las conferidas en el artículo 36 del Reglamento Interno del Organo Ejecutivo, le compete:

a. Proponer al Consejo de Ministros para su aprobación, la política anual de las Adquisiciones y Contrataciones de las Instituciones de la Administración Pública, incluyéndose para estos efectos el Gobierno Central y la Instituciones Autónomas, no así los otros órganos del Estado y las Municipalidades.

b. Velar por el cumplimiento de la política anual de las adquisiciones y contrataciones aprobada para el ejercicio fiscal correspondiente;

c. Proponer los lineamientos y procedimientos, que según esta Ley se deben observar para las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios.

2. FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La competencia conferida a este ente no tiene su fundamento únicamente en la LACAP sino que emana directamente de la Constitución de la República, estando también contemplada en otras leyes secundarias, las cuales analizaremos.

Así, la Constitución de la República en su artículo 193 numeral 5º establece:

"Art. 193.- Corresponde al Fiscal General de la República:

5º Defender los intereses fiscales y representar al Estado en toda clase de juicios y en los contratos sobre adquisición de bienes inmuebles en general y de los muebles sujetos a licitación, y los demás que determine la ley;"

Nuestra Carta Magna en la disposición citada le confiere al Fiscal General de la República básicamente dos facultades:

1º La defensa de los intereses fiscales, y
2º La representación del Estado en dos situaciones:
   a. En toda clase de juicios, y
   b. En los contratos sobre adquisición de:
i. Bienes inmuebles en general, y
ii. Bienes muebles sujetos a licitación.

La Constitución engloba un conjunto de facultades, tratando de regular todas las situaciones posibles presentes o futuras al decir: y los demás que determine la Ley.

Para este estudio nos interesa la facultad de representación del Estado en los contratos para la adquisición de bienes raíces y de muebles sujetos a licitación, es decir, las compras de suministros por un valor mayor al de 80 salarios mínimos urbanos, que en la actualidad asciende a ¢110,880.00 ó $12,672.00 (se cambió la cifra del original).

Es necesario realizar una aclaración: el Fiscal General de la República representará al Estado, cuya personalidad a la luz del Derecho Administrativo (Art. 5

LACAP) y del Derecho Constitucional (Art. 246 Constitución de la República), es diferente a la de otros entes por él creados. Nos referimos concretamente a las entidades autónomas y a los municipios.

Este aserto doctrinal es confirmado por nuestra legislación, por ejemplo en el artículo 110 de la **Constitución de la República** que diferencia entre Estado, Municipios y Autónomas. En igual sentido se encuentran los artículos 113, 195 y 221 de la **Constitución de la República**. En la legislación secundaria se encuentran, por ejemplo, los siguientes: el artículo 542 del **Código Civil**, que establece que tales entidades se regirán por sus leyes especiales; el 49 del **Código de Procedimientos Civiles**, que establece diferentes juzgados competentes para tramitar las demandas contra el Estado, Autónomas o Municipios; el 1 de la **Ley de Sociedades de Economía Mixta** asimismo realiza una diferenciación semejante; el 2 del **Código Municipal** que establece que los Municipios tienen personalidad jurídica propia; el artículo 121 2º inciso del **Código Penal** que regula la responsabilidad civil subsidiaria especial para las personas jurídicas estableciendo una diferencia entre el Estado, Autónomas y Municipios; los artículos 1 y 2 de la **Ley del Servicio Civil** en el sentido que tal ley se aplicará a las relaciones del Estado, Municipios y Autónomas con sus empleados; finalmente con respecto a las autónomas, también se pueden citar los artículos 1 y 2 de la **Ley del Seguro Social**, el artículo 1 de la **Ley Orgánica del Banco Central de Reserva de El Salvador**, artículo 1 de la **Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores**, artículo 1 de la **Ley del IPSFA**, artículo 1 de la **Ley de CEPA**, iguales disposiciones se encuentran en las **leyes de CEL, INSAFORP, FANTEL, etc**.

Finalmente la **Ley Orgánica del Ministerio Público**, es decir, la ley que rige el funcionamiento de la Fiscalía General de la República, establece:

"Art. 3.- Además de las atribuciones conferidas por la Constitución, el Fiscal General de la República tendrá las siguientes:

14.- Velar por los intereses del Estado y de las Instituciones de Derecho Público en los contratos sobre adquisición de inmuebles en general y en coordinación con la Proveeduría General de la República o con las Proveedurías Específicas correspondientes, en todo acto o contrato que tenga por objeto la adquisición de bienes muebles sujetos a licitación. Para tal efecto, los organismos interesados estarán obligados a solicitar la intervención del Fiscal General, quien comparecerá a suscribir dichos actos o contratos en representación del Estado y de las mencionadas Instituciones, cuando en este último caso tal atribución no le haya sido legalmente conferida a otro organismo o funcionario;"

En el encabezado el artículo hace una primera alusión a las demás atribuciones conferidas en la Constitución de la República. Luego, entrando al análisis del numeral 14 se nota que en este precepto se le confiere una única potestad a la Fiscalía General de la República: velar por los intereses de varios entes:

- El Estado, por un lado, y
- Las Instituciones de Derecho Público, por otro, incluyéndose aparentemente aquí a todas las instituciones públicas estatales, es decir, autónomas, municipios y otros entes.

De lo anterior se colige que la Ley Orgánica del Ministerio Público realiza una diferenciación entre Estado y otros entes, estando en consonancia con los artículos mencionados, en cuanto a que el Estado es una persona jurídica diferente a éstos. Tal ley aunque data de hace casi medio siglo, fue revisada y reformada en diciembre del año dos mil, ya estando vigentes la actual Constitución de la República y la LACAP.

Continuando con el análisis, la facultad de velar por los intereses del Estado, Autónomas y Municipios, se circunscribe a ciertos parámetros:

- En todo acto o contrato que tenga por objeto la adquisición o compra de bienes inmuebles o raíces
- En coordinación con la Proveeduría General de la República o Proveedurías específicas, en todo acto o contrato que tenga por objeto la adquisición de bienes muebles sujetos a licitación.

El primer parámetro está claro. Con respecto al segundo, la LACAP vino a reformar lo relativo a las proveedurías, cuya función está hoy asumida por las UACI.

Acto seguido nos plantea un procedimiento a seguir:

- Los organismos interesados deben solicitar la intervención del Fiscal General,
- Tal funcionario comparecerá a suscribir dichos actos o contratos en representación del Estado,
- En el caso de las instituciones dichas comparecerá a la firma únicamente cuando tal atribución no le haya sido legalmente conferida a otro organismo o funcionario.

Es decir, que las autónomas y municipios, cuyas leyes de atribución le confieren la representación legal a determinado funcionario (Alcalde, Presidente, Etc.) no están obligadas a pedir la intervención del Fiscal General para la suscripción de los contratos en que se obliguen. Por ende, es válido concluir que las únicas instituciones que mandarán sus contratos para la firma del Fiscal General serán las que por carecer de personalidad jurídica propia usan la del Estado para asumir sus obligaciones contractuales: El Organo Ejecutivo, por medio de sus Ministerios, El Organo Judicial por medio de la Corte Suprema de Justicia, la Asamblea Legislativa, las instituciones que forman el Ministerio Público, etc.

Luego de esta aclaración y para finalizar el estudio de la legislación que contempla la competencia de la Fiscalía General de la República en cuanto a las contrataciones, analicemos el artículo 18 LACAP.

El inciso que hace una clara alusión a la competencia del Fiscal General es el 4º, el cual, en principio prácticamente es una copia textual de una parte del numeral 5º del artículo 193 de la Constitución de la República. Tal inciso tiene dos cláusulas, la primera que es la que nos interesa, hace alusión a la competencia del Fiscal General estableciéndole tres funciones:

- Representar al Estado en los contratos sobre adquisición de:

    - Bienes inmuebles en general, y
    - Muebles sujetos a licitación
- Velar porque en las concesiones de cualquier clase otorgadas por el Estado, se cumpla con los requisitos, condiciones y finalidades establecidas en las mismas. (copia textual de una parte del numeral 10° del art. 193 de la Constitución de la República)Es decir, que en las concesiones, sean éstas de obra, servicios, recursos naturales o subsuelo, debe estar siempre presente la Fiscalía General de la República, velando por la legalidad. Esta función está recogida en el numeral 16 del Artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público ***("Art. 3.- Además de las atribuciones conferidas por la Constitución, el Fiscal General de la República tendrá las siguientes:" "16.- Velar porque se cumplan los requisitos, condiciones o finalidades establecidas en las concesiones de cualquier clase, otorgados por el Estado y ejercer al respecto las acciones correspondientes;")***
- Ejercer al respecto de la anterior las acciones correspondientes

Con respecto a la primera facultad ya se estableció que la competencia de la Fiscalía General de la República, de acuerdo al artículo 3 numeral 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público se circunscribe a la firma de los contratos. La delimitación de tal facultad es el producto de matizarla con otras disposiciones legales, por ejemplo, la Ley de la Corte de Cuentas de la República y la propia LACAP.

En tal sentido, ante la duda si algunas disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público, específicamente los numerales 11 y 15 y el segundo inciso, todos del artículo 3 de tal ley, le otorgan a la Fiscalía General de la República facultades de contralora previa de fondos, se puede asegurar lo siguiente:

No puede afirmarse que las atribuciones conferidas en los numerales 11 y 15 así como en el inciso segundo del mencionado artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, le otorguen a la Fiscalía la atribución de contralora de las gestiones de adquisiciones y contrataciones. En primer lugar, porque la atribución del numeral 11 ***"Velar porque los fondos públicos no sufran menoscabo alguno, poniendo especial interés en que las responsabilidades, tanto de los encargados de su manejo, como de quienes han de contribuir a formar el Tesoro Nacional, se hagan efectivas con exactitud y oportunidad",*** ya ha sido atribuida a la Corte de Cuentas de la República por medio de los artículos 5 numerales 1 y 3 y el artículo 117 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República, que es posterior a la disposición citada, por tanto, opera como una derogatoria tácita.

En el caso de la atribución del numeral 15 ***"Investigar de oficio o a petición de parte cualquier contravención o incumplimiento de los actos o contratos celebrados por el Estado o las instituciones de derecho público o de utilidad pública de los que pueden derivar perjuicios a los intereses nacionales y ejercer las acciones pertinentes a efecto de deducir las responsabilidades del caso",*** hay que aclarar que la LACAP vino a establecer un nuevo régimen en cuanto a la ejecución de los contratos, por medio del cual son las instituciones ejecutoras las que va a deducir responsabilidades vía multas por mora, caducidad, sanciones de inhabilitación, hacer efectivas las garantías, etc.. En tal

sentido, de conformidad al artículo 174 literal e) LACAP, operaría también una derogatoria tácita.

Finalmente, si bien es cierto el inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que ***"La enumeración de las anteriores atribuciones no excluyen otras que pueda ejercer el Fiscal General de la República en aras de la adecuada defensa de los intereses del Estado y de la Sociedad y podrá ejercerlas personalmente o por medio de los funcionarios de la Fiscalía General de la República",*** tal disposición no puede entenderse como otorgadora de competencia contralora a la Fiscalía General de la República en detrimento de la competencia otorgada posteriormente a la Corte de Cuentas por medio de su ley respectiva. Precisamente, porque con carácter posterior, el legislador le confirió tal facultad a la Corte de Cuentas, estableciendo que la contraloría va a ser posterior, y no durante la ejecución.

En conclusión, la competencia del Fiscal General de la República en el régimen de las adquisiciones y contrataciones a la luz de la Constitución de la República, la LACAP, Ley de Corte de Cuentas de la República y Ley Orgánica del Ministerio Público, se debe limitar a la firma de los contratos como representante del Estado salvadoreño con la respectiva revisión de éstos. Cualquier otra función que desarrolle, al no estar prevista legalmente, será detentar una competencia que no le corresponde, provocando nulidades de contratos o actos arbitrarios.

3. UNAC

La Unidad Normativa de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, la cual depende directamente del Ministerio de Hacienda y es la rectora en materia de compras de todas las instituciones de la Administración Pública, de acuerdo al artículo 7 LACAP, tiene entre sus atribuciones las siguientes:

a) Proponer al Ministro de Hacienda, la política anual de las Adquisiciones y Contrataciones de las Instituciones de la Administración Pública dentro de los límites establecidos en el artículo 6, letra a) de esta ley; es decir, que solo es aplicable al Organo Ejecutivo.
b) Emitir las políticas y lineamientos generales para el diseño, implementación, funcionamiento y coordinación del Sistema de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, que podrá abreviarse SIAC;
c) Emitir instructivos, manuales y demás instrumentos que faciliten la obtención de los objetivos de esta Ley y su Reglamento;
d) Asesorar y capacitar a la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, que podrá abreviarse UACI en la elaboración de los documentos técnicos que sean necesarios para cumplir las políticas y lineamientos emitidos;
e) Capacitar, promover, prestar asistencia técnica y dar seguimiento a la UACI para el cumplimiento de toda la normativa comprendida en esta Ley y su Reglamento;
f) Apoyar la implementación de medidas de carácter general que considere procedente para la mejora del SIAC, en sus aspectos administrativos,

operativos, técnicos y económicos;

g) Revisar y actualizar las políticas generales e instrumentos técnicos de acuerdo a esta Ley y su Reglamento;
h) Establecer manuales guías de los documentos necesarios para ejecutar las adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública, de conformidad a la presente Ley y su Reglamento;
i) Establecer y mantener un Registro Nacional de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, el cual deberá incluir la información actualizada sobre la naturaleza, el estado, la cuantía y el grado de cumplimiento que los diversos ofertantes sujetos a la presente ley hayan alcanzado en el cumplimiento de las obligaciones contratadas con la administración. Dicho registro se considera de interés público; y,
j) Otras actividades que le sean asignadas por la autoridad superior, orientadas al cumplimiento de la Ley y su Reglamento.

4. TITULAR

De Acuerdo a la LACAP debe entenderse como titular a la máxima autoridad de una institución. Aclara la ley que en general será a ellos a quienes se les atribuirá la representación legal de la institución. Lógicamente hay casos en los cuales no se da esta situación sino que es ejercida por un órgano persona que no es la máxima autoridad. Tal es el caso de la mayoría de autónomas o de los municipios, en las cuales la máxima autoridad es un órgano colegiado (compuesto por varios miembros): Consejo Directivo, Junta de Directores, Asamblea, Consejo Municipal, etc. En cambio, quien ejerce la representación es uno de los miembros de tal órgano colegiado, usualmente el presidente y en el caso de los municipios el Alcalde. En estos casos el órgano unipersonal que ejerce la representación legal (Presidente de la Junta Directiva o similar, Alcalde Municipal, etc.) podrá ser delegado o autorizado para realizar ciertos actos por el órgano colegiado (Junta Directiva, Asamblea de Gobernadores, Consejo Municipal), quien incluso puede ratificarlos aún cuando la ley no lo exige. Luego de esta aclaración veamos las atribuciones, competencias y obligaciones de los mismos.

Facultades y Competencias

1. Aprobación de las bases de licitación o de concurso (Inc. 1º Art. 18 LACAP).
2. Adjudicación de los contratos (Inc. 1º Art. 18 LACAP).
3. Observancia de todo lo establecido en la LACAP (Inc. 1º Art. 18 LACAP).
4. Delegar en los casos de libre gestión la competencia para aprobar las bases y adjudicar los contratos (Inc. 2º Art. 18 LACAP).
5. Cuando la leyes de creación de Instituciones estatales de carácter autónomo faculten al Consejo o Junta Directiva para designar autoridad para facilitar su gestión, establecer una estructura jerárquica para aprobar bases y adjudicar contratos (Inc. 3º Art. 18 LACAP).
6. Firma de los contratos de adquisición de obras, bienes o servicios (Inc. 4º Art. 18 LACAP) En el caso de las municipalidades es el Alcalde.
7. Designar con las formalidades legales (delegar) a otra persona para que firme los contratos (Inc. 4º Art. 18 LACAP). En el caso de las municipalidades es el Consejo Municipal quien puede delegar. En todo caso la responsabilidad por

la actuación del designado recae en el titular que hizo la designación.

8. Nombrar a los integrantes de las Comisiones de Evaluación de Ofertas para cada caso (Inc. 1º Art. 20 LACAP).
9. Delegar a otro funcionario para que nombre las Comisiones de Evaluación de Ofertas (Inc. 1º Art. 20 LACAP).
10. Cuando la selección del contratista sea por libre gestión o contratación directa, elegir si se conforma o no la Comisión de Evaluación de ofertas respectiva (Inc. 2º Art. 20 LACAP).
11. De acuerdo al informe de la Comisión de Evaluación de Ofertas respectiva, acordar la adjudicación o declarar desierta una licitación o concurso o licitación o concurso público por invitación (Inc. 1º y 4º Art. 56 LACAP)
12. No aceptar la recomendación de adjudicación hecha por la Comisión de Evaluación de Ofertas, en cuyo caso, previo la fundamentación razonable correspondiente, deberá: a) optar por alguna de las otras ofertas consignadas en la misma recomendación, o b) declarar desierta la licitación o concurso (Inc. 5º Art. 56 LACAP).
13. En casos de caso fortuito, fuerza mayor o por razones de interés público, y mediante acuerdo razonado: a) Suspender una licitación o concurso, b) dejar sin efecto una licitación o concurso, o c) prorrogar el plazo de una licitación o concurso (Inc. 1º Art. 61 LACAP).
14. En caso que no concurra ofertante alguno a participar en una licitación o concurso público: a) declarar desierta la licitación o concurso, y b) ordenar la promoción de una segunda licitación o concurso (Art. 64 LACAP).
15. Razonar y aprobar la lista corta de potenciales ofertantes a participar en un proceso de licitación o concurso público por invitación (Art. 66 LACAP).
16. En los casos determinados por la ley, razonar, fundamentar y emitir la resolución razonada para que su institución proceda a elegir al contratista por medio de la contratación directa (Inc. 1º Art. 71 LACAP).
17. En los casos determinados por la ley, emitir previo razonamiento y fundamentación la declaratoria de urgencia a fin de proceder a elegir al contratista por medio de la contratación directa (Art. 73 LACAP).
18. Admitir o no el recurso de revisión de conformidad a los requisitos de fondo y forma establecidos en la ley (Inc. 1º y 2º del Art. 77 LACAP).
19. Resolver dentro del plazo legal de quince días sobre la pretensión de fondo del recurso de revisión de conformidad con la recomendación de la comisión especial de alto nivel (Inc. 2º y 4º Art. 77 LACAP).
20. En caso de caso fortuito o fuerza mayor y si se ha establecido en el contrato respectivo, emitir, previa fundamentación, el acuerdo razonado para autorizar la subcontratación de emergencia (Inc. 3º Art. 89 LACAP).
21. Previa opinión de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, y por medio de resolución previamente razonada, fundamentada y notificada al contratista, acordar la suspensión hasta por quince días hábiles de toda o cualquier parte de una obra. (Inc.1º Art. 108 LACAP).
22. En caso de calamidad pública, desastres, fuerza mayor o caso fortuito, ampliar por un tiempo racional el plazo de suspensión de la obra mencionado en el numeral anterior (Inc. 2º Art. 108 LACAP).

    Nota: en estos dos casos, la suspensión puede proceder de oficio o a solicitud del contratista (Inc. 3º Art. 108 LACAP).

23. Imponer, previo el debido proceso, las sanciones establecidas como consecuencia de las infracciones contempladas en la Ley (Art. 156, 158 y 160 LACAP).
24. Emitir la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador contra los funcionarios o empleados o particulares sobre los cuales recaigan sospechas o indicios que han cometido alguna de las infracciones contempladas en la ley, comisionando al efecto al Jefe de la Unidad Jurídica o similar de la institución para que instruya las diligencias correspondientes (Inc. 2º Art. 157 y 160 LACAP).
25. Resolver en la siguiente audiencia de interpuesto el recurso de revocatoria de las sanciones impuestas a funcionarios o empleados públicos que han cometido infracciones a la ley (Inc. 5º Art. 157 LACAP).

Obligaciones

1. Dar seguimiento a la actuación de los subalternos, siendo responsable de su negligencia (Inc. 1º Art. 19 LACAP).
2. Avisar a la autoridad competente de la comisión de algún delito relacionado a las adquisiciones o contrataciones, so pena de incurrir en responsabilidad por la omisión del aviso (Inc. 1º Art. 19 LACAP).
3. Responder solidariamente por la actuación de sus subalternos en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la LACAP (Inc. 1º Art. 19 LACAP).
4. Iniciar el procedimiento para la imposición de sanciones a funcionarios o empleados por infracciones a la LACAP (Inc. 1º Art. 19 LACAP).
5. Hacer del conocimiento del Consejo de Ministros la declaratoria de urgencia a fin de proceder a elegir al contratista por medio de la contratación directa (Art. 73 LACAP).
6. Hacer del conocimiento del Consejo de Ministros el acuerdo de autorización para subcontratar (Inc. 3º Art. 89 LACAP).
7. Comunicar por escrito a la UNAC sobre la ampliación del plazo de ejecución de una obra debido a caso fortuito o fuerza mayor (Inc. 2º Art. 108 LACAP).

5. INSTITUCIONES

En algunas ocasiones la LACAP le atribuye a las instituciones una serie de competencias y obligaciones que lógicamente, serán responsabilidad del titular de la misma o de quien éste delegue con las formalidades legales. Por consiguiente, en el fondo, no existe una distinción sustancial, sin embargo, por razones didácticas se ha conservado la terminología usada en la ley.

Facultades y Competencias

1. En caso que la institución no cuente con el personal idóneo, solicitar colaboración la colaboración de funcionarios de otras instituciones o, de forma excepcional, contratar especialistas (Inc. 5º Art. 20 LACAP)
2. Constituir comisiones de evaluación de ofertas interinstitucionales en caso que

la adquisición o contratación involucre a más de una institución (Inc. 5º Art. 20 LACAP)

3. Realizar otros contratos aparte de los contratos administrativos enumerados en la LACAP. En este caso se deberá elegir al contratista de conformidad a los procedimientos establecidos en la LACAP (Art. 24 LACAP).
4. Exigir las garantías que para caucionar los eventos que establece la ley (mantenimiento de la oferta, buena inversión del anticipo, cumplimiento de contrato y buena obra) u otros que se estime conveniente (Inc. 1º y 2º Art. 31 LACAP).
5. Establecer en las bases de licitación y en el contrato respectivo las formas, valores, plazos y demás condiciones de las garantías a exigir (Inc. 1º Art. 32 LACAP).
6. Establecer si determinada forma de garantía puede caucionar efectivamente los intereses de la institución (Inc. 2º Art. 32 LACAP).
7. Aceptar o no como garantes a las compañías que los ofertantes o contratistas propongan para caucionar sus obligaciones (Inc. 4º Art. 32 LACAP).
8. Elegir a los contratistas de conformidad a los procedimientos para elección del contratista (formas de contratación) determinada en la LACAP (Inc. 1º y 2º Art. 39 LACAP).
9. Realizar contrataciones por medio del Mercado Bursátil en bolsas legalmente establecidas de conformidad a las leyes específicas de la materia (Inc. 3º Art. 39 LACAP).
10. Hacer por escrito adendas o enmiendas a las bases de licitación o concurso de conformidad a las mismas (Art. 50 LACAP).
11. Promover los procesos de resolución de conflictos contemplados en la LACAP (Art. 164 y 165 LACAP)

Obligaciones

1. Llevar un registro de ofertantes y contratistas en el cual se incorporará la información relacionada con el cumplimiento de las obligaciones y demás situaciones que puedan ser de interés para futuras contrataciones. (Art. 14 LACAP)
2. Elaborar su programación anual de adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios, de conformidad a su plan de trabajo y a su presupuesto institucional, teniendo en cuenta por lo menos lo establecido en el artículo 16 LACAP (Inc. 1º Art. 16 LACAP).
3. Constituir las comisiones de evaluación de ofertas para cada caso y obligatoriamente cuando se trate de licitaciones o concursos públicos, todo de conformidad con la ley (Art. 20 LACAP)
4. Exigir las garantías que para caucionar los eventos que establece la ley (mantenimiento de la oferta, buena inversión del anticipo, cumplimiento de contrato y buena obra) u otros que se estime conveniente (Inc. 1º y 2º Art. 31 LACAP).
5. Indicar en las bases de licitación o concurso la exigencia de las garantías no previstas expresamente en la LACAP, estableciendo los plazos para rendirse y demás datos necesarios (Inc. 3º Art. 31 LACAP).
6. Proporcionar a cualquier interesado, previo el pago correspondiente, las bases de licitación o concurso (Art. 49 LACAP).

