

dad con nuestra ley.⁽⁴⁴⁾ La primera firma es la del Notario, cierra la escritura pública, es decir se pone antes de las firmas de los comparecientes. La práctica —en cambio— es otra, dado que aunque materialmente aparezca de primero, es lo cierto que han firmado (cronológicamente) antes, las partes y testigos, así como traductores e intérpretes si los hubieran.

“Antes de la firma del Notario, es conveniente señalar que nuestra Ley Notarial exige dos requisitos: la fecha, con indicación de la hora, día, mes y año; el lugar donde se ha otorgado la escritura y las notas que fueren necesarias para salvar errores y hacer aclaraciones o modificaciones.⁽⁴⁵⁾”

No obstante en buena técnica escrituraria, estos elementos debieran estipularse en el encabezamiento y dentro de éste en el subro correspondiente a “elementos espacio-temporales”,⁽⁴⁶⁾ tal y como se dijo oportunamente.

4: Conclusiones:

La escritura pública —la formación— como instrumento público, además de ser forma del acto contractual o negocio jurídico, así como de conferir prueba calificada para efectos procesal-probatorios, emana el valor seguridad jurídica a esa voluntad particular, exteriorizada acorde al interés de las partes y amoldada al ordenamiento jurídico.

La estructura interna de ese documento, reviste particular importancia. Con el buen ordenamiento de sus diversos elementos se logra, por medio de una redacción técnico-jurídica del autor, la perfecta exteriorización de lo que las partes han querido llevar a cabo. Es necesario para ese fin, el conocimiento técnico y doctrinario del agente, sólo logrado mediante una formación universitaria adecuada.

Desde un punto de vista técnico notarial, en Costa Rica, siguiendo la práctica sobre el particular, se impone una ordenación de todos esos elementos mencionados, pues es lo cierto que en materia de redacción de escrituras públicas impera cierto desorden, cuyo resultado se traduce en un documento incoherente, carente de estética, aún cuando surta los efectos propios establecidos en el Derecho Objetivo.

Consideramos que la estructura interna debe responder a lo que doctrinariamente se establece, delimitándose cadauna de las partes por el Notario: Comparecencia: encabezamiento y comparecencia propiamente dicha; cuerpo o contenido: exposición y disposición y finalmente, que la conclusión esté formada por el otorgamiento y la autorización.

Nos encontraríamos frente a un “buen hacer” el documento público notarial.

(44) Art. 76, inc. 7, Ley Orgánica del Notariado.

(45) SALAS-HERNANDEZ, *Apuntes de Derecho Notarial*, Fac. de Derecho, U. de Costa Rica, 1970. pág. 45.

(46) Véase la sección de estructuras internas en el Derecho Comparado.

ALGUNAS REFORMAS AL REGLAMENTO DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA. — ANALISIS Y COMENTARIO

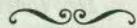
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático de la Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho. Miembro del Instituto de
Investigaciones Jurídicas. Profesor
de Derecho Administrativo.

SUMARIO:

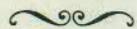
Siglas más usadas.
Resumen.

- I Introducción.
- II Reforma al reglamento de la contratación administrativa
 - A) Decreto Ejecutivo N° 16078-P-H (13 de febrero de 1985).
- III Conclusiones.
- IV Bibliografía de Referencia.



SIGLAS MAS USADAS

| | |
|------|---|
| LAP | Ley de Administración Pública. |
| LARF | Ley de Administración Financiera de la República. |
| C | Contraloría General de la República. |
| RCJ | Revista de Ciencias Jurídicas. |
| RJ | Revista Judicial. |
| D | Decreto Ejecutivo. |
| H | Ministerio de Hacienda. |
| RCA | Reglamento de la Contratación Administrativa. |
| Art. | Artículo. |
| PLAN | Ministerio de Planificación. |
| LCE | Ley de Contratos del Estado. |
| J | Ministerio de Justicia. |
| CP | Constitución Política. |
| L | Ley. |



RESUMEN

Este trabajo trata de dar una breve idea de reformas efectuadas al reglamento de la contratación mediante varios decretos.

La ausencia de una Ley de Contratos del Estado (LCE), incide sobre una normativa un tanto anárquica, desordenada y desarticulada. Existen una variedad de reglamentos (así, por ejemplo: el de la Caja Costarricense de Seguro Social, de la Proveeduría Nacional, Recope, Banco Popular, etc.) en materia de contratación administrativa. La emisión de una ley especializada contribuiría a darle una coherencia y ligazón apropiada a esta materia, obligando a la normativa reglamentaria a someterse a esa legislación común.