7. Notificar de todas las enmiendas, adendas, aclaraciones o cualesquiera cambio en las condiciones establecidas en las bases de licitación o concurso (Art. 50 LACAP)
8. Designar a técnicos de la institución para supervisar las obras adicionalmente a lo pactado en los contratos de supervisión (Art. 110 LACAP).
9. En los contratos de obras, retener el monto del último pago a los contratistas y de los supervisores, en una suma no inferior al 5% del monto vigente del contrato, a fin de garantizar cualquier responsabilidad derivada del incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales (Art. 112 LACAP).

6. UACI

De conformidad al artículo 9 LACAP cada institución de la Administración Pública establecerá una Unidad de Adquisiciones y Contrataciones Institucional, que podrá abreviarse UACI, responsable de la descentralización operativa y de realizar todas las actividades relacionadas con la gestión de adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios. Esta unidad será organizada según las necesidades y características de cada entidad e institución, y dependerá directamente de la institución correspondiente.

La UACI es una unidad eminentemente operativa que tiene bajo su responsabilidad una función muy delicada: La adquisición y contratación de las obras, bienes y servicios indispensables para la consecución de los fines estatales.

Es tan delicada su función que no debe mezclarse con otro tipo de actividades, por ejemplo, contraloría, almacenaje, etc. Así lo ha determinado la Corte de Cuentas de la República en sus normas técnicas de control interno. De tal forma que por ejemplo sería un absurdo y un contrasentido atribuir a la UACI además de las suyas, funciones de contraloría previa o posterior. Hacerlo sería dotarla de poderes omnímodos cuyo resultado, tarde o temprano sería la corrupción por medio de la desviación de poder.

Facultades y Competencias

1. Desconcentrar su operatividad a fin de facilitar la adquisición y contratación de obras, bienes y servicios (Inc. 2º Art. 9 LACAP)(Esta atribución si bien se encuentra en el capítulo relativo a la UACI, deberá ser ejercida por el titular de cada institución).
2. En el caso de las municipalidades, asociarse para crear una UACI que tendrá las funciones y responsabilidades de los Municipios que las compondrán (Inc. 3º Art. 9 LACAP)
3. Ejercer bajo la responsabilidad del jefe de la UACI sus atribuciones legalmente conferidas en el artículo 12 LACAP y que son las siguientes:

   a) El cumplimiento de las políticas, lineamientos y disposiciones técnicas que sean establecidas por la UNAC, y ejecutar todos los procesos de adquisiciones y contrataciones objeto de esta Ley;

   b) Constituir el enlace entre la UNAC y las dependencias de la institución, en cuanto a las actividades técnicas, flujos y registros de

información y otros aspectos que se deriven de la gestión de adquisiciones y contrataciones;

c) Elaborar en coordinación con la Unidad Financiera Institucional UFI, la programación anual de las compras, las adquisiciones y contrataciones de obras, bienes y servicios. Esta programación anual deberá ser compatible con la política anual de adquisiciones y contrataciones de la Administración Pública, el plan de trabajo institucional, el presupuesto y la programación de la ejecución presupuestaria del ejercicio fiscal en vigencia y sus modificaciones;

d) Verificar la asignación presupuestaria, previo a la iniciación de todo proceso de concurso o licitación para la contratación de obras, bienes y servicios;

e) Adecuar conjuntamente con la unidad solicitante, las bases de licitación o de concurso, de acuerdo a los manuales guías proporcionados por la UNAC, según el tipo de contratación a realizar;

f) Realizar la recepción y apertura de ofertas y levantar el acta respectiva;

g) Ejecutar el proceso de adquisición y contratación de obras, bienes y servicios, así como llevar el expediente respectivo de cada una;

h) Solicitar la asesoría de peritos o técnicos idóneos, cuando así lo requiera la naturaleza de la adquisición y contratación;

i) Levantar acta de la recepción total o parcial de las adquisiciones o contrataciones de obras, bienes y servicios, conjuntamente con la dependencia solicitante cuando el caso lo requiera, de conformidad a lo establecido en el Reglamento de esta Ley;

j) Llevar el control y la actualización del banco de datos institucional de ofertantes y contratistas;

k) Mantener actualizado el registro de contratistas, especialmente cuando las obras, bienes o servicios no se ajusten a lo contratado o el contratista incurra en cualquier infracción, con base a evaluaciones de cumplimiento de los contratos, debiendo informar por escrito al titular de la institución;

l) Calificar a los potenciales ofertantes nacionales o extranjeros, así como, revisar y actualizar la calificación, al menos una vez al año;

m) Informar periódicamente al titular de la institución de las contrataciones que se realicen;

n) Prestar a la comisión de evaluación de ofertas la asistencia que precise para el cumplimiento de sus funciones;

o) Supervisar, vigilar y establecer controles de inventarios, de conformidad a los mecanismos establecidos en el Reglamento de esta Ley;

p) Proporcionar a la UNAC pronta y oportunamente toda la información requerida por ésta; y,

q) Cumplir y hacer cumplir todas las demás responsabilidades que se establezcan en esta Ley y su Reglamento.

4. Establecer y mantener actualizado un Banco de información con datos de los posibles ofertantes, así como de los antecedentes de contratos pasados, debidamente clasificada por especialización y categorías de conformidad a la ley (Art. 13 LACAP)
5. Llevar un registro de todas las contrataciones realizadas en los últimos diez

años a fin de permitir la evaluación y fiscalización de las entidades competentes (Art. 15 LACAP).

V. LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIA

Uno de los principios de la organización administrativa es la competencia, la cual se explicó supra. La misma es susceptible de delegación, es decir, que el funcionario que legítimamente ostente una determinada competencia puede, por medio de las formalidades legales, transferirla a otro funcionario de menor jerarquía. La delegación puede darse para determinados casos o situaciones o por un determinado tiempo.

No debe confundirse la delegación de competencia con la delegación de firma. Esta última se emplea únicamente para la realización de trabajos materiales cuya frecuencia puede restar tiempo a un funcionario de categoría superior. Nunca implica poder de decisión. Es por ejemplo cuando un Ministro delega en un Director que autorice con su firma determinada correspondencia o que simplemente firme determinadas resoluciones de trámite. Hay que hacer notar que la responsabilidad continúa siendo del funcionario que delegó.

En cambio, cuando lo que se transfiere es la facultad de decisión, la responsabilidad por determinados actos, lo que se da es la delegación de competencia. En esta se transfiere de forma permanente toda la responsabilidad por determinados actos, no es simplemente firmar sino asumir la responsabilidad por las decisiones tomadas.

En el ámbito estatal, específicamente en el Organo Ejecutivo, el Reglamento Interno del Organo Ejecutivo contempla ambos tipos de delegación de la siguiente forma:

Delegación de firma:

"***Art. 20. Los Ministros y Viceministros de Estado podrán autorizar a funcionarios de sus respectivos ramos, para que firmen correspondencia corriente y lo mismo aquella que no implique resolución de asuntos de que se trate, así como transcripciones y notificaciones de resoluciones o providencias autorizadas por los Titulares, debiendo en cada caso, emitirse el correspondiente Acuerdo."***

Es decir, que para el Organo Administrativo, se ha regulado por medio de su reglamento interno la delegación de firma debiendo en cada caso, sea delegación temporal o particular, emitirse el correspondiente acuerdo.

Delegación de competencia:

"Art. 68. La ejecución de atribuciones y facultades que este Reglamento y cualquier otra disposición legal señale a cada Secretaría de Estado o a sus Titulares, podrá delegarse o descentralizarse en los funcionarios o unidades que la organización interna determine,

salvo aquellas que por disposición de la Constitución, leyes, reglamentos o del Presidente de la República, queden expresamente exceptuadas. Para ordenar la delegación o descentralización bastará un Acuerdo del Organo Ejecutivo en el ramo correspondiente, publicado en el Diario Oficial y comunicado a los organismos dependientes o directamente vinculados con la función de que se trate."

Asimismo, se ha regulado la delegación de competencia la cual operará si la organización interna lo ha determinado y en los funcionarios que para el caso se hayan determinado. Se hace una excepción expresa y es cuando la Constitución de la República, leyes o reglamentos expresamente exceptúen de la delegación, es decir, que expresamente se diga que son indelegables.

Finalmente, se establece un procedimiento para la delegación de competencia prescribiendo que bastará un acuerdo del Organo Ejecutivo en el ramo correspondiente el cual deberá ser publicado en el Diario Oficial y comunicado a los organismos dependientes o vinculados con la función que se trate (ejemplo: las autónomas).

En el caso de las otras instituciones, sus respectivas leyes de creación u organización deberán establecer la potestad de delegar o al menos no prohibirlo expresamente, a fin que por medio de la habilitación tácita de la ley se pueda delegar de acuerdo a la ley.

Tal es el caso de los Alcaldes los cuales pueden delegar su competencia establecida en el artículo 48 del Código Municipal, si media acuerdo previo del Consejo Municipal, tal como regula el artículo 50 del Código Municipal:

"Art. 50.- El Alcalde puede delegar previo acuerdo del Consejo, la dirección de determinadas funciones con facultades para que firmen en su nombre a funcionarios municipales que responderán por el desempeño de las mismas ante él y el Consejo y serán además, directa y exclusivamente responsables por cualquier faltante, malversación o defectuosa rendición de cuentas ante la Corte de Cuentas de la República."

Igual potestad ostenta el Presidente de la Corte Suprema de Justicia con respecto a las facultades conferidas por el artículo 27 de la Ley Orgánica Judicial, al mencionar en el inciso 2º de tal artículo:

"En general, podrá el Presidente de la Corte delegar en uno o más Magistrados o funcionarios de la misma, en organismos o dependencias propios o en el Consejo Nacional de la Judicatura, aquellas atribuciones que no impliquen ejercicio de actividad jurisdiccional. La delegación se hará mediante acuerdo, en el que se determinará las facultades que se deleguen y el funcionario o entidad delegatarios, sin perjuicio de que el Presidente haga uso directo de tales facultades, cuando lo estimen conveniente."

Finalmente el procedimiento para delegar preferiblemente deberá estar regulado en la ley. En su defecto podrá bastar con una resolución razonada o examinarse la posibilidad de llenar tal laguna jurídica por medio de la integración del derecho.

VI. CONCLUSIONES

Los funcionarios públicos sólo pueden actuar de acuerdo a los senderos establecidos en la Constitución de la República y leyes secundarias. Hacer lo contrario vicia los actos de nulidad absoluta o provoca las llamadas vías de hecho de la administración, que es el obrar de la administración sin ningún fundamento legal.

La LACAP ha establecido las atribuciones, competencias y obligaciones para cada uno de los que considera sus principales protagonistas. A ella debe estarse para la actuación conforme a la ley.

El salirse de tales competencias y funciones o mezclar funciones incompatibles generará la nulidad de las actuaciones, vías de hecho de la administración o la corrupción.

ANEXO III

PRINCIPALES NORMAS DEL TLC
REPÚBLICA DOMINICANA – CENTROAMÉRICA – ESTADOS UNIDOS
RELACIONADAS CON LAS COMPRAS DE LOS ENTES PÚBLICOS

Capítulo Dos
Definiciones Generales
Artículo 2.1: Definiciones de Aplicación General
Para los efectos de este Tratado, a menos que se especifique otra cosa:
contratación pública significa el proceso mediante el cual un gobierno obtiene el uso de o adquiere mercancías o servicios, o cualquier combinación de éstos, para propósitos gubernamentales y no con miras a la venta o reventa comercial o con miras al uso en la producción o suministro de mercancías o servicios para la venta o reventa comercial;

Capítulo Siete
Obstáculos Técnicos al Comercio
Objetivos
Los objetivos de este Capítulo son aumentar y facilitar el comercio a través de una mejor implementación del Acuerdo OTC, la eliminación de los obstáculos técnicos innecesarios al comercio y el impulso de la cooperación bilateral.

Artículo 7.1: Afirmación del Acuerdo OTC
De conformidad con el Artículo 1.3 (Relación con Otros Tratados), las Partes afirman los derechos y obligaciones existentes con respecto a cada una de conformidad con el Acuerdo OTC.

Artículo 7.2: Ámbito y Cobertura
1. Este Capítulo aplica a todas las normas, reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad de las entidades del gobierno central, que pudiesen afectar directa o indirectamente, el comercio de mercancías entre las Partes1.
2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, este Capítulo no aplica a:
(a) las especificaciones técnicas establecidas por las entidades gubernamentales relacionadas con los requerimientos de producción o consumo de dichas entidades; y
(b) las medidas sanitarias y fitosanitarias.

Capítulo Nueve
Contratación Pública

Artículo 9.1: Ámbito de Aplicación y Cobertura

8. Este Capítulo se aplica a cualquier medida, incluyendo cualquier acto o directriz de una Parte, relativo a la contratación cubierta.

9. Para los efectos de este Capítulo, **contratación cubierta** significa una contratación de mercancías, servicios, o ambos:
    a. a través de cualquier medio contractual, incluyendo la compra, el alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción-operación transferencia y contratos de concesión de obras públicas;
    b. listada y sujeta a las condiciones estipuladas en el:
        i. Anexo 9.1.2(b)(i) que aplicará entre los Estados Unidos y cada una de las otras Partes;
        ii. Anexo 9.1.2(b)(ii) que aplicará entre las Partes Centroamericanas; y
        iii. Anexo 9.1.2(b)(iii) que aplicará entre cada Parte Centroamericana y la República Dominicana.
    c. que se lleva a cabo por una entidad contratante; y
    d. que no esté excluida de la cobertura.

10. Este Capítulo no se aplica a:
    a. acuerdos no contractuales o cualquier forma de asistencia que una Parte o una empresa del Estado otorgue, incluyendo donaciones, préstamos, transferencias de capital, incentivos fiscales, subsidios, garantías, acuerdos de cooperación, suministro gubernamental de mercancías y servicios a personas o gobiernos estatales, regionales o locales, y compras con el propósito directo de proveer asistencia extranjera;
    b. compras financiadas por préstamos o donaciones a favor de una Parte, incluyendo una entidad de una Parte, por una persona, entidades internacionales, asociaciones, u otra Parte, o no Parte, en la medida en que las condiciones de dicha asistencia sean inconsistentes con este Capítulo;
    c. la contratación de servicios de agencias o depósitos fiscales, servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reguladas y servicios de venta y distribución para la deuda pública;
    d. la contratación de empleados públicos y medidas relacionadas con el empleo;
    e. cualquier mercancía o servicio que forme parte de cualquier contrato que una entidad contratante que no esté listada en las Secciones de la A a la C del Anexo 9.1.2(b)(i), 9.1.2(b)(ii) y 9.1.2(b)(iii) adjudique; y
    f. compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables que sólo concurran por un plazo muy breve, tales como enajenaciones extraordinarias realizadas por empresas que normalmente no son proveedoras o a la enajenación de activos de empresas en liquidación

o bajo administración judicial.

11. Cada Parte deberá asegurar que sus entidades contratantes cumplan con este Capítulo en cualquiera de las contrataciones cubiertas.

12. Cuando una entidad contratante adjudica un contrato en una contratación que no esté cubierta por este Capítulo, nada en este Capítulo podrá interpretarse en el sentido de abarcar la mercancía o servicio objeto de dicho contrato.

13. Ninguna entidad contratante podrá preparar, diseñar, estructurar o dividir un contrato de compra con el fin de evadir las obligaciones del presente Capítulo.

14. Ninguna disposición de este Capítulo impedirá a una Parte desarrollar nuevas políticas de contratación pública, procedimientos o modalidades contractuales, siempre que no sean incompatibles con este Capítulo.

Artículo 9.2: Principios Generales

6. Con respecto a cualquier medida cubierta por este Capítulo, cada Parte concederá a las mercancías y servicios de otra Parte y a los proveedores de otra Parte de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el otorgado por dicha Parte o entidad contratante a sus propias mercancías, servicios y proveedores.

7. Con respecto a cualquier medida cubierta por el presente Capítulo, ninguna Parte podrá:

    a. conceder a un proveedor establecido localmente un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor establecido localmente, en razón del grado de asociación o de propiedad extranjera; o
    b. discriminar contra un proveedor establecido localmente en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una compra particular sean mercancías o servicios de otra Parte.

8. Para los fines de los párrafos 1 y 2, la determinación de origen de las mercancías se realizará de manera consistente con el Capítulo Cuatro (Reglas de Origen y Procedimientos de Origen).

9. Con respecto a la contratación cubierta, una entidad contratante se abstendrá de tomar en cuenta, solicitar o imponer condiciones compensatorias especiales en cualquier etapa de una contratación.

10. Los párrafos 1 y 2 no se aplican a las medidas relativas a aranceles aduaneros u otros cargos de cualquier tipo que se impongan a la importación o que tengan relación con la misma, al método de recaudación de dichos aranceles o cargos, a otras regulaciones de importación, incluyendo restricciones y formalidades, o a las medidas que afectan al comercio en servicios diferentes de las medidas que reglamentan específicamente la

contratación pública cubierta por este Capítulo.

Artículo 9.3: Publicación de Medidas para la Contratación

Cada Parte deberá, oportunamente:

d. publicar toda ley y reglamento, y sus modificaciones, relacionada con la contratación;
e. poner a disposición del público cualquier procedimiento, sentencia judicial y decisión administrativa de aplicación general, relacionada con la contratación; y
f. a solicitud de una Parte, facilitar a esa Parte una copia de un procedimiento, una sentencia judicial o una decisión administrativa de aplicación general, relacionada con la contratación.

Artículo 9.4: Publicación del Aviso de Contratación Futura

4. Sujeto al Artículo 9.9.2, una entidad contratante publicará con anticipación un aviso invitando a proveedores interesados a presentar ofertas para cada contratación cubierta.

5. La información en cada aviso incluirá, como mínimo, una indicación de que la contratación está cubierta por el Capítulo, una descripción de dicha contratación, cualquier condición requerida de los proveedores para participar en la misma, el nombre de la entidad contratante, la dirección donde se puede obtener cualquier documentación relacionada con la contratación, si fuere aplicable, cualquier monto que deba pagarse por los documentos de contratación, los plazos y la dirección para la presentación de ofertas y el tiempo para la entrega de las mercancías o servicios contratados.

6. Cada Parte incentivará a sus entidades contratantes a publicar información relativa a los planes de futuras contrataciones, lo antes posible en su respectivo año fiscal.

Artículo 9.5: Plazos para el Proceso de Presentación de Ofertas

1. Una entidad contratante proporcionará a los proveedores tiempo suficiente para preparar y presentar las ofertas, tomando en cuenta la naturaleza y complejidad de la contratación. En ningún caso, una entidad contratante otorgará un plazo menor de 40 días desde la fecha de publicación del aviso de contratación futura, hasta la fecha límite para la presentación de ofertas.

2. Sin perjuicio del párrafo 1, en caso de no existir requisitos de calificación para los proveedores, una entidad contratante podrá establecer un plazo para la contratación menor a 40 días, pero en ningún caso menor a 10 días, en las siguientes circunstancias:

    a. cuando la entidad contratante haya publicado un aviso separado, que contenga una descripción de la contratación, los plazos aproximados para la presentación de ofertas o, cuando resulte apropiado, condiciones para la participación en una contratación y la dirección donde se podría obtener la documentación relativa a la contratación, dentro de un

periodo no menor a 40 días y no mayor a 12 meses antes de la fecha límite para la presentación de ofertas;

b. en el caso que una entidad contrate mercancías y servicios comerciales que se venden o se ofrecen para la venta a, y son regularmente comprados y utilizados por, compradores no gubernamentales para propósitos no gubernamentales; o

c. cuando una situación de emergencia imprevista debidamente justificada por la entidad contratante, imposibilita el cumplimiento del plazo fijado en el párrafo 1.

Artículo 9.6: Documentos de Contratación

4. Una entidad contratante proporcionará a los proveedores interesados documentos de contratación que incluyan toda la información necesaria que les permita preparar y presentar ofertas adecuadas. Los documentos de contratación incluirán todos los criterios que la entidad contratante considerará para adjudicar el contrato, incluyendo todos los factores de costo y sus ponderaciones, o según el caso, los valores relativos que la entidad contratante asignará a esos criterios en la evaluación de las ofertas.

5. Una entidad contratante puede satisfacer el párrafo 1 por medio de una publicación electrónica, accesible para todos los proveedores interesados. Cuando una entidad contratante no publique los documentos de contratación por medios electrónicos accesibles a todos los proveedores interesados, deberá, a solicitud de cualquier proveedor, poner, sin demora, los documentos en forma escrita a su disposición.

6. En caso de que una entidad contratante, en el curso de una contratación, modifique los criterios referidos en el párrafo 11, transmitirá tales modificaciones por escrito:
   a. a todos los proveedores que estén participando en la contratación al momento de la modificación de los criterios, si las identidades de tales proveedores son conocidas, y en casos donde la identidad de los proveedores participantes sea desconocida, de la misma manera en que se transmitió la información original; y
   b. con tiempo suficiente para permitir que los proveedores modifiquen y vuelvan a presentar sus ofertas, según corresponda.

Artículo 9.7: Especificaciones Técnicas

6. Una entidad contratante no preparará, adoptará ni aplicará ninguna especificación técnica que tenga como propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las Partes.

7. Una entidad contratante establecerá cualquier especificación técnica cuando

corresponda:

a. en términos de desempeño en lugar de términos de características de diseño o descriptivas; y
b. basadas en normas internacionales cuando sean aplicables, de lo contrario, en normas nacionales reconocidas.

8. Una entidad contratante no establecerá especificaciones técnicas que requieran o hagan referencia a determinadas marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos, ni orígenes específicos o productores o proveedores, salvo que no exista otra manera suficientemente precisa o comprensible de describir los requisitos de la contratación y siempre que, en tales casos, se incluyan en los documentos de contratación expresiones como "o equivalente". 1 Cada Parte Centroamericana y República Dominicana podrán realizar dichas modificaciones antes de la apertura de ofertas. Estados Unidos podrá realizar dichas modificaciones antes de la adjudicación del contrato.

9. Una entidad contratante no solicitará ni aceptará, de manera que pueda tener por efecto impedir la competencia, asesoramiento que pudiera utilizarse para preparar o para adoptar cualquier especificación técnica para una contratación específica proveniente de una persona que pueda tener interés comercial en esa contratación.

10. Para mayor certeza, este Artículo no pretende impedir que una entidad contratante prepare, adopte o aplique especificaciones técnicas para promover la conservación de los recursos naturales.

Artículo 9.8: Requisitos y Condiciones para la Participación en las Contrataciones

7. Cuando una entidad exija que los proveedores cumplan con requisitos de registro, calificación o cualquier otro requisito o condición para participar (“condiciones para participar”), con el fin de participar en una contratación, la entidad contratante publicará un aviso invitando a los proveedores a postularse para tal registro o calificación o para satisfacer cualquier otro requisito de participación. La entidad contratante publicará el aviso con suficiente anticipación para que los proveedores interesados dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus solicitudes y para que la entidad evalúe y formule sus determinaciones sobre la base de dichas solicitudes.

8. Cada entidad contratante deberá:

    a. limitar toda condición para participar en la contratación, a aquellas que sean esenciales para garantizar que el proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las

especificaciones técnicas de la contratación;

b. reconocer como proveedor calificado a todo proveedor de la otra Parte que haya cumplido las condiciones necesarias para participar; y
c. basar las decisiones de calificación únicamente en las condiciones de participación que han sido establecidas de antemano, en avisos, o en los documentos de contratación.

9. Las entidades contratantes podrán poner a disposición del público listas de proveedores calificados para participar en la contratación. Cuando una entidad contratante requiera que los proveedores califiquen para dicha lista como condición para participar en una contratación y un proveedor no calificado solicite su calificación para ser incluido en la misma, la entidad contratante iniciará sin demora los procedimientos de calificación y permitirá que el proveedor presente una oferta, si se determina que es un proveedor calificado, siempre y cuando se cuente con el tiempo suficiente para cumplir con las condiciones para la participación dentro del plazo establecido para la presentación de ofertas.

10. Ninguna entidad contratante establecerá como condición para participar en una contratación que un proveedor haya sido adjudicatario previamente de uno o más contratos por parte de una entidad contratante, o que el proveedor tenga experiencia de trabajo previa en el territorio de la Parte. Una entidad contratante evaluará la capacidad financiera y técnica de un proveedor de acuerdo con la actividad comercial del proveedor fuera del territorio de la Parte de la entidad contratante, así como su actividad, si la tuviera, en el territorio de la Parte de la entidad contratante.

11. Una entidad contratante comunicará oportunamente a cualquier proveedor que haya solicitado la calificación, su decisión al respecto. En caso de que una entidad contratante rechace una solicitud de calificación, o deje de reconocer a un proveedor como calificado, dicha entidad deberá, a solicitud del proveedor, proporcionarle sin demora una explicación por escrito de las razones de su decisión.

12. Nada de lo establecido en este Artículo impedirá a una entidad contratante prohibir la participación de un proveedor en una contratación por motivos tales como quiebra o declaraciones falsas.

Artículo 9.9: Procedimientos de Contratación

4. Sujeto a lo establecido en el párrafo 2, una entidad contratante adjudicará los contratos mediante procedimientos de licitación abiertos.
5. A condición de que los procedimientos de contratación no se utilicen como medio para evitar la competencia o para proteger a proveedores nacionales, una entidad contratante podrá adjudicar contratos por otros medios que no sean los procedimientos de licitación abiertos en las siguientes circunstancias:
    a. ante la ausencia de ofertas que cumplan con los requisitos esenciales establecidos en los documentos de contratación establecidos en un

aviso previo de contratación futura o invitación a participar, incluyendo cualquier condición para la participación, siempre que los requisitos del aviso o invitación inicial no se hayan modificado sustancialmente;

b. en el caso de obras de arte o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos de propiedad intelectual, tales como patentes o derechos de autor, o información reservada, o cuando por razones técnicas no haya competencia, las mercancías o servicios sólo puedan ser suministrados por un proveedor determinado y no exista otra alternativa o substituto razonable;
c. en el caso de entregas adicionales del proveedor original que tengan por objeto ser utilizados como repuestos, ampliaciones, o servicios continuos para equipo existente, programas de cómputo, servicios o instalaciones, cuando un cambio de proveedor obligue a la entidad a adquirir mercancías o servicios que no cumplan con los requisitos de compatibilidad con los equipos, programas de cómputo, servicios o instalaciones existentes;
d. en el caso de mercancías adquiridas en un mercado de productos básicos;
e. cuando una entidad contratante adquiera prototipos o un primer producto o servicio que se desarrolle a petición suya en el curso de, y para la ejecución de, un determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o desarrollo original. Una vez ejecutados dichos contratos, las adquisiciones posteriores de productos o servicios se ajustarán a lo dispuesto en este Capítulo;
f. en el caso de servicios adicionales de construcción, que no fueron incluidos en el contrato original, pero que figuran dentro de los objetivos de la documentación original de la contratación y que debido a circunstancias no previstas resulten necesarios para completar los servicios de construcción descritos. No obstante, el valor total de los contratos adjudicados para dichos servicios adicionales de construcción no excederá el 50% del monto del contrato original; o
g. en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando, por razones de urgencia ocasionadas por acontecimientos imprevisibles para la entidad contratante, sea imposible obtener las mercancías o servicios a tiempo mediante los procedimientos de licitación abiertos y el uso de estos procedimientos ocasionaría perjuicios graves a la entidad contratante, a sus responsabilidades con respecto a su programa, o a la Parte.

6. Una entidad contratante deberá mantener registros o preparar informes por escrito que señalen la justificación específica para todo contrato adjudicado de conformidad con el párrafo 2, de manera consistente con el Artículo 9.11.3.

Artículo 9.10: Adjudicación de Contratos

4. Una entidad contratante requerirá que, para que una oferta pueda ser considerada para la adjudicación, la misma deberá ser presentada por escrito y cumplir, al momento de ser presentada, con los requisitos esenciales de los documentos de contratación suministrados de antemano por la entidad

contratante a todos los proveedores participantes y proceder de un proveedor que cumpla con las condiciones de participación que la entidad contratante ha comunicado de antemano a todos los proveedores participantes.

5. Salvo que la entidad contratante determine que la adjudicación de un contrato se contrapone al interés público, la entidad contratante adjudicará el contrato a un proveedor que la entidad contratante ha determinado plenamente capaz para ejecutar el contrato y cuya oferta resulte la más ventajosa según los requisitos y criterios de evaluación establecidos en los documentos de contratación.

6. Ninguna entidad contratante podrá anular una contratación, o rescindir o modificar un contrato que haya adjudicado con el fin de evadir las obligaciones de este Capítulo.

Artículo 9.11: Información sobre la Adjudicación de Contratos

4. Una entidad contratante informará sin demora a los proveedores participantes las decisiones sobre la adjudicación de contratos. La entidad contratante deberá, a solicitud expresa del proveedor cuya oferta no haya sido elegida, facilitar información pertinente a las razones de dicha decisión y las ventajas relativas de la oferta ganadora.

5. Inmediatamente después de la adjudicación de un contrato en una contratación cubierta, la entidad contratante deberá publicar un aviso que incluya como mínimo la siguiente información sobre la adjudicación:

    a. el nombre de la entidad;
    b. una descripción de las mercancías o servicios incluidos en el contrato;
    c. el nombre del proveedor al cual se adjudicó el contrato;
    d. el valor de la adjudicación; y
    e. en caso de que la entidad no utilizara un procedimiento de licitación abierto, la indicación de las circunstancias que justificaron el procedimiento utilizado.

6. Una entidad contratante mantendrá registros e informes relacionados con los procedimientos de contratación y adjudicación de contratos en las contrataciones cubiertas por este Capítulo, incluyendo los registros e informes establecidos en el Artículo 9.9.3, durante al menos tres años después de la fecha de adjudicación de un contrato.

Artículo 9.12: Confidencialidad de la Información

3. Una Parte, sus entidades contratantes y sus autoridades de revisión no divulgarán información confidencial sin la autorización formal de la persona que la haya proporcionado cuando dicha divulgación pudiera perjudicar los intereses comerciales legítimos de una determinada persona o podría perjudicar la competencia leal entre los proveedores.

4. Nada de lo dispuesto en este Capítulo impedirá que una Parte o sus entidades

contratantes se abstengan de divulgar información si tal divulgación pudiese:

a. constituir un obstáculo para el cumplimiento de la ley;
b. perjudicar la competencia leal entre proveedores;
c. perjudicar los intereses comerciales legítimos de determinados proveedores o entidades, incluyendo la protección de la propiedad intelectual; o
d. ir de alguna otra forma en contra del interés público.

Artículo 9.13: Garantía de Integridad en las Prácticas de Contratación

De conformidad con el Artículo 18.8 (Medidas Anti-Corrupción), cada Parte adoptará o mantendrá procedimientos para declarar la inelegibilidad para participar en las contrataciones de la Parte, ya sea indefinidamente o por un período establecido, de los proveedores que la Parte determine que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación. Previa solicitud de otra Parte, la Parte identificará a los proveedores determinados
como inelegibles bajo estos procedimientos y cuando resulte apropiado, intercambiará información con respecto a estos proveedores o la actividad fraudulenta o ilegal.

Artículo 9.14: Excepciones

3. Siempre y cuando dichas medidas no se apliquen en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes cuando existan las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio entre las Partes, ninguna disposición de este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga medidas que sean:
    a. necesarias para proteger la moral, la seguridad o el orden públicos;
    b. necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal y vegetal;
    c. necesarias para proteger la propiedad intelectual; o
    d. relacionadas con mercancías o servicios de personas discapacitadas, de instituciones filantrópicas o del trabajo penitenciario.

4. Las Partes entienden que el párrafo 1(b) incluye medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida humana, animal y vegetal.

Artículo 9.15: Revisión Nacional de Impugnaciones de Proveedores

8. Cada Parte establecerá o designará al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial e independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a las obligaciones de la Parte y sus entidades bajo este Capítulo y para emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes. Cuando una autoridad que no sea dicha autoridad imparcial revise inicialmente una impugnación presentada por un proveedor, la Parte garantizará que los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial, independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación.

9. Cada Parte estipulará que la autoridad establecida o designada en el párrafo 1 podrá tomar medidas precautorias oportunas, mientras se encuentre pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad de

corregir un potencial incumplimiento del presente Capítulo, incluyendo la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado.

10. Cada Parte asegurará que sus procedimientos de revisión estén disponibles en forma escrita al público y que sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del respeto del debido proceso.

11. Cada Parte garantizará que todos los documentos relacionados a una impugnación de una contratación estén a disposición de cualquier autoridad imparcial establecida o designada de acuerdo con el párrafo 1.

12. Una entidad contratante contestará por escrito el reclamo de un proveedor.

13. Cada Parte asegurará que una autoridad imparcial que se establezca o designe en virtud del párrafo 1 suministre lo siguiente a los proveedores:
    a. un plazo suficiente para preparar y presentar las impugnaciones por escrito el cual, en ningún caso será menor a 10 días, a partir del momento en que el fundamento de la reclamación fue conocido por el proveedor o en que razonablemente debió haber sido conocido por este;
    b. una oportunidad de revisar los documentos relevantes y ser escuchados por la autoridad de manera oportuna;
    c. una oportunidad de contestar a la respuesta de la entidad contratante a la reclamación del proveedor; y
    d. la entrega sin demora y por escrito de sus conclusiones y recomendaciones con respecto a la impugnación, junto con una explicación de los fundamentos utilizados para tomar cada decisión.

14. Cada Parte garantizará que la presentación de una impugnación de parte de un proveedor no perjudique la participación del proveedor en licitaciones en curso o futuras.

Artículo 9.16: Modificaciones y Rectificaciones a la Cobertura

5. Una Parte puede realizar rectificaciones técnicas de naturaleza puramente formal con respecto a la cobertura de este Capítulo, o modificaciones menores a sus Listas para las Secciones de la A a la C, de los Anexos 9.1.2(b)(i), 9.1.2(b)(ii) y 9.1.2(b)(iii); siempre y cuando notifique a las otras Partes por escrito y que ninguna otra Parte objete por escrito dentro de los 30 días siguientes a la notificación. Una Parte que realice dicha rectificación o modificación menor, no estará obligada a proveer ajustes compensatorios a las otras Partes.

6. Una Parte puede modificar su cobertura en virtud de este Capítulo siempre y cuando:
    a. notifique a las otras Partes por escrito, y ninguna otra Parte objete por escrito dentro de los 30 días después de la notificación; y

b. salvo lo dispuesto en el párrafo 3, ofrezca a las otras Partes dentro de 30 días después de haber notificado a las otras Partes, ajustes compensatorios aceptables para mantener un nivel de cobertura comparable al que existía antes de la modificación.

7. Las Partes no deberán otorgar ajustes compensatorios en los casos en que la modificación propuesta cubra una o más entidades contratantes en las que las Partes acuerdan que el control o la influencia gubernamental ha sido eficazmente eliminado. En el caso de que las Partes no concuerden en que dicho control o influencia haya sido eliminado efectivamente, la Parte o Partes objetantes pueden solicitar mayor información o consultas con miras a clarificar la naturaleza de cualquier control o influencia gubernamental y llegar a un acuerdo con respecto a la continuidad de la cobertura de la entidad contratante en virtud de este Capítulo.

8. La Comisión modificará la sección correspondiente de los Anexos 9.1.2(b)(i), 9.1.2.(b)(ii) y 9.1.2(b)(iii) de manera que refleje cualquier modificación acordada, rectificación técnica o modificación menor.

Artículo 9.17: Definiciones
Para efectos de este Capítulo:

condiciones compensatorias especiales significan las condiciones o compromisos impuestos o considerados por una entidad contratante, que fomenten el desarrollo local o mejoren las cuentas de la balanza de pagos de una Parte a través de requisitos de contenido local, licencias para el uso de tecnología, inversiones, comercio compensatorio o requisitos similares;

contrato de construcción-operación-transferencia y **contrato de concesión de obras públicas** significa cualquier arreglo contractual cuyo principal objetivo es disponer la construcción o rehabilitación de infraestructura física, plantas, edificios, instalaciones u otras obras públicas, bajo el cual, en consideración de la ejecución de un contrato por parte de un proveedor, una entidad contratante otorga al proveedor, por un período determinado, la propiedad temporaria, si tal propiedad es permitida por la Parte, o el derecho de controlar, operar, y exigir el pago para el uso de dichas obras durante la vigencia del contrato;

entidad contratante significa una entidad listada en los Anexos 9.1.2(b)(i), 9.1.2(b)(ii) y 9.1.2(b)(iii);

escrito o **por escrito** significa toda expresión en palabras o números que puede ser leída, reproducida y posteriormente comunicada e incluye información transmitida y almacenada electrónicamente;

especificación técnica significa una especificación que establece las características de las mercancías a ser adquiridas o sus procesos y métodos de producción conexos, o las características de servicios a ser adquiridos o sus métodos de

operación relacionados, incluyendo las disposiciones administrativas aplicables y los requisitos relacionados con los procedimientos de evaluación que una entidad fija. Una especificación técnica también puede incluir o referirse exclusivamente a materias relativas a terminología, símbolos, embalaje, o requisitos de marcado o etiquetado aplicables a una mercancía, proceso, servicio, o método de producción u operación;

procedimientos de licitación abiertos significa cualquier tipo de método de contratación de una Parte, excepto métodos de contratación directa según lo establecido en el Artículo 9.9.2, siempre que dichos métodos sean consistentes con este Capítulo;

proveedor significa una persona que ha provisto, provee o podría proveer mercancías o servicios a una entidad contratante;

publicar significa difundir información a través de un medio electrónico o en papel, que se distribuye ampliamente y se encuentre fácilmente disponible al público en general; y

servicios incluye servicios de construcción, a menos que se especifique lo contrario.

Anexo 9.1.2(b)(i)

Sección A: Entidades de Gobierno de Nivel Central

1. Este Capítulo se aplica a las entidades del gobierno a nivel central listadas en la Lista de cada Parte para esta Sección, donde el valor de las contrataciones se ha estimado de conformidad con el párrafo 1 de la Sección H, que sea igual o superior a:
   a. para contrataciones de mercancías y servicios:
      i. US$58,550; o
      ii. en el caso de las Partes Centroamericanas y la República Dominicana, para los tres años siguientes a la entrada en vigor de este Tratado, US$117,100; y

   b. para contrataciones de servicios de construcción:
      i. US$ 6,725,000; o
      ii. en el caso de las Partes Centroamericanas y la República Dominicana, para los tres años siguientes a la entrada en vigor de este Tratado, US$8,000,000.

Los umbrales monetarios establecidos en los subpárrafos (a)(i) y (b)(i) deberán ser ajustados de acuerdo con la Sección H de este Anexo.

Lista de El Salvador:

1. Ministerio de Defensa1
2. Ministerio de Hacienda
3. Ministerio de Relaciones Exteriores
4. Ministerio de Gobernación2
5. Ministerio de Educación1
6. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social1

7. Ministerio de Trabajo y Previsión Social
8. Ministerio de Economía
9. Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales
10. Ministerio de Obras Públicas
11. Ministerio de Agricultura y Ganadería

Notas a la Lista de El Salvador:
1. Ministerio de Defensa, Ministerio de Educación y Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social: Este Capítulo no se aplica a las contrataciones de mercancías contenidas en la Sección 2 (alimentos, bebidas y tabaco; textiles, prendas de vestir y productos de cuero) del Clasificador Central de Productos (CPC versión 1.1) de las Naciones Unidas.
2. Ministerio de Gobernación: Este Capítulo no se aplica a las contrataciones de mercancías contenidas en la Sección 2 (alimentos, bebidas y tabaco; textiles, prendas de vestir y productos de cuero) del CPC versión 1.1 de las Naciones Unidas, para la Policía Nacional Civil.

Sección B: Entidades Gubernamentales a Nivel Sub-central
1. Este Capítulo se aplica a las entidades del Gobierno a nivel sub-central listadas en la Lista de cada Parte para esta Sección, donde el valor de las contrataciones se ha estimado de conformidad con el párrafo 1 de la Sección H, que sea igual o superior a:
(a) para contrataciones de mercancías y servicios:
(i) US$477,000; o
(ii) En el caso de las Partes Centroamericanas y la República Dominicana, para los tres años siguientes a la entrada en vigor de este Tratado, US$650,000; y
(b) para contrataciones de servicios de construcción:
(i) US$6,725,000; o
(ii) En el caso de las Partes Centroamericanas y la República Dominicana, para los tres años siguientes a la entrada en vigor de este Tratado, US$8,000,000.
Los umbrales monetarios establecidos en los subpárrafos (a)(i) y (b)(i) deberán ser ajustados de acuerdo con la Sección H de este Anexo.
2. Este Capítulo se aplica únicamente a las entidades listadas en la Lista de cada Parte en esta Sección.

Lista de El Salvador:
1. Municipalidad de San Salvador
2. Municipalidad de Mejicanos
3. Municipalidad de Ilopango
4. Municipalidad de Santiago Texacuangos
5. Municipalidad de Santa Ana
6. Municipalidad de Sesori
7. Municipalidad de Nueva Guadalupe
8. Municipalidad de Santa Tecla
9. Municipalidad de Ciudad Arce
10. Municipalidad de Santa Elena
11. Municipalidad de San Agustín
12. Municipalidad de Estanzuelas

13. Municipalidad de Mercedes Umaña
14. Municipalidad de Alegría
15. Municipalidad de Nueva Granada
16. Municipalidad de Sonsonate
17. Municipalidad de Acajutla
18. Municipalidad de San Julián
19. Municipalidad de La Unión
20. Municipalidad de San Alejo
21. Municipalidad de Conchagua
22. Municipalidad de Bolívar
23. Municipalidad de San Rafael Obrajuelo
24. Municipalidad de Tejutla
25. Municipalidad de La Reina

Sección C: Otras Entidades Cubiertas

1. Este Capítulo se aplica a las otras entidades cubiertas listadas en la Lista de cada Parte para esta Sección, donde el valor de las contrataciones se ha estimado de conformidad con el párrafo 1 de la Sección H, que sea igual o superior a:

(a) para contrataciones de mercancías y servicios:

(i) de las entidades de la Lista A, US$250,000; o

(ii) de las entidades de la Lista B, US$538,000; y

(b) para contrataciones de servicios de construcción de las entidades de las Listas A y

B:

(i) US$6,725,000; o

(ii) en el caso de las Partes Centroamericanas y la República Dominicana, para los tres años siguientes a la entrada en vigor de este Tratado, US$8,000,000.

Los umbrales monetarios establecidos en los subpárrafos (a)(ii) y (b)(i) deberán ser ajustados de acuerdo con la Sección H de este Anexo.

2. A menos que se establezca lo contrario, este Capítulo cubre solo las entidades listadas en la Lista de cada Parte en esta Sección.

Lista de El Salvador:

Lista A:

1. Consejo de Vigilancia de la Contaduría Pública
2. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología
3. Consejo Salvadoreño del Café
4. Consejo Superior de Salud Pública
5. Corporación Salvadoreña de Turismo
6. Federación Salvadoreña de Fútbol
7. Feria Internacional de El Salvador
8. Fondo de Inversion Social para el Desarrollo Local
9. Hogar de Ancianos “Narcisa Castillo,” Santa Ana
10. Hospital Nacional “Benjamin Bloom”
11. Hospital Nacional “Dr. Luis Edmundo Vásquez,” Chalatenango
12. Hospital Nacional “Francisco Menéndez,” Ahuachapán
13. Hospital Nacional “Juan José Fernández” Zacamil
14. Hospital Nacional “San Juan de Dios,” San Miguel

15. Hospital Nacional “San Juan de Dios,” Santa Ana
16. Hospital Nacional “San Juan de Dios,” Sonsonate
17. Hospital Nacional “San Pedro", Usulután
18. Hospital Nacional “San Rafael” Nueva San Salvador
19. Hospital Nacional “Santa Gertrudis,” San Vicente
20. Hospital Nacional “Santa Teresa” Zacatecoluca
21. Hospital Nacional de Ciudad Barrios
22. Hospital Nacional de Cojutepeque
23. Hospital Nacional de Ilobasco
24. Hospital Nacional de Jiquilisco
25. Hospital Nacional de La Unión
26. Hospital Nacional de Maternidad “Dr. Raúl Argüello Escolán”
27. Hospital Nacional de Metapán
28. Hospital Nacional de Nueva Concepción
29. Hospital Nacional de Nueva Guadalupe
30. Hospital Nacional de San Francisco Gotera
31. Hospital Nacional de Santa Rosa de Lima
32. Hospital Nacional de Santiago de María
33. Hospital Nacional de Sensuntepeque
34. Hospital Nacional de Suchitoto
35. Hospital Nacional Neumológico “Dr. José Antonio Saldaña”
36. Hospital Nacional Psiquiátrico “Dr. José Molina Martínez”
37. Hospital Nacional San Bartolo
38. Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos
39. Instituto Nacional de los Deportes de El Salvador
40. Instituto Salvadoreño de Desarrollo de la Mujer
41. Instituto Salvadoreño de Desarrollo Municipal
42. Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo
43. Instituto Salvadoreño de Formación Profesional
44. Instituto Salvadoreño de Protección al Menor
45. Instituto Salvadoreño de Rehabilitación de Inválidos
46. Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria
47. Instituto Salvadoreño de Turismo
48. Registro Nacional de las Personas Naturales
49. Superintendencia de Pensiones
50. Superintendencia de Valores
51. Unidad Técnica Ejecutiva
52. Complejo Pesquero
53. Corporación Salvadoreña de Inversiones
54. Comisión Ejecutiva Portuaria Autónoma
55. Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa

Lista B
1. Centro Nacional de Registros
2. Hospital Nacional Rosales
3. Superintendencia General de Energía y Telecomunicaciones

Notas a la lista de El Salvador:

Este Capítulo no se aplica a las contrataciones por parte de las entidades listadas en la Lista A No. 10 al 37 y en la Lista B No. 2, de mercancías contenida en las Sección 2 (alimentos, bebidas y tabaco; textil, confección y productos de cuero) del CPC versión 1.1.

Sección D
Mercancías
Este Capítulo aplica a todos las mercancías adquiridas por las entidades listadas en las Secciones de la A a la C, sujeto a las Notas a las Secciones respectivas y a las Notas Generales.

Sección E
Servicios
Este Capítulo aplica a todos los servicios contratados por las entidades listadas en las Secciones de la A a la C, sujeto a las Notas a las respectivas Secciones, las Notas Generales y a las Notas para esta Sección, excepto para los servicios excluidos en las Listas de cada Parte.
Todos los servicios cubiertos por esta Sección están sujetos a las medidas existentes listadas en las Lista de cada Parte al Anexo I.

Lista de El Salvador:
Ningún servicio está excluido.

Sección F
Servicios de Construcción
Este Capítulo se aplica a todos los servicios de construcción de todas las Partes contratados por las entidades listadas en las Secciones de la A a la C, sujetos a las Notas correspondientes a cada Sección y a las Notas Generales. Todos los servicios de construcción cubiertos por esta Sección están sujetos a las medidas existentes listadas en la Lista de cada Parte del Anexo I.

Sección G
Notas Generales
Excepto cuando se establezca lo contrario, las siguientes Notas Generales en la Lista de cada Parte se aplican sin excepción a este Capítulo, incluyendo a todas las secciones de este Anexo.

Lista de El Salvador:
Este Capítulo no se aplica a las contrataciones por una entidad salvadoreña de una mercancía o servicio obtenido o adquirido de otra entidad salvadoreña.

Sección I
Mecanismos de Transición
1. Cada Parte realizará los mejores esfuerzos por cumplir con las obligaciones listadas en la Lista de cada Parte de esta Sección, durante los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigor de este Tratado. Las Notas a la Lista de cada Parte se aplicarán durante dicho periodo de dos años. En adelante, cada Parte deberá cumplir plenamente estas obligaciones.

Anexo 9.1.2(b)(ii)
Sección A: Entidades
Para Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua:
(a) este Capítulo se aplica a las contrataciones cubiertas por parte de las entidades de Gobierno a nivel central, sub-central y otras entidades de Gobierno, sujetas a la Sección I (Mecanismos de Transición) del Anexo 9.1.2(b)(i), y las Notas Generales de este Anexo; y
(b) sin perjuicio del subpárrafo (a), y sujeto a los Artículos 9.2 y 9.3, cada Parte aplicará su legislación a las contrataciones de las entidades:
(i) cubiertas en el Anexo 9.1.2(b)(i) cuando el valor estimado de la contratación sea menor que el umbral aplicable establecido en las Secciones A, B o C, de ese Anexo; y
(ii) para las entidades que no están cubiertas en el Anexo 9.1.2(b)(i).

Sección B: Mercancías
Para Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua, este Capítulo se aplica a las contrataciones de mercancías por parte de las entidades listadas en la Secció n A, sujeto a las Notas Generales, y salvo disposición en contrario en la Sección A.

Sección C: Servicios
Para Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua, este Capítulo se aplica a las contrataciones de todos servicios, por parte de las entidades listadas en la Sección A, sujetas a las medidas existentes listadas en la Lista del Anexo I de cada Parte y las Notas Generales, y salvo disposición en contrario en la Sección A.

Sección D: Servicios de Construcción
Para Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua, este Capítulo se aplica a las contrataciones de todos los servicios de construcción por parte de las entidades listadas en la Sección A, sujetas a las medidas existentes listadas en la Lista del Anexo I de cada Parte, sujeto a las Notas Generales, y salvo disposición en contrario en la Sección A.

Sección E: Notas Generales
Lista de El Salvador
Este Capítulo no aplica a las contrataciones por una entidad salvadoreña de una mercancía o servicio obtenido o adquirido de otra entidad salvadoreña.

Anexo 9.1.2(b)(iii)
Sección A: Entidades
Para cada Parte Centroamericana y la República Dominicana:
(a) este Capítulo se aplica a las contrataciones cubiertas por parte de las entidades de gobierno a nivel central, sub-central y otras entidades de gobierno, sujetas a las Secciones G (Notas Generales)1 2 3 e I (Mecanismos de Transición) del Anexo 9.1.2(b)(i), excepto las incluídas en la lista de cada Parte para esta Sección; y
(b) sin perjuicio del subpárrafo (a) y sujeto a lo establecido en los Artículos 9.2, 9.3 y 9.15 y sujeto a las Notas Generales de este Anexo, cada Parte aplicará su legislación

a las contrataciones de las entidades:
(i) cubiertas en el Anexo 9.1.2(b)(i) cuando el valor estimado de la contratación sea menor que el umbral aplicable establecido en las Secciones A, B o C, de ese Anexo; y
(ii) que no están cubiertas en el Anexo 9.1.2(b)(i).

II. El Salvador– República Dominicana
El Salvador y República Dominicana no excluirán ninguna institución de la cobertura de este Capítulo.

Sección B: Mercancías
Para cada Parte Centroamericana y la República Dominicana, este Capítulo se aplica a las contrataciones de todas las mercancías por parte de las entidades cubiertas de conformidad con la Sección A, sujeto a las Notas Generales, y salvo disposición en contrario en la Sección A.
Este Capítulo no se aplica, con respecto a cada Parte Centroamericana y la República Dominicana, a la compra de armas, municiones, material de guerra o cualquier otra contratación indispensable para la seguridad nacional, seguridad pública o para fines de defensa nacional.

Sección C: Servicios
Para cada Parte Centroamericana y la República Dominicana, este Capítulo se aplica a las contrataciones de todos los servicios, por parte de las entidades cubiertas de conformidad con la Sección A, sujetas a las medidas existentes listadas en la Lista del Anexo I de cada Parte, y las Notas Generales, y salvo disposición en contrario en la Sección A.

Sección D: Servicios de Construcción
Para cada Parte Centroamericana y la República Dominicana, este Capítulo no se aplica a la construcción de obras públicas ni a la concesión de obra pública en general, no obstante cada Parte Centroamericana y la República Dominicana deberán iniciar consultas con miras a determinar la viabilidad y conveniencia de incluir dentro de la cobertura de este Capítulo la construcción de obras públicas y la concesión de obra pública en general.

Sección E: Notas Generales
II. El Salvador – República Dominicana
Lista de El Salvador- República Dominicana
1. Este capítulo no se aplica a los bienes, contrataciones de obras, servicios y suministros de carácter estratégico adquiridos por las instituciones públicas:
(a) para salvaguardar las fronteras, recursos naturales sujetos a régimen internacional o la integridad territorial del país;
(b) a la compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios indispensables para solucionar situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme a la ley; y
(c) a la compra y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que sean necesarios y urgentes para resolver situaciones de interés nacional o beneficio social.

2. Este capítulo no se aplica a las compras financiadas por fondos provenientes de préstamos y donaciones, que a favor de cualquiera de las Partes, sus entidades, instituciones y municipalidades hagan personas, entidades, asociaciones, organismos internacionales u otros Estados o Gobiernos extranjeros, los cuales se regirán únicamente por lo convenido en dichos préstamos y donaciones, en razón de que esos financiamientos son precedidos por contratos con estipulaciones especiales.
3. Este capítulo no se aplica a la adquisición de bienes, servicios y suministros entre las dependencias de los organismos del Estado, y entre éstas y las entidades descentralizadas, desconcentradas, autónomas y municipalidades.
4. Este capítulo no se aplica a la adquisición de bienes, servicios y suministros que se hagan o fabriquen en dependencias de la administración pública, instituciones oficiales autónomas o en las municipalidades.
5. Este capítulo no se aplica a:
(a) artículos que deban adquirirse en plaza para recepciones y festejos oficiales;
(b) artículos que deban adquirirse en el exterior de la República para ser usados en oficinas también del exterior;
(c) suscripciones o publicaciones en periódicos, filmaciones, ediciones y anuncios en canales de televisión;
(d) contratación de servicios profesionales individuales en general.

Capítulo Dieciocho
Transparencia
Sección A: Transparencia

Artículo 18.1: Puntos de Enlace
1. Cada Parte designará, dentro de los 60 días siguientes a la fecha de entrada en vigor de este Tratado, un punto de enlace para facilitar las comunicaciones entre las Partes sobre cualquier asunto comprendido en este Tratado.
2. A solicitud de otra Parte, el punto de enlace indicará la oficina o funcionario responsable del asunto y prestará el apoyo que se requiera para facilitar la comunicación con la Parte solicitante.

Artículo 18.2: Publicación
1. Cada Parte se asegurará que sus leyes, reglamentos, procedimientos, y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en este Tratado, se publiquen a la brevedad o de otra forma se pongan a disposición para conocimiento de las personas o Partes interesadas.
2. En la medida de lo posible, cada Parte deberá:
(a) publicar por adelantado cualquier medida que se proponga adoptar; y
(b) brindar a las personas y Partes interesadas oportunidad razonable para formular observaciones sobre las medidas propuestas.

Artículo 18.3: Notificación y Suministro de Información
1. Cada Parte notificará, a cualquier otra Parte que tenga interés en el asunto, en la mayor medida de lo posible, toda medida vigente o en proyecto que considere que pudiera afectar materialmente el funcionamiento de este Tratado o que de otra forma

afecte sustancialmente los intereses de esa otra Parte en los términos de este Tratado.
2. A solicitud de otra Parte, una Parte proporcionará información y dará respuesta pronta a las preguntas relativas a cualquier medida vigente o en proyecto, sin perjuicio que esa otra Parte haya o no sido notificada previamente sobre esa medida.
3. Cualquier notificación o información suministrada de conformidad con este Artículo se realizará sin perjuicio de que la medida sea o no compatible con este Tratado.

Artículo 18.4: Procedimientos Administrativos
Con el fin de administrar en forma compatible, imparcial, y razonable todas las medidas de aplicación general que afecten los aspectos que cubre este Tratado, cada Parte se asegurará de que, en sus procedimientos administrativos en que se apliquen las medidas mencionadas en el Artículo 18.2 respecto a personas, mercancías, o servicios en particular de otra Parte en casos específicos:
(a) siempre que sea posible, las personas de esa otra Parte que se vean directamente afectadas por un procedimiento, reciban conforme a las disposiciones internas, aviso razonable del inicio del mismo, incluidas una descripción de su naturaleza, una declaración de la autoridad legal conforme a la cual el procedimiento es iniciado, y una descripción general de todas las cuestiones controvertidas;
(b) cuando el tiempo, la naturaleza del procedimiento y el interés público lo permitan, dichas personas reciban una oportunidad razonable para presentar hechos y argumentos en apoyo de sus pretensiones, previamente a cualquier acción administrativa definitiva; y
(c) sus procedimientos se ajusten a la legislación interna.

Artículo 18.5: Revisión e Impugnación
1. Cada Parte establecerá o mantendrá tribunales o procedimientos judiciales, cuasijudiciales, o de naturaleza administrativa para efectos de la pronta revisión y, cuando se justifique, la corrección de las acciones administrativas definitivas relacionadas con los asuntos comprendidos en este Tratado. Estos tribunales serán imparciales y no estarán vinculados con la dependencia ni con la autoridad encargada de la aplicación administrativa de la ley, y no tendrán interés sustancial en el resultado del asunto.
2. Cada Parte se asegurará que, ante dichos tribunales o en esos procedimientos, las partes tengan derecho a:
(a) una oportunidad razonable para apoyar o defender sus respectivas posturas; y
(b) una resolución fundada en las pruebas y argumentaciones o, en casos donde lo requiera la legislación interna, en el expediente compilado por la autoridad administrativa.
3. Cada Parte se asegurará de que, con apego a los medios de impugnación o revisión ulterior a que se pudiese acudir de conformidad con su legislación interna, dichas resoluciones sean implementadas por las dependencias o autoridades y rijan la práctica de las mismas en lo referente a la acción administrativa en cuestión.

Artículo 18.6: Definiciones
Para efectos de esta Sección:
resolución administrativa de aplicación general significa una resolución o interpretación administrativa que se aplica a todas las personas y situaciones de

hecho que generalmente entren en su ámbito, y que establece una norma de conducta, pero no incluye:
(a) resoluciones o fallos en un procedimiento administrativo o cuasi-judicial que se aplica a una persona, mercancía o servicio en particular de otra Parte en un caso específico; o
(b) un fallo que resuelva respecto de un acto o práctica en particular.

Sección B: Anti-Corrupción
Artículo 18.7: Declaración de Principio
Las Partes afirman su resolución de eliminar el soborno y la corrupción en el comercio e inversión internacional.

Artículo 18.8: Medidas Anti-Corrupción
1. Cada Parte adoptará o mantendrá las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su legislación interna, en asuntos que afecten el comercio o inversión internacional, a:
(a) un funcionario público de esa Parte o una persona que desempeñe funciones públicas para esa Parte que solicite intencionalmente o acepte, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como favor, promesa o ventaja, para sí mismo o para otra persona, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
(b) cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que ofrezca u otorgue intencionalmente, directa o indirectamente, a un funcionario público de esa Parte o a una persona que desempeñe funciones públicas para esa Parte, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, como favor, promesa, o ventaja, para sí mismo u otra persona, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas;
(c) cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que intencionalmente ofrezca, prometa, u otorgue cualquier ventaja pecuniaria indebida o de otra índole, directa o indirectamente, a un funcionario extranjero, para ese funcionario o para otra persona, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en la ejecución de las funciones oficiales, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la conducción de negocios internacionales; y
(d) cualquier persona sujeta a la jurisdicción de esa Parte que ayude o instigue, o conspire en, la comisión de cualquiera de las ofensas descritas en los subpárrafos (a) al (c).
2. Cada Parte adoptará o mantendrá penas y procedimientos adecuados para hacer cumplir las medidas penales adoptadas o mantenidas de conformidad con el párrafo 1.
3. En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las empresas, la Parte velará por que éstas empresas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, para cualquiera de las ofensas descritas en el párrafo 1.
4. Cada Parte se esforzará por adoptar o mantener las medidas apropiadas para proteger a aquellas personas que, de buena fe, denuncien los actos de soborno o corrupción descritos en el párrafo 1.

Artículo 18.9: Cooperación en Foros Internacionales
Las Partes reconocen la importancia de las iniciativas regionales y multilaterales para eliminar el soborno y la corrupción en el comercio e inversión internacional. Las Partes trabajarán conjuntamente para promover y apoyar iniciativas apropiadas en foros de relevancia internacional.

Artículo 18.10: Definiciones
Para efectos de esta Sección:
actuar o abstenerse de actuar en la ejecución de las funciones oficiales incluye cualquier uso de la posición como funcionario, ya sea dentro o fuera de su competencia autorizada;
función pública significa toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre de una Parte o al servicio de una Parte, tal como la contratación pública, a nivel del gobierno central;
funcionario extranjero significa cualquier persona de un país extranjero que desempeñe un cargo legislativo, administrativo, o judicial, en cualquier nivel de gobierno, que haya sido designado o electo; cualquier persona ejerciendo la función pública para un país extranjero en cualquier nivel de gobierno, incluyendo una agencia pública o empresa pública; y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional; y
funcionario público significa cualquier funcionario o empleado de una Parte a nivel del gobierno central, que haya sido designado o electo.

Anexo 20.2
Anulación o Menoscabo
1. Las Partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias de este Capítulo, cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga al Tratado, consideren que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones:
(a) Capítulos Tres al Cinco (Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado, Reglas de Origen y Procedimientos de Origen, y Administración Aduanera y Facilitación del Comercio),
(b) Capítulo Siete (Obstáculos Técnicos al Comercio);
(c) Capítulo Nueve (Contratación Pública);
(d) Capítulo Once (Comercio Transfronterizo de Servicios); o
(e) Capítulo Quince (Derechos de Propiedad Intelectual).
2. Las Partes no podrán invocar el párrafo 1(d) o (e) en relación con las medidas sujetas a una excepción de conformidad con el Artículo 21.1 (Excepciones Generales).

ANEXO IV

LOS INCOTERMS
NORMAS INTERNACIONALES DE COMERCIO

Noción de INCOTERMS

A medida que aumenta el volumen y la complejidad de las operaciones comerciales internacionales, también crecen las posibilidades de malentendidos y de litigios costosos cuando los contratos de compraventa no se redactan adecuadamente. Los Incoterms©, términos comerciales internacionales creados por la Cámara de Comercio Internacional en 1936, facilitan la gestión del comercio internacional.

Mediante el uso de los Incoterms©, los exportadores fijan los precios de manera que tanto los gastos como los riesgos del transporte internacional se reparten con claridad entre el vendedor y el comprador. También cubren las responsabilidades relativas al seguro (en los términos CIF y CIP) y a las formalidades aduaneras.

Utilidad de los Incoterms©

El objeto de los Incoterms© es el de establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos más utilizados en el comercio internacional. Así podrán evitarse las incertidumbres derivadas de las distintas interpretaciones de tales términos en diferentes países, o, por lo menos, podrán reducirse en gran medida.

De querer hacerse uso de estos términos, se deberá especificar el sometimiento a los mismos en el contrato de compraventa que se celebre; indicando "Incoterms© 2000", haciéndose referencia de forma explícita, (por ejemplo, "FOB Rotterdam, Incoterms© 2000"). Los Incoterms© establecen obligaciones entre el vendedor y el comprador en un contrato de compraventa; no deben confundirse con la asignación de responsabilidades entre el expedidor, el transportista y el destinatario en el contrato de transporte.

Los Incoterms© indican al comprador lo que se "incluye" en el precio de compra, ya que los costes de transporte, los riesgos, las obligaciones referentes al seguro y las formalidades aduaneras se reparten entre la empresa compradora y la vendedora.

Existen trece Incoterms© . Pueden representarse como una escalera en la que en cada peldaño aumenta la responsabilidad, desde el establecimiento del vendedor hasta el establecimiento del comprador. Así, el Incoterm© que representa la

responsabilidad mínima para la empresa vendedora es el EXW (En fábrica; Ex Works en inglés), que generalmente se utiliza cuando la entrega se realiza en la fábrica o almacén del vendedor. En el otro extremo encontramos el Incoterm© DDP (Entregada). Derechos pagados; Delivered Duty Paid (en inglés), que representa la responsabilidad máxima para el vendedor, con entrega en el establecimiento del comprador.

Forma correcta de incorporarlos en el contrato

La remisión a los Incoterms© debe efectuarse con una mención explícita. La práctica habitual de facilitar el precio como sigue: "$100/ton FOB New York" (sin una referencia explícita a los "Incoterms© de 2000") puede ser PELIGROSA: el derecho de aplicar los Incoterms© al contrato puede perderse si no se incluye una referencia explícita. El contrato está sometido a las definiciones legales del país, hecho que puede acarrear resultados sorprendentes (por ejemplo, la definición estadounidense de FOB puede diferir bastante de la definición incluida en los Incoterms©). La formulación correcta en el contrato anterior debería ser "$100/ton FOB New York Incoterms© 2000".

La fuerza legal de los Incoterms©

Con frecuencia la naturaleza jurídica de los Incoterms© se interpreta incorrectamente. Los Incoterms© pertenecen a la contratación y no a la legislación. Se aplican al contrato cuando puede demostrarse que ésta era la intención de las partes contratantes. Si no se incluyen en el contrato de compraventa, es posible que no puedan invocarse si surge un conflicto; en su lugar se aplicará, posiblemente, la legislación del país.

Sin embargo, existen excepciones a esta norma. Si la costumbre mercantil, las condiciones generales de compraventa, los usos comerciales o las operaciones precedentes demuestran que se querían emplear los Incoterms©, se aplican incluso en ausencia de mención explícita en el contrato. En algunos ordenamientos jurídicos los usos y costumbres gozan de un gran peso específico y quizá se considere que los Incoterms© constituyen una práctica mercantil habitual. En estos países, los tribunales civiles o los árbitros pueden acogerse a la regulación del Incoterm© para resolver el pleito, aunque el Incoterm© no se haya incluido en el contrato.

Necesidad de conocer los Incoterms© con detalle

Desgraciadamente muchos empresarios tienen sólo una idea general de las

diferencias entre Incoterms© como EXW, FOB, CIF o DDP. Como consecuencia, no están preparados ante los imprevistos que pueden surgir relativos a la transmisión del riesgo, carga y descarga, despacho de aduanas y seguro. Por ejemplo, una de las dudas más comunes en la compraventa internacional consiste en saber quién es el responsable de cargar (o descargar) la mercancía. El conocimiento de los Incoterms© permite resolver esta cuestión.

Qué temas tratan los Incoterms©

Los Incoterms© no cubren todos los aspectos jurídicos o relativos al transporte que pueden surgir en una compraventa internacional. Los Incoterms© son como notas taquigráficas contractuales, que permiten especificar con sencillez:

a. el costo del transporte que asume el vendedor;

b. el lugar en el que el riesgo de pérdida se transmite de vendedor a comprador;

c. quién asume las formalidades aduaneras y quién paga los derechos de aduana; y,

d. en condiciones CIF y CIP, la obligación del vendedor de proveer la cobertura del seguro.

Hay otros detalles que deben tratarse de forma explícita en el contrato. No debe esperarse que los Incoterms© suplan las imprecisiones del contrato. En muchos casos es aconsejable que el contrato incluya instrucciones precisas referentes al método y lugar exacto de entrega, gastos de carga y descarga, amplitud del seguro y tipo de transporte. Además, los Incoterms© sólo describen las obligaciones de las partes, pero no indican cuándo debe hacerse alguna cosa porque es prudente o aconsejable.

Transmisión de la propiedad

Uno de los aspectos clave no tratado por los Incoterms© es el de la transmisión de la propiedad o título de propiedad. De hecho, no existe ninguna iniciativa de armonización jurídica internacional referente a este asunto, y la Convención de Viena -relativa al contrato de compraventa internacional de mercancías- tampoco lo

resuelve.

Puesto que las leyes sobre la transmisión de los derechos de propiedad difieren de un país a otro, puede ser conveniente incluir en el contrato alguna disposición al respecto, pero sólo después de determinar qué permite la ley aplicable. En muchas jurisdicciones el vendedor puede retener el dominio y la propiedad hasta que se paga totalmente el precio de compra, incluso si se tardan años. Normalmente esta "reserva de dominio" del vendedor se fija en una cláusula del contrato.

LOS 13 INCOTERMS© 2000

Existen 13 Incoterms©, que describen las responsabilidades del comprador y el vendedor en el comercio internacional. La definición completa y oficial de cada término comercial y las responsabilidades de ambas partes se encuentra comprendida en la **publicación de la Cámara de Comercio Internacional - Publicación 560**, que puede ser obtenida en las oficinas de esa organización en cada país.

Los términos en la nueva versión son los siguientes:

EXW EN FÁBRICA (....lugar convenido)

FCA FRANCO TRANSPORTISTA (...lugar convenido)

FAS FRANCO AL COSTADO DEL BUQUE (...puerto de carga convenido)

FOB FRANCO A BORDO (...puerto de carga convenido)

CFR COSTO Y FLETE (...puerto de destino convenido)

CIF COSTO, SEGURO Y FLETE (...puerto de destino convenido)

CPT TRANSPORTE PAGADO HASTA (...lugar de destino convenido)

CIP TRANSPORTE Y SEGURO PAGADO HASTA (...lugar de destino convenido)

DAF ENTREGADA EN FRONTERA (...puerto de destino convenido)

DES ENTREGADA SOBRE BUQUE (...puerto de destino convenido)

DEQ ENTREGADA EN MUELLE DERECHOS PAGADOS (...puerto de destino convenido)

DDU ENTREGADA DERECHOS NO PAGADOS (...lugar de destino convenido)

DDP ENTREGADA DERECHOS PAGADOS (...lugar de destino convenido)

Los cuatro grupos de INCOTERMS

Los **Incoterms** son supervisados y administrados por la **Cámara de Comercio internacional en París** y son incluidos por las principales naciones comerciales del mundo. Actualmente hay 13 Incoterms en uso, y pueden ser considerados en términos de la base citada arriba. Toda los Incoterms actuales están descritos abajo en un orden ascendente a la responsabilidad del vendedor.

Grupo E (Salida) -Bajo EXW, el vendedor reduce al mínimo su riesgo, teniendo las mercancías disponibles en su fábrica o lugar de negocio.

En fábrica (EXW)

El vendedor (exportador) pone la mercancía a disposición del comprador (importador) en las premisas del vendedor. El comprador es responsable de todos los costos de transportación, aranceles, seguro, y acepta el riesgo de la pérdida de mercancía, inmediatamente después que la mercancía se compra y se coloca afuera de la fábrica. El precio de Exw no incluye el precio de embarcar la mercancía en un camión o un recipiente, y no incluye ningún tipo de permiso para despachar aduana. Si F.O.B. es el sistema de valuación de la aduana en el país destinatario, los costos de transporte y de seguro de las premisas del vendedor deben ser agregados al precio de Exw hasta el puerto de exportación.

Grupo F (Transportación Principal) No es Pagada por el Vendedor.

Franco al Costado del Buque (FAS)

El vendedor transporta la mercancía desde su establecimiento de negocios,

despacha la mercancía para exportar y la coloca junto al recipiente en el puerto de exportación, donde el riesgo de pérdida se la pasa al comprador. El comprador es responsable de embarcar la mercancía en el recipiente (al menos que se haya especificado lo contrario) y de pagar todos los costos de envío para mandar la mercancía al destino final.

Franco Transportista (FCA)

El vendedor (exportador) despacha la mercancía para la exportación y se la entrega a la empresa de transporte en un lugar especificado por el comprador. Si el lugar elegido es el establecimiento de negocios del vendedor, el vendedor debe embarcar la mercancía en el vehículo de transporte; sino, el comprador es responsable de cargar la mercancía. El comprador asume el riesgo y debe pagar todos los costos asociados para transportar la mercancía al destino final.

Franco a Bordo (FOB)

El vendedor (exportador) es responsable de enviar la mercancía desde su punto de negocios, de cargarla en el recipiente en el puerto de exportación, y de despachar aduana en el país de exportación. Tan pronto como la mercancía cruce la entrada del barco, el riesgo de perdida se transfiere al comprador importador. El comprador debe pagar todos los costos de transporte y de seguro desde ese momento, y debe despachar aduana en el país de importación. Una transacción F.O.B. "leerá FOB, puerto de exportación." Por ejemplo, si se asume que el puerto de exportación es en Boston, una transacción F.O.B. leerá "FOB Boston." Si el CIF es la base del valor de aduanas, la carga y el seguro internacional se deben agregar al valor FOB.

Grupo C (Transportación Principal Pagada por Comprador)

Costo y Flete (CFR)

El vendedor (exportador) es responsable de despachar la mercancía para la exportación, de entregar la mercancía más allá de la entrada del barco en el puerto de envío y de pagar todos los cargos de transportación internacional. El comprador asume el riesgo de propiedad y de pérdida de la mercancía, una vez que la mercancía cruce la entrada del barco, debe comprar seguro, descargar la mercancía, despachar aduana, y pagar para que el transporte entregue la mercancía a su destino final. Si F.O.B. es la base del valor de aduanas, los costos internacionales de la carga se deben deducir del precio de CFR.

Costo, Seguro y Flete (CIF)

El vendedor (exportador) es responsable de embarcar la mercancía al recipiente de transportación y de despachar aduana en el país de exportación. También, es responsable de comprar un seguro, con el nombre del comprador (importador) como

su beneficiario. La transferencia de la propiedad ocurre mientras que la mercancía cruza la entrada del barco. Esto es, sí la mercancía se daña o se la roban durante el transporte internacional, el comprador es dueño de la mercancía y debe presentar una demanda con el seguro obtenido por el vendedor. El comprador debe despachar aduana en el país de la importación y pagar el resto de transporte y seguro en el país de la importación. El CIF se puede utilizar como Incoterm solamente cuando el transporte internacional de mercancía se hace parcialmente por agua. Si F.O.B. es la base del valor de aduanas, los costos internacionales del seguro y de la carga se deben deducir del precio CIF. Una transacción de CIF, leerá CIF, puerto de destino. Por ejemplo, el asumir que la mercancía está exportada al puerto de Los Ángeles, una transacción CIF leerá "CIF Los Angeles."

Transporte Pagado Hasta (CPT)
El vendedor (exportador) despacha la mercancía para la exportación, la entrega al transportador y se responsabiliza de los costos de transportación al lugar de destino. La transferencia de la propiedad ocurre una vez que la mercancía se transfiera al transportador y el comprador deberá asegurar la mercancía a partir de ese momento en adelante. Si F.O.B. es la base del valor de aduanas, el costo internacional de carga se debe deducir del precio de CPT.

Transporte y Seguro Pagados Hasta (CIP)
El vendedor transporta la mercancía al puerto de exportación, despacha aduana, y entrega la mercancía al transportador. De ese momento en adelante, la transferencia de la propiedad pasa a ser del comprador. El vendedor es responsable de los costos de transportación y del seguro al lugar de destino establecido. El comprador es responsable de todos los costos, y lleva el riesgo de la pérdida desde ese momento en adelante. Si F.O.B. es la base del valor de aduanas, los costos internacionales de carga y de seguro necesitan ser deducidos del precio del CIP.

Grupo D(Llegada)

Entrega en Frontera (DAF)
El vendedor (exportador) es responsable de todos los costos implicados en la entrega de la mercancía al punto y al lugar establecido en la frontera. La transferencia de propiedad ocurre en la frontera. El comprador debe pagar los costos y tomar el riesgo de descargar la mercancía, de despachar aduana, y de transportar la mercancía al destino final. Si F.O.B. es la base del valor de aduanas, los costos internacionales de seguro y de carga se deben deducir del precio DAF.

Entrega sobre Buque (DES)
El vendedor (exportador) es responsable de todos los costos implicados en el envió de la mercancía a un puerto de destino establecido. A su llegada, la mercancía se hace disponible al comprador (importador) a bordo del recipiente. Por lo tanto, el vendedor es responsable de todos los costos y el riesgo de pérdida de la mercancía antes de descargarla en el puerto de destino. El comprador (importador) debe tener la mercancía descargada, pagar aranceles, despachar aduana y proporcionar transporte al interior y seguro al destino final.

Entrega en Muelle (DEQ)
El vendedor (exportador) es responsable de todos los costos implicados en el transporte de la mercancía al muelle de destino establecido. El comprador debe pagar el arancel, despachar aduana, y pagar los costos y responsabilizarse por el riesgo de la pérdida, de ese momento en adelante. Si F.O.B. es la base del valor de aduanas, el seguro internacional y los costos de la carga, además de los costos de descargar la mercancía, deben ser deducidos del precio DEQ.

Entregado, Derechos no Pagados (DDU)
El vendedor (exportador) es responsable de todos los costos implicados en la entrega de la mercancía al lugar de destino establecido, en donde la mercancía se pone a la disposición del comprador. El comprador (importador) asume la propiedad y el riesgo de pérdida de ese momento en adelante, debe despachar aduana, pagar los aranceles, y proporcionar el transporte al interior del país y seguro del destino final.

Entregado, Derechos Pagados (DDP)
El vendedor (exportador) es responsable de todos los costos implicados en la entrega de mercancía al lugar de destino, y de despachar aduana en el país de importación. Bajo un Incoterm DDP, el vendedor proporciona literalmente el envió puerta a puerta, incluyendo despacho de aduana en el puerto de exportación y el puerto de destino. La transferencia de propiedad ocurre cuando la mercancía se entrega al comprador, generalmente en sus premisas. Así el vendedor toma el riesgo entero de la pérdida hasta que la mercancía sea entregada en las premisas del comprador. Una transacción de DDP leerá "DDP lugar de destino establecido." Por ejemplo, asumiendo que las la mercancía importada a través de Baltimore se entrega en Silver Spring, el Incoterm leerá "DDP, Silver Spring." Si el CIF es la base de valor de aduanas, los costos de descargar el recipiente, despachar aduana, y envío a las premisas del comprador en el país de destino, incluyendo seguro al interior del país, debe ser deducido para llegar a el valor CIF.

Grupos o Categorías Básicas:

E= EXW (Salida)

F= FCA; FAS y FOB (Sin pago transporte principal)

C= CFR; CIF; CPT; y CIP (Con pago transporte)

D= DAF; DES; DEQ; DDU; y DDP (Llegada)

Recomendaciones

Para todo tipo de Transporte:

- EXW - FCA - CPT - CIP - DDU - DDP

Para marímo y en aguas interiores:

- FAS - FOB - CFR - CIF - DES - DEQ

Para transporte por carretera:

- DAF

ANALISIS DE LOS INCOTERMS 2000

EXW(Ex Works – En fábrica). Representa la mínima obligación para el vendedor. El vendedor realiza la entrega de la mercancía en el lugar convenido (taller, fábrica, almacén, etc). El comprador se encarga de todos los costos y riesgos inherentes a la recepción de la mercancía, (transporte y otros gastos).

EXW (ex work - en fábrica)
Significa que el vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando la pone a disposición del comprador en su establecimiento o en otro lugar convenido (fábrica, taller, almacén, etc.)

Este término no debe ser utilizado cuando el comprador no pueda completar las formalidades (despacho) de exportación directa o indirectamente. En estas circunstancias, debe ser usado el término FCA

Descripción de Gastos

- **El Comprador:**
El Comprador deberá ser responsable de:

a. La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

b. Asumir todos los costes y riesgos inherentes a la recepción de la mercancía en los locales del vendedor.

c. Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía.**(interno e**

internacional)

d. La contratación del seguro **(tránsito interno e internacional)**.

e. Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque **(agente y permisología e impuestos)**.

f. Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

g. Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino hasta el lugar convenido **(fábrica, taller o bodega del comprador)**.

FCA(Free Carrier – Transportista libre) . El vendedor entrega la mercancía despachada para la exportación al transportista que es nombrado por el comprador en el lugar convenido. En ese punto se transfiere el riesgo por daños o pérdidas del vendedor al comprador. Si la entrega tiene lugar en el local del vendedor éste es responsable de la carga. Si la entrega ocurre en otro lugar, el vendedor no es responsable de la carga. Debe observarse que el lugar de entrega elegido influye en las obligaciones de carga y descarga. Válido para cualquier modo de transporte.

FCA (Free Carrier At - Libre Transportista en...)
Significa que el vendedor entrega la mercancía, despachada a la exportación, al transportista nombrado por el comprador en el lugar convenido en el contrato de compraventa.

INCO 2000: Si el vendedor entrega las mercancías al transportista en sus almacenes, éste debe embarcar las mercancías al medio de transporte; si se hace en cualquier otro sitio, el vendedor no tiene esta obligación.

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**
El Vendedor deberá ser responsable de:

a.Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía **(interno)**.

b.La contratación del seguro de la mercancía **(tránsito interno)**.

c.Asumir los gastos de aduana (agente y permisología e impuestos) en el punto de embarque. br>

- **El Comprador:**
El Comprador deberá ser responsable de:

a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

b.Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

c.Asumir los costos de transporte **(flete principal y seguro de la mercancía para el tránsito internacional)**.

d.Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino hasta el lugar convenido.**(fábrica, taller o bodega del comprador)**

FAS(Free Alongside Ship – Libre al costado del buque). El vendedor realiza la entrega la mercadería y la factura comercial, cuando es colocada en el puerto convenido, al costado del buque. El término FAS exige al vendedor despachar la mercancía en Aduana para la exportación. Sin embargo, si las partes desean que el comprador despache la mercancía para la exportación, deben dejarlo claro añadiendo las expresiones explícitas en el contrato de compra venta. Este término se usa únicamente para el transporte por mar o por vías de navegación interior.

FAS (Free Alongside Ship - Libre al Costado del Barco...)
Significa que el vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando es colocada al costado del buque del puerto de embarque convenido.

INCO 2000: La obligación del despacho aduanero de exportación pasa a ser una obligación del Vendedor. Esto representa un cambio completo con respecto a las versiones anteriores de los INCOTERMS, que exigían al comprador que organizará el despacho aduanero para la exportación.

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**
El Vendedor deberá ser responsable de:

a.Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía **(interno)**.

b.La contratación del seguro de la mercancía (tránsito interno).

c.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque (agente, permisología e impuestos).

d.Los gastos incurridos en las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque etc.

- **El Comprador:**
  El Comprador deberá ser responsable de:

a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

b.Asumir los costos de transporte (flete principal y seguro de la mercancía para el tránsito internacional).

c.Asumir la responsabilidad de los costes y riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde el momento de la entrega.

d.Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino hasta el lugar convenido.(fábrica, taller o bodega del comprador)

FOB (Free on Board – Libre a bordo) La mercadería debe ser entregada por el vendedor a bordo del buque designado por el comprador en la fecha o dentro del plazo acordado, en el puerto de embarque convenido y en la forma acostumbrada en el puerto indicado, de acuerdo al contrato de conpra-venta. El comprador debe soportar todos los costos o riesgos de pérdida o daño de la mercancía desde el punto de entrega (puerto de origen). El vendedor asume los costos de embarque y asume el riesgo de pérdida o daño de la mercancía hasta el momento en que haya sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque convenido.

FOB (Free On Board - Libre a Bordo...)
Significa que el vendedor cumple su obligación de entrega cuando la mercancía sobrepasa la borda del buque, en el puerto de embarque convenido.

Si las partes no han acordado estrictamente que la entrega de las mercancías se cumple, "cruzando los rieles de carga de buque" (borda del buque), debe ser usado el término FCA

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**
  El Vendedor deberá ser responsable de:

  a.Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía **(interno)**.

  b.La contratación del seguro de la mercancía (tránsito interno).

  c.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque (agente, permisología y otros impuestos).

  d.Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

- **El Comprador:**
  El Comprador deberá ser responsable de:

  a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

  b.Asumir los costos de transporte (flete principal y seguro de la mercancía para el tránsito internacional).

  c.Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino hasta el lugar convenido.(fábrica, taller o bodega del comprador)

C&F(Cost and Freight – Costo y flete) Esta modalidad requiere que el vendedor pague los costos de embarque y flete hasta el puerto de destino acordado. El vendedor debe correr con los riesgos de pérdida o daño de la mercancía hasta el momento que haya sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque. El vendedor, además del flete, debe pagar todos los gastos y costos resultantes de la carga o descarga, trámites necesarios para la exportación.

CFR (Cost and Freigth - Costo y flete...)
Significa que el vendedor concreta la entrega cuando la mercancía sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque convenido.

Si las partes no han acordado estrictamente que la entrega de las mercancías se cumple "cruzando los rieles de carga de buque" (borda de buque), deben ser usados los términos CPT o CIP

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**

El Vendedor deberá ser responsable de:

a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

b.Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía (interno).

c.La contratación del seguro de la mercancía (tránsito interno).

d.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque (agente y permisología e impuestos).

e.Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

f.Asumir los costos de transporte (flete principal).

- **El Comprador:**

El Comprador deberá ser responsable de:

a.Asumir la contratación y los costos del seguro de la mercancía para el tránsito internacional.

b.Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino hasta el lugar convenido.(fábrica, taller o bodega del comprador)

CIF(Cost, Insurance and Freight – Costo, seguro y flete). El vendedor realiza la entrega cuando la mercancía sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque convenido. El vendedor debe correr con todos los riesgos de pérdida o daño de la mercancía hasta el momento en que haya sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque. El vendedor debe obtener a sus propias expensas un seguro de la carga según lo acordado en el contrato, que faculte al comprador o a cualquier otra persona que mantenga un interés asegurable sobre la mercancía, para reclamar directamente al asegurador y proporcionar al asegurador la póliza de seguro u otra prueba de cobertura del seguro.

CIF (Cost, Insurance and Freigth - Costo, seguro y flete...)
Significa que el vendedor cumple su obligación de entrega cuando la mercancía sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque convenido.

Si las partes no han acordado estrictamente que la entrega de las mercancías se cumple "cruzando los rieles de carga de buque" (borda de buque), deben ser usados los términos CPT o CIP.

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**
El Vendedor deberá ser responsable de:

a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

b.Los gastos de flete y traslado de la mercancía (interno).

c.La contratación del seguro de la mercancía (tránsito interno).

d.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque (agente y permisología e impuestos).

e.Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

f.Asumir los costos de transporte (flete principal).

g.Asumir la contratación y los costos del seguro de la mercancía por el mínimo de la cobertura y pagar la prima (tránsito internacional)

- **El Comprador:**
El Comprador deberá ser responsable de:

a.Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino hasta el lugar convenido.(fábrica, taller o bodega del comprador).

CPT (Carriage Paid to – Transporte pagado hasta). El vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando pone a disposición del transportista designado por él, pero además debe pagar los costos del transporte necesario para llevar la mercancía al destino convenido. El comprador asume todos los riesgos y cualquier costo contraído

después que la mercadería haya sido entregada. El vendedor debe soportar todos los riesgos de pérdida o daño de la mercancía hasta el momento en que haya sido entregada.

CPT (Carrier Paid To - Transporte Pagado hasta...)
Significa que el vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando la pone a disposición del transportista designado por él.

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**
  El Vendedor deberá ser responsable de:

  a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

  b.Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía (interno).

  c.La contratación del seguro de la mercancía (tránsito interno).

  d.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque (agente y permisología e impuestos).

  e.Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

  f.Asumir los costos de transporte (flete principal).

- **El Comprador:**
  El Comprador deberá ser responsable de:

  a.Asumir la contratación y los costos del seguro de la mercancía para el tránsito internacional.

  b.Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino hasta el lugar convenido.(fábrica, taller o bodega del comprador)

CIP(Carriage and insurance paid to – Transporte y seguro pagado hasta). El vendedor realiza la entrega de la mercancía cuando la pone a disposición del transportista designado por él mismo, pero debe pagar, además, los costos del transporte necesarios para llevar la mercancía a destino convenido. El comprador

asume todos los riesgos y cualquier otro costo adicional que se produzca después que la mercancía ha sido, así entregada. No obstante, bajo el término CIP también debe conseguir un seguro contra el riesgo que soporta el comprador por la pérdida o daño de la mercancía durante el transporte.

CIP (Carrier and Insurance Paid To - Transporte y Seguro Pagado hasta...)
Significa que el vendedor tiene las mismas obligaciones que bajo CPT, con el añadido de que ha de conseguir un seguro para la carga contra el riesgo, que soporta el comprador, de pérdida o daño de la mercancía durante el transporte.

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**
  El Vendedor deberá ser responsable de:

  a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

  b.Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía (interno).

  c.La contratación del seguro de la mercancía (tránsito interno).

  d.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque (agente y permisología e impuestos).

  e.Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

  f.Asumir los costos de transporte (flete principal).

  g.Asumir la contratación y los costos del seguro de la mercancía (tránsito internacional).

- **El Comprador:**
  El Comprador deberá ser responsable de:

a.Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino hasta el lugar convenido.(fábrica, taller o bodega del comprador)

DES (Ex Ship – Entrega sobre el buque). El vendedor realiza la entrega cuando la mercadería es puesta a disposición del comprador a bordo del buque, no

despachada de Aduana para la importación en el puerto de destino convenido. El vendedor debe correr con los gastos y riesgos inherentes al llevar la mercancía al puerto de destino acordado con anterioridad a la descarga . Si las partes desean que el vendedor asuma los costos y riesgos de descargar la mercancía, debe usarse el término DEQ. El vendedor trasmite el riesgo de pérdida o daño de la mercancía hasta el momento en que haya sido entregada. Debe entregar la mercadería en el buque en el puerto de destino establecido. Los costos y riesgos de entregar la mercadería en el puerto de destino son asumidos por el vendedor. Los costos de desembarco y aduanas son por cuenta del comprador.

DES (Delivery Ex Ship - Entregado sobre el Buque...)
Significa que el vendedor ha cumplido su obligación de entrega cuando ha puesto la mercancía a disposición del comprador a bordo del buque, en el puerto de destino convenido, sin despacharla en la aduana para su importación.

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**
  El Vendedor deberá ser responsable de:

  a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

  b.Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía (interno).

  c.La contratación del seguro de la mercancía (tránsito interno).

  d.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque (agente y permisología y otros impuestos).

  e.Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

  f.Asumir los costos de transporte (flete principal).

  g.Asumir la contratación y los costos del seguro de la mercancía por el mínimo de la cobertura y pagar la prima (tránsito internacional).

- **El Comprador:**
  El Comprador deberá ser responsable de:

a.Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino

hasta el lugar convenido. (fábrica, taller o bodega del comprador)

DEQ (Ex Quay – Entrega en el muelle). El vendedor realiza la entrega cuando la mercadería es puesta a disposición del comprador, en el muelle (desembarcadero del puerto de destino convenido). Los costos y riesgos de entregar la mercadería, incluido el desembarco, son asumidos por el vendedor. El DEQ tiene dos variaciones: DEQ derechos pagados y DEQ derechos pagados por cuenta del vendedor. En el primero, los impuestos son pagados por el vendedor; mientras que en el segundo también son pagados por el vendedor, pero el comprador los debe reembolsar. Este término puede usarse únicamente cuando la mercadería sea entregada, después de su transporte por mar, por vías de navegación interior o por transporte multimodal, y la descarga del buque sobre el muelle en el puerto de destino convenido.

DEQ (Delivery Ex Quay - Entregado sobre el Muelle...)
Significa que el vendedor ha cumplido su obligación de entrega cuando ha puesto la mercancía a disposición del comprador sobre el muelle, en el puerto de destino, despachada en la aduana para la importación.

INCO 2000: Este término exige del comprador el despacho aduanero de la mercancía para la importación y el pago de todos los trámites, derechos, impuestos y demás cargas exigibles a la importación. Representa un cambio con respecto a las versiones anteriores que ponían a cargo del vendedor el despacho aduanero para la importación.

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**
  El Vendedor deberá ser responsable de:

  a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

  b.Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía (interno).

  c.La contratación del seguro de la mercancía (tránsito interno).

  d.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque (agente y permisología y otros impuestos).

  e.Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

f.Asumir los costos de transporte (flete principal).

g.Asumir la contratación y los costos del seguro de la mercancía por el mínimo de la cobertura y pagar la prima (tránsito internacional).

h.En el punto de destino, el vendedor será responsable de los costos incurridos de maniobra, carga, estiba.

i.El comprador y el vendedor serán responsables de los gastos del traslado de la mercancía hasta su destino final y el seguro de la misma por concepto de tránsito interno.

- **El Comprador:**
  El Comprador deberá ser responsable de:

a.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de destino (agente, permisología, e impuestos de importación)

El comprador y el vendedor serán responsables de los gastos del traslado de la mercancía hasta su destino final y el seguro de la misma por concepto de tránsito interno.

DAF(Delivered at Frontier – Entregada en la frontera.) El vendedor realiza la entrega cuando la mercancía es puesta a disposición del comprador sobre los medios de transporte utilizados y no descargados, en el punto y lugar de la frontera convenidos, pero antes de la Aduana fronteriza del país colindante, debiendo estar la mercadería despachada de exportación pero no de importación. El término frontera puede usarse para cualquier frontera, incluida la del país de exportación. Por lo tanto, es de vital importancia redefinir exactamente la frontera en cuestión, designado siempre el punto y lugar convenidos a continuación del término DAF. El vendedor debe asumir todos los riesgos de pérdida o daño de la mercancía hasta el momento en que haya sido entregada la mercancía.

DAF (Delivere At Frontier - Entregado en la Frontera...)
Significa que el vendedor ha cumplido su obligación de entrega cuando la mercancía, despachada en aduana para la exportación, en el punto y lugar convenido de la frontera, pero antes de la aduana fronteriza del país colindante.

Este término puede ser utilizado indistintamente en cualquier medio de transporte, cuando los bienes deben ser entregado en una frontera terrestre. Cuando la entrega deba producirse en un puerto de destino, a bordo del buque o sobre el muelle del puerto, deben ser usados los términos DES ó DEQ.

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**
  El Vendedor deberá ser responsable de:

  a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

  b.Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía (interno).

  c.La contratación del seguro de la mercancía (tránsito interno).

  d.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque (agente y permisología e impuestos).

  e.Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

  f.Asumir los costos de transporte (flete principal).

- **El Comprador:**
  El Comprador deberá ser responsable de:

  a.Asumir la contratación y los costos del seguro de la mercancía desde el punto de embarque (tránsito internacional).

  b.Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino hasta el lugar convenido.

DDP(Delivery/Duty paid – Entregada derechos pagados). El vendedor realiza la entrega de la mercancía al comprador despachada para la importación y no descargada de los medios de transporte a su llegada al lugar de destino convenido. El vendedor debe asumir todos los riesgos y costos hasta que entrega la mercadería sobre el medio de transporte en el destino acordado. El vendedor debe realizar los trámites y asumir los pagos de los trámites, derechos de aduana impuestos y otras cargas exigibles a la importación en el país de destino.

DDP (Delivere Duty Paid - Entregado, derechos Pagados...)
Significa que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar la mercancía cuando haya sido puesta a disposición del comprador en el lugar convenido del país de importación, soportando todos los gastos y riesgos, además de los impuestos y

gravámenes del despacho de importación.

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**
  El Vendedor deberá ser responsable de:

  a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

  b.Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía (interno).

  c.La contratación del seguro de la mercancía (tránsito interno).

  d.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque (agente y permisología e impuestos).

  e.Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

  f.Asumir los costos de transporte (flete principal).

  g.Asumir la contratación y los costos del seguro de la mercancía (tránsito internacional).

- **El Comprador:**
  El Comprador deberá ser responsable de:

  a.Asumir la contratación y los costos del seguro de la mercancía para el tránsito internacional.

  b.Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino hasta el lugar convenido. (fábrica, taller o bodega del comprador).

DDU(Delivery/Duty Unpaid – Entregada derechos no pagados). El vendedor realiza la entrega de la mercancía no despachada de aduana para la importación y no descargada de los medios de transporte, a su llegada al lugar de destino convenido. El vendedor debe asumir todos los costos y riesgos contraídos al llevar la mercancía hasta aquel lugar, diversos de, cuando sea pertinente, cualquier derecho (término que incluye la responsabilidad y los riesgos de realizar los trámites aduaneros, y

pagar los trámites, derechos de aduana, impuestos, y otras cargas) exigible a la importación en el país de destino. Ese "derecho" recaerá sobre el comprador, así, como cualquier otro costo y riesgos causados por no despachar oportunamente la mercancía para la importación.

Sin embargo, si las partes desean que el vendedor realice los trámites aduaneros y asuma los costos y riesgos que resulten de ellos, así, como algunos de los costos exigibles a la importación de la mercancía, deben dejarlo claro añadiendo expresiones explícitas en ese sentido en el contrato de compra-venta.

DDU (Delivere Duty Unpaid - Entregado, derechos no pagados...)
Significa que el vendedor debe entregar la mercancía en el lugar convenido del país del importador y debe soportar los gastos y riesgos inherentes hasta este punto.

Descripción de Gastos

- **El Vendedor:**
  El Vendedor deberá ser responsable de:

  a.La elección del medio de transporte en la fábrica o bodega del vendedor.

  b.Asumir los gastos de flete y traslado de la mercancía (interno).

  c.La contratación del seguro de la mercancía (tránsito interno).

  d.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de embarque (agente y permisología y otros impuestos).

  e.Las maniobras de descarga, carga y estiba en el punto de embarque.

  f.Asumir los costos de transporte (flete principal).

  g.Asumir la contratación y los costos del seguro de la mercancía por el mínimo de la cobertura y pagar la prima (tránsito internacional).

  h.Los gastos incurridos desde la llegada de la mercancía al puerto de destino hasta el lugar convenido.

- **El Comprador:**
  El Comprador deberá ser responsable de:

a.Asumir a su riesgo y expensas los gastos de aduana en el punto de destino (agente, permisología, e impuestos de importación).

b.Los gastos del traslado de la mercancía hasta su destino final (fábrica, taller o bodega del comprador) y el seguro de la misma por concepto de tránsito interno.

ANEXO V
CASOS PRACTICOS

PRIMERO

MALA NOTIFICACION

El suscrito Jefe de la UACI de _____ a la empresa distribuidora de vehículos "FENIX, S.A. de C.V., hace la notificación siguiente:

"A, JUAN VASQUEZ, Representante Legal de FENIX, S.A. DE C.V. SE HACE SABER: Que en el procedimiento de Licitación Pública por invitación Número XYZ-09/2004, la Junta Directiva, ha pronunciado el acto administrativo que DICE:

RESUELVE:

7. Adjudícase en forma total la Licitación Pública por Invitación No XYZ-09/2004, que se refiere al SUMINISTRO DE 6 PICK UP, SEGÚN ESPECIFICACIONES TÉCNICAS", a la empresa VEHICULOS, S.A. DE C.V., POR VALOR DE SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO 61/100 DOLARES (US$ 73,724.61), monto que incluye IVA, suministro de placas, trámite de tarjeta y mantenimiento preventivo por un año, de conformidad a los términos de su oferta.

8. Autorízace al Señor Presidente de la Institución para que como representante legal firme la documentación correspondiente.

9. Encomiéndase a la Unidad Jurídica elaborar el respectivo contrato, una vez esta resolución esté en firme.

NOTIFÍQUESE ".

Firma jefe UACI

Se pregunta:

1. ¿Está legalmente elaborada la notificación?
2. ¿Tiene algún defecto o vicio el acto administrativo que se notifica?
3. ¿Por cuáles razones se podría impugnar por medio del recurso de revisión?
4. Si el resultado del recurso de revisión confirma la adjudicación ¿qué opciones legales existen?
5. ¿Cuáles son las ventajas y riesgos de tales opciones?

SEGUNDO

MULTAS POR MORA

El día 20 de enero de 2004, Juan Vásquez firmó un contrato de obra por un monto de $550,000.00 con la Alcaldía Municipal de XXX, para un plazo de seis meses. Luego de transcurrir cinco meses y habiendo completado y entregado el 90% de la obra, sufrió atrasos que lo hicieron caer en mora contractual pues no pudo entregar la obra en el plazo estipulado. En la UACI, en el entendido que entregaría aunque más tarde, se le empezó a computar la multa a partir de la fecha pactada para la entrega de la obra completa, acto que no se realizó, pues el contratista sufrió descalabros económicos, que sin hacerle quebrar, le impidieron definitivamente la entrega de la obra terminada. Ante tal situación y de conformidad al artículo 94 LACAP, se procedió a caducarle el contrato. Es de hacer notar que la fianza de cumplimiento de contrato se pactó para una vigencia de sesenta días después de la fecha estipulada para la terminación.

1. ¿Cuál es el procedimiento para imponer las multas?
2. ¿Cuál es el procedimiento para caducar el contrato?
3. Sabiendo que la caducidad se decreta al llegar al 12% del monto del contrato ¿cuál será la fecha aproximada de caducidad?
4. ¿Se podrá exigir la garantía de cumplimiento de contrato al momento de caducar el contrato como establece el artículo 100 LACAP?

TERCERO

INFRACCIONES A LA LACAP

Juan Vásquez participa en un procedimiento de licitación. Para asegurarse la adjudicación, realiza un trato con Pedro X , colaborador de la UACI, a quien le ofrece determinados bienes si afecta a los demás ofertantes. Pedro X acepta el ofrecimiento y no consigna determinada información financiera de los demás ofertantes en los cuadros de evaluación, lo que implica que solo la oferta de Juan Vásquez, pasa la evaluación financiera y a la postre, obtiene la adjudicación. A raíz de un recurso de revisión, se determina la existencia de irregularidades en el procedimiento de licitación. El titular solicita un examen especial de auditoría de la Corte de Cuentas para precisar las anomalías. En tal estado se pregunta:

1. ¿Qué infracciones cometió Pedro X?
2. ¿A cuáles penas se puede hacer acreedor?
3. ¿Qué infracciones cometió Juan Vásquez?
4. ¿A cuáles penas se puede hacer acreedor?
5. ¿Actuó de acuerdo a la ley el titular? ¿Por qué?
6. Si la anterior respuesta es negativa ¿Cuál debió ser la actuación del titular?

CUARTO

EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

De conformidad al artículo 2 literal b) LACAP la fundación PAVOR y PAZ realizó una licitación pública financiada con fondos provenientes de un préstamo que expresamente dispuso que dicha fundación realizara el procedimiento de selección de contratista y que se aplicara la LACAP y demás legislación salvadoreña para la licitación. Esteban P.. participó en la licitación y le notificaron que perdió supuestamente por no reunir la calificación mínima, pero él sabe que su oferta fue bien planteada, que era la mejor técnicamente y que tenía el mejor precio, por lo que interpuso recurso de revisión que tuvo por resultado la confirmación del acto de adjudicación. Sabiendo que agotó la vía administrativa y que tiene el derecho a la adjudicación del contrato, acude a usted para que le prepare la acción contencioso administrativa.

PREGUNTA:

1. ¿Cuál sería la pretensión concreta?
2. ¿En que se funda su legitimación activa?
3. ¿Qué entidad será legitimada pasivamente?
4. ¿Qué posibilidades tiene la acción administrativa?
5. Si no prospera la misma ¿qué opciones tiene?

QUINTO

POSIBLES VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACION

El Ministerio ____ promovió una licitación de pick ups doble cabina. Dentro de los elementos de evaluación se encontraban las características técnicas, la experiencia de la empresa en la venta y mantenimiento de los vehículos, el tiempo de entrega, etc. Las características técnicas se evaluarían ponderando con cincuenta puntos la adecuación total al cartel, restando cinco puntos por cada elemento técnico que no coincidiera. La experiencia de la empresa se ponderaba a razón de diez puntos por una experiencia de uno a cinco años y con veinte puntos una experiencia de más de cinco años. El tiempo de entrega se ponderaba a razón de diez puntos por entrega inmediata, cinco puntos por entrega dentro de quince días hábiles y un punto por entrega que dure más de quince días. Los veinte puntos restantes se evaluarían asignándolos al mejor precio (precio más bajo) y por regla del tres se asignarían a los restantes precios.

Participaron cuatro empresas distribuidoras de vehículos PRIMA, SECUNDA, TERCA Y CUARTA. Transcurrido el tiempo estipulado para evaluar y adjudicar las empresas recibieron una comunicación cuyo texto es el siguiente:

"El suscrito Jefe de la UACI del Ministerio de _____ a la empresa distribuidora de vehículos PRIMA, comunica: A, fulano, Representante Legal de PRIMA, que en el procedimiento de Licitación Pública por invitación Número XYZ-09/2005, el Vice Ministro, ha pronunciado el acto administrativo que DICE:

Ministerio de ____en la ciudad de San Salvador, a las diez horas del día ocho de febrero de dos mil cinco.

Vista la recomendación de la comisión de valuación de ofertas y con base en su dictamen: Adjudícase en forma total la Licitación Pública por Invitación No XYZ-09/2005, que se refiere al SUMINISTRO DE 20 PICK UP, SEGÚN ESPECIFICACIONES TÉCNICAS", a la empresa TERCA que es la que obtuvo mejor evaluación, POR VALOR DE CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO 61/100 DOLARES (US$ 450,724.61), monto que

incluye IVA, suministro de placas, trámite de tarjeta y mantenimiento preventivo por un año, de conformidad a los términos de su oferta.

Notifíquese.”

Firma jefe UACI

Sabiendo que tiene el derecho de vista, el representante de PRIMA solicito ver el expediente administrativo de cuyo análisis determinó que su precio era menor en un 10% al de TERCA. También se percató que aún cuando tiene una experiencia de cuatro años, en la recomendación de la comisión de evaluación de ofertas, no se le asignó puntaje en la experiencia de la empresa, por no tener la experiencia mínima de cinco años. Notó además que su oferta obtuvo diez puntos debajo de la adjudicada. Extraoficialmente, en un evento social ofrecido al Ministro en la época de adjudicación, se enteró que el jefe UACI y el gerente de la empresa TERCA han sido compañeros de colegio desde kinder hasta la universidad y que la esposa del jefe UACI estrenó vehículo de una marca que solo distribuye la empresa TERCA.

SE PREGUNTA:

1. ¿Es legal el acto de adjudicación? (si-no) (porqué)
2. ¿Tiene algún vicio el acto de adjudicación? (cuál es-en qué consiste)
3. Si tuviese algún vicio ¿Cuál sería su efecto?
4. ¿Le puede representar alguna ventaja a PRIMA la situación planteada?

CASOS VARIOS

La Alcaldía Municipal de Nxx está realizando una Licitación Pública de vehículos. Como representantes de una agencia de vehículos acuden a comprar las bases y al revisarlas el mismo día se percatan que en las bases de licitación se establece como requerimiento técnico que los rines de los vehículos a ofrecer tengan seis tuercas para sujetar cada llanta. Como conocedores, ustedes saben que esa característica es particular de una marca de vehículos determinados. Ante tal situación, piensan impugnar las bases de licitación, sin embargo su asesor legal les manifiesta que no se pueden impugnar y les dice que lo procedente es esperar la adjudicación para interponer el recurso de revisión o realizar la consulta al respecto.

Con el anterior planteamiento, se pregunta:

1. ¿Qué principio de la Licitación Pública se está violando al pedir una marca determinada de vehículos?
2. ¿Qué es lo procedente hacer?
    a. Impugnar ya las bases por medio del recurso de revisión
    b. Realizar las consultas pertinentes en el sentido de preguntar si se admite ofertar vehículos que tengan menor cantidad de tuercas
    c. Esperar la adjudicación para impugnar por medio del recurso de revisión
3. ¿Se pueden impugnar las bases de licitación?

Los encargados del área financiera, planificación y compras de diez instituciones autónomas se han reunido con el objeto de establecer mecanismos para ahorrar en la compra de insumos a fin de estar acordes con la política de ahorro del sector público. Una de las medidas planteadas es comprar de forma conjunta suministros como la papelería y gasolina a fin de obtener economías de escala.

Con el anterior planteamiento se pregunta:

1. ¿Es legalmente viable la compra conjunta de suministros?
2. ¿Cuál sería la base legal en caso de ser viable?

3. ¿Quién evaluará las ofertas?
4. ¿Quién adjudicará?

Como encargado de la Unidad de Adquisiciones y Contrataciones está interesado en contar con los servicios necesarios para funcionar, como seguros, vigilancia, limpieza, etc. a partir del primero de enero del año próximo. Por tal razón planea iniciar los procedimientos de licitación de tales servicios a partir del mes de septiembre y adjudicar en diciembre para que ya se cuente con tales servicios desde el inicio del año. Sin embargo, en el área financiera le manifiestan que no es legalmente posible.

Ante tal situación se pregunta:

1. ¿Pueden iniciarse los procesos de licitación en el año anterior? Si-No ¿porqué?
2. En caso que fuera afirmativa su respuesta ¿puede adjudicarse?
3. ¿Cuál sería la época de contratación, el presente año o el año que viene?

Juan Pérez es primo hermano de un colaborador del área contable de una institución autónoma, la cual ha publicado un aviso de licitación publica de papelería. Juan tiene una librería y cuando se da cuenta de la licitación decide participar, sin embargo, su primo hermano le dice que no puede hacerlo pues lo hará tener problemas en su trabajo. Ante tal planteamiento se consulta:

1. ¿Puede participar en tal proceso de licitación el señor Pérez?
2. Si no fuera legalmente viable ¿cuáles serían las consecuencias de tal participación?

Perico de los Palotes es Ingeniero Civil y trabaja como supervisor de obras. Decide participar en un concurso de supervisión de las obras del anillo periférico y compra las bases de concurso correspondiente. Se percata que en las mismas se establece que la garantía de cumplimiento de contrato es del 50% del valor total del mismo. No de acuerdo con tal situación que lo gravaría económicamente, le pregunta:

1. ¿Es legal el porcentaje de garantía de cumplimiento de contrato?
2. Si su respuesta es negativa ¿cuál es el porcentaje legal?
3. ¿Puede determinarse tal porcentaje en las bases de licitación?

El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social ha publicado un aviso de licitación que incluye todas las medicinas a ocupar por el sector salud y se ha previsto la adjudicación parcial. Ha establecido que el monto de la garantía de oferta será de seis mil dólares, que viene a ser el 4% de la oferta total de medicamentos. Ante tal situación los ofertantes minoritarios han protestado pues hay algunos cuya oferta no sobrepasa los seis mil dólares, ya que cuentan con la adjudicación parcial. Su protesta ha llegado al nivel de aglutinar a todas las gremiales relacionadas con medicamentos las que amenazan con no ofertar. Considerando lo anterior, se consulta:

1.¿ Es legal el porcentaje establecido?

2. ¿Qué opina usted de la posición de los ofertantes minoritarios?

3. ¿Cuál sería la solución al problema planteado

Ramiro Cuenca es Auditor y socio de “Auditoría y Consultoría, S.A. de C.V.” Su sociedad es llamada por una Alcaldía para que les brinde servicios de auditoría integral a fin de evaluar las gestiones realizadas durante los tres años del Concejo Municipal y emitir un dictamen sobre el período. Dada la complejidad de la consultoría, el Lic. Cuenca sabe que los honorarios sobrepasarán la libre gestión. Por tal razón, y a fin de evitar problemas, indaga por qué razón no se ha licitado. Por parte de la Alcaldía se le responde que es debido a que la LACAP no contempla montos para la contratación de consultores bajo la forma de sociedad y por ello lo hacen de forma directa.

Ante tal situación se indaga:

1. ¿Es correcta la aseveración de la Alcaldía?
2. Si no estuviera contemplado en la LACAP ¿cuál sería el procedimiento a seguir?

El día de ayer salió publicado un aviso de licitación pública por invitación con una lista corta de cuatro potenciales ofertantes, para el suministro de servicios de alimentación. Andrés Salmerón acude a comprar las bases de licitación y al solicitarla el Jefe UACI se niega a venderla aduciendo que solo se les venderá a los integrantes de la lista corta.

Frente a tal evento, se consulta:

1. ¿Es correcta la posición del Jefe UACI?
2. ¿Violaría algún principio de la Licitación Pública?
3. ¿Tiene alguna acción legal el señor Salmerón ante la negativa de la venta?

Héctor Valencia ha sido notificado del resultado de una licitación en la que participó y no ganó la adjudicación. Inconforme, pide la revisión en tiempo y forma el día treinta de julio. El día dos de septiembre acude a la institución licitante a reclamar la adjudicación pues estima que por ministerio de ley le ha sido conferida al no haberse resuelto el recurso en el plazo legal. El la UACI le dicen que el recurso fue admitido el día veintitrés de agosto y que todavía está en estudio la revisión por lo que debe tener paciencia. Planteado tal caso, le interroga:

1. ¿Ha sido correcto el proceder de la UACI?
2. ¿Cuál es el plazo para admitir el recurso de revisión?
3. ¿Qué opciones legales tiene?

Este caso se ubica a finales del año 2001 en que debido a los atentados del día once de septiembre las primas de seguros subieron desorbitadamente. Varios jefes UACI tienen contratos vigentes y reciben la notificación de las aseguradoras en el sentido que de un 2 por millar, las primas subirán al 6 por millar para los contratos del siguiente año, salvo que se prorroguen los contratos, en cuyo caso la prima será del 4 por millar. Los jefes UACI dudan por el incremento de precios, ante lo cual los corredores de seguros aseveran que puede prorrogarse los contratos pues son servicios y cumplen los requisitos legales. Sin embargo, usted acude a su asesor legal y le consulta:

1. ¿Pueden prorrogarse un contrato de servicios en que se incremente el precio? Si-No ¿porqué?
2. ¿Cuál sería el procedimiento para que las instituciones no paguen el incremento del

precio?

Usted es jefe UACI y ante el atraso en el cumplimiento de una obligación contractual inicia el procedimiento para la imposición de multas por mora. Luego del procedimiento se condena al pago de una suma de dinero al contratista moroso. El contratista, en vez de pagar la multa interpone un amparo alegando violación al debido proceso legal ya que no existe autoridad competente ni procedimiento para la imposición de las multas y éstas son sanciones de acuerdo al artículo 14 de la Constitución, por lo que para imponerlas se debe contar con tales elementos previos. Ante tal situación, se consulta:

1. ¿Fue legal el procedimiento realizado por la institución? ¿porqué?
2. ¿Tiene razón en sus planteamientos el contratista condenado?
3. ¿Describa el procedimiento para la imposición de multas en la LACAP?

Un jefe UACI como ejecutor ha estado cobrando la multa a un contratista moroso. Al llegar la multa al 12% del total del contrato, sabe que debe caducarse el contrato. Siendo respetuoso de la ley acude al asesor legal y le pregunta:

1. ¿Cuál es el procedimiento para caducar el contrato?
2. ¿Cuál es la autoridad competente para hacerlo?
3. ¿Cuáles son los efectos de la caducidad?

Usted como contratista ha participado en una licitación de combustible promovida por una alcaldía. Debido a toda una serie de irregularidades que le ha señalado su asesor legal, interpuso el recurso de revisión pero se confirmó la adjudicación. Se ha percatado que las bases de licitación fueron aprobadas por el Alcalde Municipal, quien también adjudicó. Sabe que existe nulidad pues la autoridad competente es el Concejo Municipal. Debido a que está molesto y siente que está en su derecho, decide alegar la nulidad.

Con el anterior supuesto, se pregunta:

1. ¿Cuál es la autoridad competente para declarar la nulidad del contrato?
2. ¿Cuál es el procedimiento para declararla?

Usted como jefe UACI ha conocido de incumplimientos contractuales de un determinado contratista, quien pese a las llamadas de atención, siempre incurre en atrasos en las entregas de los suministros. Recibe instrucciones del titular de sancionar al contratista y para ello inicia el proceso de inhabilitación con base en el literal a) del artículo 158 LACAP.

Ante tal situación se pregunta:

1. ¿La inhabilitación es el procedimiento adecuado para sancionar por incumplimiento contractual?
2. ¿Cuál sería el procedimiento de la inhabilitación?
3. ¿Qué recursos admite?

Un Ingeniero Civil, contratista de una obra con FOVIAL, ha incumplido los plazos de la ejecución de la obra debido a causas que no le son imputables, específicamente, por el atraso de materiales debido a una huelga en aduanas que todavía subsiste. Sin embargo, la institución, aplicando el artículo 85 LACAP, le sanciona con la caducidad del contrato.

Ante tal evento, le pregunta:

1. ¿Cómo puede impugnar el acto de caducidad del contrato?
2. ¿Qué opciones legales tiene?

Computadoras, S.A. celebró en mayo de 2000 un contrato de prestación de servicios con el Ministerio de Medio Ambiente. Al iniciar el contrato se dio un incumplimiento contractual porlo que el Ministerio modificó el plazo contractual y ante la persistencia del incumplimiento, dio por terminado el contrato. Computadoras, S.A. interpuso acción contencioso administrativa y en marzo de 2002 le notifican que ganó el proceso, por lo que se continuará con la relación contractual.

Ante tal planteamiento, se consulta:

1. ¿Cuál legislación regulará tal contratación?
2. ¿Se puede prorrogar tal contrato?
3. ¿Cuál serán lo requisitos para prorrogarlo?

TALLER: EL ARBITRAJE

INDICACIONES

1. En grupos, de lectura al caso planteado.

2. En el seno del grupo evalúe los planteamientos expuestos, estableciendo si son valederos para resolver la problemática planteada.

3. Exponga en forma sintética sus conclusiones al pleno.

ANTECEDENTES

1. Luego de participar en la Licitación Pública XXX, BUNKER, S.A. DE C.V. obtiene la adjudicación del contrato de SERVICIO DE MANTENIMIENTO, firmándose el mismo el treinta de mayo de dos mil tres. Tal contrato, en la CLAUSULA DECIMA: SOLUCION DE CONFLICTOS, recoge el mandato legal contenido en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, de resolver los conflictos que surjan durante la ejecución contractual por medio del arreglo directo y del arbitraje.
2. El día diecinueve de junio de dos mil tres, LA AUTONOMA da por recibidos las instalaciones y equipo de BUNKER, S.A. DE C.V. y se inician los servicios al día siguiente.
3. LA AUTONOMA suspende de hecho de los servicios, reclama la garantía de cumplimiento de contrato e inicia un proceso sumario de terminación de contrato. Por su parte, BUNKER, S.A. DE C.V., presenta escrito a LA AUTONOMA solicitando arreglo directo.
4. El día once de agosto de dos mil tres, LA AUTONOMA notifica su negativa de realizar el arreglo directo intentado, no lográndose llegar a ningún acuerdo en tal intento de arreglo directo, siendo procedente de conformidad al artículo 165 de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (en adelante LACAP), que se recurra al arbitraje, pues la Ley de Mediación.

Conciliación y Arbitraje (en adelante LMCA), en su artículo 31 literal a) establece que el convenio arbitral, como el contenido en el contrato entre LA AUTONOMA y BUNKER, S.A. DE C.V., implica la renuncia de la vía judicial.

5. El quince de agosto de dos mil tres, el Juzgado Quinto de lo Mercantil se declara incompetente para conocer del proceso iniciado por LA AUTONOMA, en cumplimiento a la LMCA, en virtud que existe en el contrato entre BUNKER, S.A. DE C.V. y LA AUTONOMA una expresa cláusula arbitral. Tal resolución se confirma cuando el día nueve de octubre de dos mil tres, el mismo tribunal resuelve que no ha lugar la revocatoria interpuesta por LA AUTONOMA de la resolución anterior.
6. El día dieciséis de octubre de dos mil tres, se notifica a LA AUTONOMA la designación del árbitro de BUNKER, S.A. DE C.V., siendo éste el Licenciado JUAN PEREZ. A la vez se le solicita que nombre su arbitro para dar inicio al proceso arbitral que manda la ley y que pactaron las partes.
7. El día veinte de octubre de dos mil tres, LA AUTONOMA notifica a BUNKER, S.A. DE C.V. que debido a la demanda interpuesta en el Juzgado Quinto Segundo de lo Mercantil, el arbitraje no es procedente, mostrando una actitud renuente a .nombrar su árbitro y en conclusión no existiendo acuerdo para el nombramiento del mismo.
8. El día veinte de octubre de dos mil tres, el Licenciado JUAN PEREZ se presenta en LA AUTONOMA a fin de notificarles la aceptación del nombramiento. En el Departamento Jurídico el Licenciado JUAN ESCAMILLA manifestó que LA AUTONOMA no piensa honrar el arbitraje pues ya interpuso una demanda en los tribunales competentes. Es evidente que debido a la renuencia de la autónoma mencionada para nombrar su árbitro no existe un acuerdo para su nombramiento, pese a nuestra insistencia.

CONCLUSIONES Y ELEMENTOS A DESTACAR

En el contrato entre BUNKER, S.A. DE C.V. y LA AUTONOMA existe una cláusula arbitral fundada en la Constitución de la República, la LACAP y la LMCA, que debe respetarse.

BUNKER, S.A. DE C.V. intentó el arreglo directo, no habiéndose logrado acuerdo alguno, pues LA AUTONOMA no consideró procedente tal medio de solución.
La Constitución de la República en su artículo 23 concede el derecho a terminar los conflictos por medios alternos, que es lo que BUNKER desea hacer.

De los hechos relatados se colige la renuencia de LA AUTONOMA a la vía arbitral y específicamente al nombramiento de su árbitro, denotando la falta de acuerdo para el nombramiento, y además que no está interesada en la vía arbitral ni en cumplir el contrato ni la legislación vigente, corriéndose el riesgo que no se cumpla el objetivo del artículo 23 de la Constitución de la República, que es recogido en la LMCA y en los artículos pertinentes de la LACAP, burlándose así las ambiciones plasmadas en los considerandos y cuerpo normativo de la LMCA, en cuanto a agilizar la resolución de los conflictos por métodos alternos de solución, todo con el fin de acelerar la justicia en nuestro país, que a la postre viene a ser el objetivo de un centro de arbitraje.

FUNDAMENTACION LEGAL Y CONSTITUCIONAL

La LACAP establece en su artículo 161 que las diferencias y conflictos que surgieren durante la ejecución de los contratos se resolverán por el arreglo directo y el arbitraje.

En sus artículos 162 y 165 se ordena que intentado el arreglo directo podrá recurrirse al arbitraje de conformidad a las leyes pertinentes y teniendo en cuenta las modificaciones que establece la misma LACAP. La ley pertinente es hoy día la LMCA, que en su artículo 25 regula lo relacionado a controversias entre particulares y entes de derecho público, prescribiendo que en tales procesos de arbitraje se estará a lo que digan las leyes especiales –en este caso la LACAP-, en cuyo defecto se aplicará la LMCA.

Un problema fundamental consiste en conseguir que se respete el precepto contenido en el artículo 23 de la Constitución de la República, sobre todo cuando una de las partes que ha pactado arbitraje para dirimir los diferendos contractuales que

surjan, está renuente a la designación del árbitro. Si no se nombran los árbitros, no se constituirá el tribunal arbitral y por ende la voluntad del legislador y de los contratantes se verán burladas por cualquier ente que de forma dolosa, a fin de evitar la justicia, se niegue a nombrar su respectivo árbitro.

Por ello, la LMCA trata el tema de la designación del árbitro en rebeldía de una de las partes que está renuente a nombrarlo o cuando no exista acuerdo para su nombramiento, expresando en su artículo 37 tercer inciso que: ***"En el arbitraje con árbitro único si alguna de las partes estuviere renuente a la designación, o no hubiere acuerdo entre las mismas o si los dos árbitros o el tercero o terceros delegados no pudieren acordar la designación del que faltare, éste o éstos serán designados por el Centro de Arbitraje que corresponda, cuando se trate de arbitraje institucional o tratándose de arbitraje ad-hoc, por cualquiera de las instituciones legalmente establecidas en el lugar del domicilio donde habrá de llevarse el arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes."***

Analizando tal disposición encontramos los siguientes elementos o supuestos: A) que en el caso del arbitraje único, alguna de las partes estuviere renuente a la designación, B) que no hubiere acuerdo entre las partes para el nombramiento de sus árbitros, C) que los dos primeros árbitros o el tercero y terceros delegados no pudieran acordar la designación del que falta.

Los supuestos en esencia se refieren a la posibilidad que un determinado árbitro no pueda ser nombrado debido a renuencia, falta de acuerdo, etc., y al respecto plantean una solución común a la falta de voluntad o imposibilidad de nombramiento: que sean nombrados por el Centro de Arbitraje o por la institución arbitral legalmente establecida.

En este caso en particular se pueden aplicar dos de los tres supuestos mencionados: que una de las partes está renuente a nombrar su árbitro y que no existe acuerdo para el nombramiento de los mismos. Veamos porqué: no existe acuerdo para nombrar a los árbitros pues LA AUTONOMA está renuente incluso a

nombrar sus obligaciones legales y contractuales y dar inicio al arbitraje. Dicho de otra forma: si una de las partes no quiere honrar la obligación que asumió por medio del contrato y que también consta en las leyes vigentes, no existe acuerdo actual para el arbitraje, por tanto mucho menos existe acuerdo para el nombramiento de los árbitros. No solo para la designación de un árbitro en particular, sino más bien para el acto de designación. Situación que cabe perfectamente en el supuesto legal de la LMCA, pues ésta tiene por objeto que se lleven a cabo los arbitrajes a fin de cumplir el espíritu del legislador.

El otro supuesto: la renuencia a nombrar un árbitro tiene aplicación por lo siguiente: Si bien es cierto una interpretación literalista podría llegar a privar de fortaleza a la LMCA al decir que el supuesto es exclusivo para el arbitraje con árbitro único, no debemos olvidar que la interpretación para la aplicación de la ley debe hacerse en su contexto de tal forma que tal norma sería perfectamente aplicable si consideramos que la voluntad del legislador fue que no quedaran burladas las legítimas pretensiones de un proceso arbitral. De lo contrario, se tendría que afirmar que la LMCA tiene un grave vacío y es inoperante cuando una de las partes simplemente dice ***"¡no quiero arbitraje! ¡no quiero cumplir la ley ni el contrato!",*** por tanto, todo el aparato que se construye alrededor de la LMCA sería un castillo de arena.

Dándole fundamento legal a lo expuesto podemos decir que de conformidad al artículo 22 del Código Civil: ***"El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía".*** La razón es clara y se puede ilustrar con una pregunta ¿de que serviría la LMCA si pudiese ser burlada por una parte que muestre renuencia para nombrar su árbitro aún cuando el arbitraje sea de mayor cuantía?

Ante tal situación, aún bajo el supuesto que la LMCA no hubiese regulado la designación de árbitros en rebeldía de una de las partes renuente a nombrarlos –que si lo hizo, tal como se mencionó infra-, es perfectamente aplicable el artículo 22 del Código Civil citado que recoge el principio doctrinal ***"Donde existe la misma razón,***

impera la misma disposición". De tal forma que aún cuando no se hubiese regulado la situación dicha, son perfectamente aplicables las disposiciones del artículo 37 LMCA en cuanto a que ante la imposibilidad o dificultad de nombrar a un árbitro, debe ser el Centro de Arbitraje quien asuma su reto histórico y proceda al nombramiento del árbitro en rebeldía. Es la única forma de darle cimientos al edificio del arbitraje en nuestro país.

Por ello, el artículo 37 LMCA citado, es una disposición, que aún cuando es aparentemente sencilla, se constituye en una de las piedras angulares sobre la que descansa la LMCA, debido a que por su medio se impide que alguna de las partes, aprovechándose de su inactividad dolosa impida el desarrollo del proceso arbitral.

Es que es tan importante el derecho consagrado en el artículo 23 de la Constitución de la República que debe impedirse las acciones o inacciones que tengan por objeto no solucionar los conflictos por métodos alternos. Tal imperativo se basa, además del artículo constitucional mencionado, en que las normas vigentes establecen que el arreglo directo y el arbitraje serán las vías para resolver los conflictos que surjan de los contratos administrativos (artículo 161 LACAP), incluso mencionan que el compromiso de arbitraje implicará la renuncia de la vía judicial, pudiendo la parte demandada en un proceso judicial interponer la excepción de arbitraje, en cuyo caso deberá declararse incompetente el tribunal ante el cual se haya presentado la demanda.

¿Qué quiere decir la constitución y el legislador? Que la voluntad constituyente y legislativa del Estado de El salvador es que se permita a las partes iniciar y continuar con los procesos de arbitraje establecidos en la ley y en el contrato, lo cual aplicado a la infructuosa demanda interpuesta por LA AUTONOMA nos da un parámetro del actuar inicuo e ilegal que tiene tal institución con el fin de eludir sus obligaciones morales y contractuales. Por consiguiente será procedente que el Honorable Centro de Arbitraje no se deje sorprender por demandas de suyo inconstitucionales e ilegales que pueda esbozar LA AUTONOMA y que permita la continuación del proceso que se inicia a fin de darle cumplimiento a la Constitución y leyes vigentes.

En conclusión, el artículo 37 LMCA tanto de forma directa como por medio de la integración del derecho, es perfectamente aplicable a la situación que nos aqueja, siendo menester que con las bases legales expuestas, se proceda al nombramiento de un árbitro ante la renuencia y falta de acuerdo para su nombramiento.

CONCLUSIÓN

Se ha establecido que es un imperativo constitucional, legal y contractual el someter el diferendo entre LA AUTONOMA y BUNKER, S.A. DE C.V. a un proceso de arbitraje. Se ha probado que LA AUTONOMA desea deshonrar tal obligación. A la vez, la LMCA tiene sus válvulas de protección para impedir que de forma dolosa se evite un arbitraje: tal es el artículo 37 de la misma que ordena que ante la renuencia o ante la falta de acuerdo sea un centro de arbitraje quien lo nombre para que se cumpla la Constitución, las leyes vigentes y los contratos. Aún cuando no estuviera tal prescripción en la ley, puede perfectamente hacerse pues la Constitución de la República es una norma de obligatorio cumplimiento y sobre tal base, habiéndosele dado a los centros de arbitraje gran parte de la competencia que antes tenían los jueces sobre la materia de arbitraje, serán tales centros quienes cumplan su cometido nombrando a los árbitros que les sean requeridos.

ANEXO VI
INFORMES FINALES DE CONSULTORIAS SOBRE PAGO DE OBRA ADICIONAL Y AJUSTE DE PRECIOS

OBJETIVO

La presente consultoría tiene por objetivo proporcionar a las diferentes partes involucradas los fundamentos legales a efecto de cumplir todas las obligaciones contractuales y legales que hayan surgido durante la preparación y ejecución del contrato Número XXX celebrado entre el **MINISTERIO AAA** y el **ASOCIO BBB** financiado parcialmente con fondos del BANCO XXX y bajo la supervisión de CCC.

ANTECEDENTES O RELACION DE LOS HECHOS

1. El 2 de diciembre de 2003 se firma el contrato, con el objeto contractual detallado en las bases de licitación, con un plazo de 365 días calendario y con un monto de $6,000,000.00 bajo el sistema de precios unitarios.
2. Al inicio del proceso de construcción, las partes involucradas se percatan que es indispensable para obtener el objetivo contractual una orden de cambio debido a que es necesario incrementar o decrementar la cantidad de obra para adecuarla a las necesidades reales identificadas en el campo; asimismo, porque algunas previsiones del contrato original no responden a las exigencias para una adecuada ejecución y durabilidad de las obras. Por tal motivo se formaliza una orden de cambio, aumentándose el monto contractual en $500,000.00 y se amplía el plazo contractual en 35 días llegando el plazo hasta el 19 de enero de 2005.
3. Pese a lo anterior, durante la ejecución contractual surgen otros imprevistos que generan obra adicional indispensable para entregar el objeto contractual en condiciones que cumplan los objetivos institucionales. Entre éstos se

cuentan:

a. El suministro de agua potable para el Cantón NNN por reubicación de las tuberías, ya que fue necesario proveer de agua a la población mientras se realizaban los trabajos de reubicación, situación no prevista por el MINISTERIO AAA;
b. Construcción de cercos de alambre de púas, pues debido a que la realidad del campo difería del diseño, se necesitó la ampliación o modificación de los derechos de vía proyectados, entonces, fue necesario quitar los cercos viejos y reponerlos a los dueños, ya que el algunos sitios el camino a construirse no cabía en el derecho de vía;
c. Debido a problemas de negociación de los derechos de vía en donde se construiría el puente según el diseño original, también imprevistos, se decidió construir el nuevo puente proyectado sobre el antiguo y para no entorpecer el libre tránsito el MINISTERIO AAA dispuso instalar un puente metálico provisional el cual fue necesario implementarlo mediante limpieza y pintura;
d. El rediseño del puente sobre el río sucio, pues fue necesario elaborar estudios de suelo y topografía así como el diseño estructural y los planos del puente, que a la postre se edificó sobre el existente, situación también imprevista y debida a los problemas de negociación de los derechos de vía en donde se construiría el puente según el diseño original;
e. Construcción de muros de protección 22+200, pues en algunos puntos fue necesario subir los muros de contención para evitar el derrumbe de casas de pobladores, situación que no se contempló en el diseño original.

4. Tales obras adicionales fueron imprevistas y de obligatoria ejecución, pues eran necesarias para una completa ejecución, razón por la cual fueron ordenadas por la supervisión y no observadas por la Gerencia del Contrato del MINISTERIO AAA.
5. Se solicitó el pago de la obra adicional, que asciende a $1,000,000.00 pero el MINISTERIO AAA manifestó de forma verbal que no podía pagarse tal

obligación por no tener fundamento legal para hacerlo.

SITUACION ACTUAL

El contrato está el proceso de liquidación y el MINISTERIO AAA no ha modificado su postura de no pagar.

PLANTEAMIENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

Siendo el objetivo del presente estudio generar soluciones legalmente viables para los diferentes protagonistas, sin que se genere el riesgo de objeciones del ente financiero u observaciones de la Corte de Cuentas, se acudió a la Constitución de la República y demás leyes vigentes en la materia para desarrollar tales soluciones.

De conformidad al artículo 1 LACAP, tal ley regula las adquisiciones y contrataciones que deben realizar las instituciones para el cumplimiento de sus fines institucionales. Ese planteamiento es esencial para justificar las diferentes adquisiciones y contrataciones que realizan las entidades públicas, incluyendo al MINISTERIO AAA, pues en la medida que están cumpliendo finalidades públicas, establecidas en la Constitución de la República, en el Programa del Gobierno del Presidente y en su programación y presupuestación institucional, se justifican plenamente las adquisiciones y contrataciones, aún cuando sean imprevistas.

Tal planteamiento: la satisfacción de los fines estatales e institucionales como justificativo de las compras estatales, debe entenderse como un parámetro para la calidad y sustancia de los diferentes objetos contractuales, que en el caso de la obra pública implica la construcción de una obra completa –que satisfaga la necesidad pública-, bien hecha y a tiempo. Desde tal perspectiva se entiende de mejor forma el segundo inciso del artículo 107 LACAP que establece que:

"Los proyectos de obras deberán comprender necesariamente obras completas y cada uno de los elementos o medios para la realización y utilización de la misma, incluyendo la adquisición de tierras o de otros

inmuebles que fueren necesarios y la remoción oportuna de cualquier obstáculo."

Es decir, la misma LACAP ordena que las obras incluyan todos los elementos necesarios para la eficiente y eficaz edificación y utilización, como elementos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por determinada obra. En otras palabras, una obra debe cumplir un fin público, para ello, para su utilización y satisfacción de fines públicos, es necesario que la obra sea completa, es decir, deben realizarse todas las actividades necesarias a tal efecto.

Es decir, la obtención del objeto contractual no puede limitarse a lo estrictamente establecido en el contrato, sino que a todos aquellos elementos complementarios o coadyuvantes a satisfacer el fin contractual.

El artículo en su primer inciso establece que deben realizarse estudios previos. Ese es el deber ser. Pero en el caso que los estudios y diseños fallen –situación que per se es imprevisible- o que no se hayan realizado de la mejor forma, en el segundo inciso, no limita con un trámite previo la remoción de los obstáculos que surjan por imprevistos. Al contrario, el mandato es la satisfacción del interés público mediante la remoción o cualquier actividad tendiente a colocar a la obra en aptitud de ser gozada, sin que en el proceso constructivo se dañen o lesionen los derechos de los administrados.

Aplicando tal situación a la realidad del caso en comento, la obra adicional fue producto de la no observancia del primer inciso de ese artículo en los actos previos a la obra. Sin embargo, ya durante la ejecución, el supervisor como representante del MINISTERIO AAA, cumplió a cabalidad su cometido y aplicando el segundo inciso del artículo, ordenó o vindicó la remoción o eliminación de obstáculos, planteó soluciones alternas para problemas que surgieron e incluso previó conflictos con la población. Todo con el fin de obtener una obra completa y con ello satisfacer el fin público perseguido.

La verdad, es que legalmente hablando, el supervisor así como el Gerente el

Proyecto del MINISTERIO AAA, no podían hacer otra cosa, pues el artículo 129 LACAP responsabiliza a quienes ejerzan labores de supervisión por daños y perjuicios en caso de defectos o insuficiencias técnicas u omisiones o infracciones a normas técnicas:

Deficiencia y Responsabilidad

Art. 129.- Cuando el servicio de consultoría demostrare alguna deficiencia, la institución exigirá la subsanación al consultor.

El consultor responderá por los daños y perjuicios provenientes de defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o por los errores materiales, omisiones e infracciones de normas técnicas, o en su caso, de preceptos legales o reglamentarios en que el mismo haya incurrido e imputables a él en la ejecución o utilización de la obra o servicio contratado. Esta responsabilidad será compartida por el funcionario contratante cuando se hubiere contratado en forma directa sin la concurrencia de competencia.

A la luz de la anterior disposición, sobre la marcha de la obra y a fin de no atrasar la ejecución contractual, la supervisión se encuentra con toda una serie de inconsistencias en el diseño y en la proyección de la obra. Ante tal realidad, debe cumplir su cometido contractual y encontrar las mejores soluciones técnicas posibles. De ahí que las instrucciones que giró al contratista tuvieron el objetivo de contar con una obra completa, no detener la ejecución de ésta y por supuesto, no ser en el futuro sujeto de reclamaciones por vicios o deficiencias o errores materiales en el proceso constructivo.

La situación del contratista estaba comprometida por lo anterior, desde un punto de vista técnico pero sobre todo económico, pues los artículos 84 y 111 LACAP ordenan que el contratista por la calidad técnica así como por omisiones u errores y que para realizar los pagos al contratista debe respetarse la programación de la obra y en todo caso, las etapas deben ser aprobadas por el supervisor como representante del propietario.

Ejecución y Responsabilidad

Art. 84.- El contrato se ejecutará con sujeción a las cláusulas del mismo y de

acuerdo con las instrucciones que para su interpretación, diere la institución al contratista.

El contratista responderá de acuerdo a los términos del contrato, especialmente por la calidad técnica de los trabajos que desarrolle, de los bienes que suministre y de las prestaciones y servicios realizados; así como de las consecuencias por las omisiones o acciones incorrectas en la ejecución del contrato.

Asimismo, la institución contratante hará el pago oportuno de las obras, bienes o servicios recibidos, después de cumplidos los requisitos para el efecto y dentro de los términos contractuales. En caso de atraso para efectuar el pago devengado, el contratista tendrá derecho a una compensación por parte de la institución contratante equivalente a la tasa básica activa, promedio publicada por el Banco Central de Reserva, sobre las sumas adeudadas por los días posteriores a los señalados.

Programación de la Ejecución

Art. 111.- El contratista quedará obligado a cumplir con la programación aprobada para la ejecución de la obra prevista, en las diferentes etapas del proyecto, las que una vez recibidas y aprobadas por el supervisor de la obra, procederá el respectivo pago.

Si no se realizaban las obras adicionales que implicaban subsanar deficiencias y evitaban las omisiones culpables, no se aprobarían las estimaciones y el contratista incurriría en iliquidez que haría peligrar el contrato. Entonces, debía realizarlas para que procediera el respectivo pago. Existen casos en los cuales el contratista realiza actos no totalmente libres, sino en los que su voluntad está viciada por fuerza, entendida ésta como la presión financiera que puede ejercer el propietario o el supervisor del proyecto a fin que el contratista realice actividades o exonere de responsabilidades so pena de no sufragar las obligaciones contractuales que ya se deben.

Incluso la norma 111 LIMITACION DE OPERACIONES, que en el párrafo tercero dispone: ***"El supervisor está facultado para exigirle al Constructor que se complete una sección de la obra en construcción, antes de iniciar los trabajos en cualquier otra sección si la apertura de la que está en construcción fuese esencial para la conveniencia pública".***

CONCLUSIÓN PRELIMINAR

Hemos visto que la LACAP ordena que las obras sean completas; que ordena que las mismas tengan la particularidad de cumplir los fines establecidos; que el supervisor, el propietario y el contratista están obligados legalmente por tales normas; incluso, se ha notado que el contratista debe cumplir las órdenes de supervisión para contar con los pagos oportunos.

El supervisor, de acuerdo a la legislación, doctrina y jurisprudencia aplicable, ejerce una autoridad formal y material y es representante de la institución.

En este caso en particular, las obras adicionales eran necesarias para obtener el objetivo contractual. Por ello las ordenó el supervisor. Tales órdenes constan en bitácora y no fueron observadas por el Gerente del Proyecto del MINISTERIO AAA. Es decir, existió consentimiento tácito de las partes involucradas en la elaboración de la obra adicional. Cuando el contratista pidió la orden de cambio, se le manifestó que oportunamente se haría.

La obtención del objeto contractual no puede limitarse a lo estrictamente establecido en el contrato, sino que a todos aquellos elementos complementarios o coadyuvantes a satisfacer el fin contractual. Y siendo el contrato de precios unitarios, con mucha más razón es resarcible la obra adicional, pues es de la esencia del contrato de obra pública por precios unitarios la posibilidad de incremento o decremento de la obra, con lo cual aumentan o disminuyen el precio contractual.

¿PROCEDE UNA ORDEN DE CAMBIO?

De manera complementaria, debemos examinar la factibilidad legal de una orden de cambio. El artículo 109 LACAP contempla la posibilidad de las órdenes de cambio, que serán factibles siempre y cuando se den por situaciones imprevistas, como es el caso, y que no excedan del 20% del monto total del contrato. Las situaciones planteadas son imprevisibles y el monto, junto a la primera orden de cambio, no excede del 20%.

Se afirma que fueron imprevisibles pues, por ejemplo, lo previsible era la compra de derechos de vía, si no se pudo realizar de forma voluntaria, lo previsible era el juicio de expropiación, pero el MINISTERIO AAA decide cambiar el diseño y con ello se generan toda una serie de situaciones que no pudieron contemplarse en la orden del cambio original, por ejemplo: la construcción de cercos, el rediseño del puente, la habilitación del puente provisional. Asimismo, se dieron situaciones imputables a un diseño no apegado totalmente a la realidad, tal como ya se había identificado en la primera orden del cambio, por ejemplo: la necesidad de construcción de más muros de protección 22+200, lo que incluye excavación para estructuras, relleno de estructuras, mampostería de piedra, etc.

Véase que el artículo 109 LACAP no limita las órdenes de cambio a que sean actos previos. Hacerlo sería inconveniente a la administración, sobre todo porque siempre existen modificaciones que deben realizarse sobre la marcha del proyecto para no atrasar la ejecución, como fue el presente caso. Entonces, existe la posibilidad legal de formalizar una orden de cambio que se haya realizado de hecho durante la ejecución contractual si ésta fue necesaria para obtener el objeto contractual en el entendido de una obra completa.

El anterior planteamiento es importante pues las bases de licitación contemplan que las órdenes de cambio sean previas, situación que como se ha manifestado, riñe con el artículo 109 LACAP. Incluso véase que en las bases de licitación se toma como norma al artículo 109 LACAP antes de la reforma que sufrió, es decir, contemplando la aprobación previa de las mismas por el Consejo de Ministros, situación que fue superada con la reforma en el sentido de que hoy ya no se exige la aprobación previa. Por esa inconsistencia legal es que se puede llegar a pensar que existe fundamento legal para exigir un trámite previo, situación que no se exige en la Constitución de la República ni en la LACAP.

Desde tal perspectiva la norma de las bases de licitación CG-12 al reñir con el artículo 109 LACAP, en virtud del Principio de Jerarquía Normativa contemplado del

artículo 246 de la Constitución de la República, se vería superada por las normas de la LACAP en el sentido que no son un requisito previo. Incluso las bases de licitación contienen otras normas que están de acuerdo a la ley y prevén las órdenes de cambio sin una aprobación previa, incluso esclarecen la autoridad del Supervisor y del Gerente del Proyecto. Entre estas tenemos:

A. La respuesta 1 de la aclaración No 500 del 4 de octubre de 2003, establece que ***"En caso de haber reducción o adición de cantidades de obra o nuevas partidas, éstas estarán sujetas a consideración del contratante, tomando en cuenta lo establecido en las bases de licitación".***

B. La norma 444 CAMBIOS EN LOS PLANOS O EN LA NATURALEZA DE LA OBRA, literal a) ***"En cualquier tiempo durante el progreso de la obra, el Gobierno tendrá derecho a efectuar los cambios en los planos o en la naturaleza de la obra que considere necesarios o convenientes, para asegurar la terminación de la obra de manera satisfactoria.***

Asimismo, en cualquier tiempo tendrá el derecho de agregar o de restar cualquiera o todas las partidas en los cálculos de cantidades aproximadas que se muestran en la oferta. El alcance del proyecto puede alargarse o acortarse ya sea añadiendo o reduciendo partidas o por la relocalización de una o varias secciones.

Estos cambios serán propuestos en principio por el Supervisor, quien informará de ellos oportunamente al Gerente del Proyecto que será finalmente quien apruebe tales propuestas."

C. La norma 555 CAMBIOS EN LOS PLANOS O EN LA NATURALEZA DE LA OBRA, literal f): ***"El Supervisor puede, previa conformidad con el Gerente del Proyecto, en orden escrita al Constructor, eliminar cualquier rubro del contrato y dicha acción en ninguna manera invalida el contrato.***

Cuando se notifique al Constructor de la eliminación de rubros que hubiera comenzado ya a ejecutar, será reembolsado mediante orden de cambio por el trabajo hecho, más todos los gastos incurridos, incluyendo la movilización de materiales anterior a la notificación".

Tales normas son consonantes a la legislación aplicable, en el sentido que la LACAP no establece trámite previo para las órdenes de cambio. Por otro lado, se revela la autoridad que tiene el Supervisor y el Gerente del Proyecto para decretar modificaciones siempre y cuando éstas sean necesarias para la ejecución de la obra completa a fin de satisfacer los fines estatales.

A esta altura es pertinente formular una pregunta clave para solucionar la problemática planteada:

¿Es procedente pagar una obra adicional, imprevista, pero necesaria para lograr el objeto contractual, ordenada por la Supervisión y no observada por la Gerencia del Proyecto, la cual tiene por objetivo la confección de una obra completa a fin de satisfacer los fines institucionales?

A la luz de lo expuesto, la respuesta irremisible es que sí. Sin embargo, surge la duda por la interpretación de las bases de licitación desapegada de la Constitución de la República y la LACAP que considera que pese a que la obra fue imprevista, necesaria, ordenada por la autoridad competente –supervisión- y no observada por la Gerencia del Proyecto, no debe pagarse, ya que no se siguió el trámite previo de la orden de cambio.

Se ha expuesto que los requisitos para una orden de cambio se han cumplido. Asimismo, que no debe exigirse el trámite previo de ésta como requisito para pagarla. Se han expuesto fundamentos legales y de normas de las bases de licitación, pero además existen fundamentos constitucionales para sortear el supuesto requisito previo, en el entendido que la Constitución de la República prevalece por sobre cualquier norma inferior.

Así el artículo 9 de la Constitución de la República ordena:

> ***"Nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y en los demás señalados por la ley."***

Por su parte el artículo 246 de la constitución de la República, también ordena:

"Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.

La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado."

Puede haber existido consentimiento para realizar las obras, situación sobre la que tenemos reservas, pues si el contratista no hacía el trabajo, no se aprobaba la siguiente estimación y consecuente pago. Entonces, como ya se expuso, el consentimiento estaría viciado, como puede ocurrir en situaciones similares.

Pero el planteamiento principal es que con la interpretación de no pagar debido a que faltaron requisitos previos, se quiere obligar al contratista a no recibir una retribución justa por un trabajo que fue imprevisto, que fue necesario, que fue ordenado por la supervisión, que no fue observado por la Gerencia del Proyecto Y QUE EFECTIVAMENTE REALIZÓ. Tales normas de las bases de licitación, en contraste con el artículo 9 de la Constitución de la República, se tornan inaplicables a la realidad concreta, pues son manifiestamente inconstitucionales y no tienen la virtualidad de limitar los derechos establecidos constitucionalmente.

Entonces, aplicando la norma constitucional, a efecto de pagar la obra que efectivamente se hizo y que fue recibida a satisfacción, procede realizar los trámites posteriores para aprobar la orden de cambio que legalice el trabajo y el pago debido. No debe olvidarse que los derechos fundamentales como el concedido por el artículo mencionado, son irrenunciables.

CONCLUSIONES

Se han cumplido los requisitos legales y técnicos para la obtención de una obra completa y susceptible de utilizarse para satisfacer fines públicos.

Para tal objeto la supervisión emitió instrucciones que no fueron observadas por la Gerencia del Proyecto y que fueron ejecutadas de buena fe por el contratista.

Por el trabajo realizado, que fue efectivamente recibido y avalado por la institución contratante, es procedente pagar su valor con base en la norma constitucional que tiene mayor jerarquía que las bases de licitación, razón por la cual éstas no pueden ser la base para no pagar al contratista si no medió un trámite previo. En todo caso, los trabajos fueron necesarios, se están utilizando, fueron imprevistos y no superan el porcentaje del 20 % para las órdenes de cambio que plantea el artículo 109 LACAP.

RECOMENDACIONES

Debido a que se ha comprobado la procedencia constitucional y legal de pagar la obligación que surgió con la obra adicional, es razonable y justificado realizar el pago.

De conformidad al artículo 84 LACAP el pago debe ser oportuno.

San Salvador, julio de 2005.-

OBJETIVO

La presente consultoría tiene por objetivo proporcionar a las diferentes partes involucradas los fundamentos legales a efecto de modificar dentro de un marco de Seguridad Jurídica el CONTRATO DE SUMINISTRO A CEPA DE MANO DE OBRA Y OTROS RECURSOS PARA LA PRESTACION DE SERVICIOS PORTUARIOS EN EL PUERTO DE ACAJUTLA ENTRE LA CEPA Y LA SOCIEDAD BBB, así como de contratos similares que derivaron la Licitación Pública XXX, modificación que está encaminada a reestablecer un equilibrio financiero que coadyuve a evitar pérdidas de los estibadores, ocasionadas por los incrementos de los insumos necesarios para producir.

ANTECEDENTES O RELACION DE LOS HECHOS

1. El veintinueve de noviembre de dos mil cuatro se firma el contrato, con el objeto contractual consistente en suministrar a CEPA mano de obra y <u>otros</u>

recursos para la prestación de servicios portuarios en el Puerto de Acajutla, con un plazo de trece meses contados a partir del treinta de noviembre de dos mil cuatro hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil cinco, cuyo monto está detallado en la Tabla de Precios Unitarios Promedio.

2. Durante el año dos mil cinco se dan en los mercados internacionales constantes y sensibles alzas de combustible que impactan en los costos de producción del servicio.

SITUACION ACTUAL

El contrato está en proceso de ser prorrogado y se ha solicitado revisión de las tarifas y disposiciones aplicadas el personal de supervisión.

PLANTEAMIENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

LA SATISFACCION DE FINES PUBLICOS Y
EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Siendo el objetivo del presente estudio generar soluciones legalmente viables para los diferentes protagonistas, sin que se genere el riesgo de objeciones u observaciones de la Corte de Cuentas, se acudió a la Constitución de la República y demás leyes vigentes en la materia para desarrollar tales soluciones.

De conformidad al artículo 1 LACAP, tal ley regula las adquisiciones y contrataciones que deben realizar las instituciones para el cumplimiento de sus fines institucionales estatales enunciados en el artículo 1º de la Constitución de la República.

Ese planteamiento es esencial para justificar las diferentes adquisiciones y contrataciones que realizan las entidades públicas, incluyendo a CEPA, pues en la medida que están cumpliendo finalidades públicas, establecidas en la Constitución de la República, en el Programa del Gobierno del Presidente y en su programación y presupuestación institucional, se justifican plenamente las adquisiciones y contrataciones, así como el precio de las mismas.

Tal planteamiento: la satisfacción de los fines estatales e institucionales como

justificativo de las compras estatales, debe entenderse como un parámetro para la calidad y sustancia de los diferentes objetos contractuales, que en el caso del servicio implica la prestación de la labor pactada, que satisfaga la necesidad pública y que sea bien hecha y a tiempo.

Tales requisitos conllevan ineludibles costos de producción, entre los cuales, en este contrato en particular, podemos mencionar: prestaciones laborales como salarios, seguridad social, etc.; insumos como diesel, lubricantes, etc. entre otros. Es evidente que el alza en los precios del combustible impacta de forma decisiva en la canasta básica así como en los precios de otros insumos, tal como se puede evidenciar de la sola lectura de las noticias en el transcurso del presente año.

Entonces, como una conclusión preliminar podemos afirmar que debido al cumplimiento de los fines estatales e institucionales por medio de prestaciones que cumplan los objetivos planteados, se justifica la contratación pública así como posibles modificaciones o incrementos contractuales, ya que estos tienen por finalidad que los contratistas institución sigan brindando la prestación laboral pactada, sin afectarlos, pues tal afectación seria contraria a la Constitución.

Eso se llama el Principio de Continuidad del Contrato Administrativo por medio del cual la institución, fundada en razones de Justicia y Seguridad Jurídica debe propiciar la continuación del contrato administrativo a fin de satisfacer los fines públicos propuestos.

De lo contrario, el contrato se puede terminar, debido a que las condiciones son insostenibles para los contratistas, o implicará para los mismos una carga financiera causante de pérdidas irrecuperables, que no es el objetivo de las partes contratantes.

LA LIBERTAD CONTRACTUAL Y
EL DERECHO A UNA JUSTA PRESTACION

Según el artículo 23 de la Constitución de la República existe la Libertad de Contratación, la cual se ejerció al momento de ofertar y posteriormente contratar con

CEPA en el marco de la presente relación contractual. Sin embargo, tal libertad contractual se ejerció sobre la base de determinadas condiciones previstas, como son precios de insumos, tarifas, etc. de ahí que la modificación de tales variables incide sobre la relación contractual y puede llegar a propiciar una situación de desbalance financiero que genere una situación de cumplimiento por obligación y no por la retribución que se torna injusta e insuficiente para prestar un servicio de forma eficiente y eficaz. Tal situación también está regulada por la Constitución de la República, que en su artículo 9 ordena:

"Nadie puede ser obligado a realizar trabajos o prestar servicios personales sin justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo en los casos de calamidad pública y en los demás señalados por la ley."

Lo anterior se llama el Derecho a una Justa Prestación o Retribución.

Por su parte el artículo 246 de la constitución de la República, también ordena:

"Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio.

La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado."

En otras palabras, se tiene el derecho a una justa retribución el que no puede ser suprimido por las leyes, mucho menos por normas legales de inferior categoría.

Sin embargo, es este caso la ley aplicable, la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (en adelante LACAP), plantea una solución en consonancia con la Constitución, pues para garantizar una justa retribución permite la revisión de precios en su artículo 88 que expresa:

"En los contratos en que el plazo de ejecución exceda de doce meses calendario, procederá el ajuste de los precios pactados, siempre y cuando, se

compruebe en los mercados, modificaciones de precios que afecten los costos y solo por la parte no ejecutada de la obra, bienes o servicios no recibidos. Estos ajustes deberán hacerse del conocimiento público.

Igualmente procederá el ajuste de precios, al operarse una variación en el poder adquisitivo de la moneda nacional frente al patrón dólar.

La revisión de este rubro se llevará a cabo en la forma prevista en el contrato correspondiente. En el Reglamento de esta Ley se establecerán los diferentes criterios y mecanismos de ajustes de precios, que serán distintos de acuerdo al tipo de contrato."

La LACAP plantea dos requisitos básicos:

a. Que el contrato tenga un plazo de ejecución de doce meses calendario, y
b. Que se compruebe en los mercados variaciones de precios que afecten los costos de producción.

Es evidente que ambos requisitos se cumplen en nuestro caso, pues el contrato tiene un plazo de ejecución de trece meses y es factible comprobar las variaciones de los precios del combustible, lubricantes, etc. que influyen de forma directa en los costos de producción, los que incluso son del conocimiento público y lo evidente no en necesario probarlo. Entonces, es factible una modificación contractual por medio del mecanismo de revisión de precios.

Puede surgir la duda acerca de lo expresado en el artículo en su tercer inciso, relacionado a que la LACAP propone que la se haga de acuerdo a lo establecido en el contrato y en el reglamento. Al respecto debe aclararse que existen vías de solución.

En primer lugar, no existe reglamento todavía. Sin embargo la LACAP en su artículo 172 plantea que:

"Mientras no se aprueben el o los reglamentos de aplicación de la presente ley, las adquisiciones y contrataciones que se realicen a partir del momento en que entre en vigencia el presente decreto, serán reguladas conforme a lo estipulado en las disposiciones que para tal efecto contiene esta ley."

(NOTA BENE: LA PRESENTE CONSULTORIA SE REALIZÓ ANTES DE LA VIGENCIA DEL **REGLAMENTO DE LA LACAP QUE ESTA VIGENTE DESDE NOVIEMBRE DE 2005, PERO NO CONTRADICE LO EXPUESTO. EL ARTÍCULO 62 RELACAP REGULA LO PERTINENTE DANDO CRITERIOS PARA EL AJUSTE DE PRECIOS.)**

Es decir, según la misma LACAP, el reglamento puede obviarse, aplicando las otras normas contenidas en ella.

Con relación a las normas contractuales, también debe realizarse una aclaración: debe revisarse las bases de licitación para constatar que no existan disposiciones o regulaciones al respecto. Si las hay, deben respetarse en el entendido que éstas jamás podrán negar la revisión de precios que viene a ser una derivación del artículo 9 de la Constitución de la República que contiene el Derecho a una Justa Retribución.

Si no existen normas al respecto, eso no puede ser un obstáculo para el ajuste de precios, pues la misma LACAP en su artículo 172 citado plantea que se utilicen las normas legales existentes para aplicarla de forma eficiente. De ahí que se pueden seguir procedimientos como el contemplado en los artículos 161 a 169 LACAP, es decir, el arreglo directo como un mecanismo se solución de diferendos contractuales.

En todo caso, el artículo 23 LACAP permite utilizar las normas de Derecho Común aplicables, al respecto, se puede utilizar el artículo 1416 del Código Civil que contiene el Principio de Autonomía de la voluntad de las partes, las cuales pueden de común acuerdo modificar las obligaciones contractuales suscritas.

LACAP: "Art. 23.- La preparación, adjudicación, formalización y efectos de los contratos indicados en la disposición anterior quedan sujetos a esta Ley, su

reglamento y demás normas que les fueren aplicables. A falta de las anteriores, se aplicarán las normas de Derecho Común."

CODIGO CIVIL: "Art. 1416.- Todo contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes, y sólo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales."

Entonces, es perfectamente viable una modificación contractual en la que por medio del arreglo directo o por mutuo consentimiento de las partes se ajusten los precios.

Para que sobreabunde también es aplicable, vía el artículo 23 LACAP, el artículo 994 del Código de Comercio, que contiene la Doctrina de la Imprevisión y que ordena:

"Cuando en relación a un acto de ejecución continua, de prestaciones periódicas diferidas, la prestación a cargo de una de las partes llegare a ser excesivamente onerosa por superveniencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles en el mercado, la parte que debe tales prestaciones tendrá derecho a la resolución del acto en cuanto a lo sucesivo; pero la otra parte también tendrá derecho de oponerse a tal resolución, mediante una propuesta de modificaciones equitativas y proporcionales."

Es evidente que el alza de los combustibles fue extraordinaria e imprevisible, pues nunca se había tenido un alza de tal magnitud, no podía preverse. En tal sentido, el alza se vuelve en una situación de fuerza mayor que afecta la ejecución contractual.

En conclusión, existe sobrada legislación que salvaguardando el Derecho a una Justa Retribución, permite la solución que se pretende. Ese hecho es una garantía de la Seguridad Jurídica de nuestro planteamiento.

CONCLUSIONES

I. La constitución de la República establece el Derecho Irrenunciable a una Justa Retribución;

II. La revisión de precios de un contrato administrativo es una emanación del Derecho a una Justa Retribución;

III. Existen varias normas legales que permiten la revisión de precios a fin de propiciar la Justa Retribución. Entonces, es legalmente viable tal figura;

IV. A falta de reglamento de la LACAP, esta se puede aplicar de forma independiente, para el caso existe el mecanismo del arreglo directo o el acuerdo de las partes para pactar una modificación contractual en la que se revisen los precios y se establezcan tarifas de acuerdo al artículo 9 de la Constitución de la República.

RECOMENDACIONES

I. Que se cumplan las normas legales vigentes al efecto y en consecuencia se proceda al ajusta de precios, tal como se planteó;

II. Que por medio del arreglo directo, contemplado en la LACAP, se proceda al ajuste de precios;

III. Que se valore que además de que existe un marco legal que propicia la figura del ajuste de precios, existen razones de conveniencia institucional que favorecen que se haga así.

San Salvador, noviembre de 2005.-

ANEXO VII
EVALUACIONES

1. La forma de colaboración voluntaria de los particulares para la consecución de los fines estatales, recibe el nombre de:

2. ¿Qué son los contratos administrativos?

3. ¿Qué significa el Principio de Legalidad?

4. ¿Qué son las cláusulas exorbitantes?

5. ¿En qué se fundamentan las cláusulas exorbitantes?

6. ¿Regula la LACAP las Obras por Administración? SI-NO ¿porqué?

7. ¿Qué debe tener un convenio de unión de ofertantes?

8. ¿Cuáles son los contratos administrativos excluidos por la LACAP?

9. ¿Cuál es el régimen legal para la aplicación de la LACAP?

10. ¿Qué son los contratos administrativos?

11. ¿Qué es la caducidad de los contratos?

12. ¿Qué es el contrato llave en mano?

13. ¿Cuál es el papel y la potestad de la UNAC en el marco de la LACAP?

14. ¿Se pueden contratar arrendamientos de inmuebles en el marco de la LACAP? ¿Cuál es la base legal?

15. ¿Cuáles son las tres categorías de personas que no pueden llegar a contratar en el marco de la LACAP?

16. ¿Regula la LACAP la figura de las cotizaciones? Si-No ¿porqué?

17. ¿Cuáles son los tres supuestos de prórroga de contratos que plantea la LACAP?

18. ¿Se puede perfeccionar y luego formalizar contratos en el marco de la LACAP?

19. ¿Cuál es la autoridad competente y el procedimiento para sancionar con multas en el marco de la LACAP?

20. ¿Es necesario caducar los contratos para exigir la garantía de cumplimiento de contrato? Si-No ¿porqué?

21. ¿Cuáles son los Principios Constitucionales de la contratación administrativa?

22. ¿Qué entiende usted por el Principio de Seguridad Jurídica?

23. ¿Cuáles son los principales elementos del contrato administrativo?

24. ¿Cuáles son los principales derechos del contratista?

25. ¿Cuáles son los casos de prórroga de contratos que establece la LACAP?

26. ¿Se puede subcontratar elementos esenciales de los contratos? ¿por qué?

27. ¿Cuántas veces se puede prorrogar un contrato administrativo? ¿porqué?

28. ¿Cuál es la base legal y filosófica para que las instituciones tengan la facultad de dictar normas de interpretación de los contratos?

29. ¿Cuál es la diferencia entre cesación y la extinción de los contratos?

30. ¿Cuándo es que un contrato se tiene por cesado?

31. ¿Cuál es la diferencia entre la caducidad y la revocatoria de un contrato?

32. ¿Cuáles son los requisitos y el procedimiento para caducar un contrato?

33. ¿Cuál es la autoridad competente para anular los contratos administrativos?

34. ¿Puede terminar una obra pública el fiador de la garantía de fiel cumplimiento de contrato? ¿cuáles son las ventajas e inconvenientes?

35. ¿Qué tienen en común el contrato de suministro y el contrato de arrendamiento de bienes muebles?

36. ¿Cuál es la diferencia entre el contrato de suministro de servicios y el contrato de consultoría?

37. ¿Hay que hacer licitación para conceder una concesión de subsuelo (exploración y explotación de mina)? Si-No ¿por qué?

38. ¿Es obligatorio el arbitraje en los contratos administrativos? Si-No ¿por qué?

39. ¿Qué se puede hacer cuándo una parte contractual está renuente a nombrar su árbitro? ¿cuál es la base legal?

40. ¿La falta de motivación del acto de adjudicación puede viciar el acto?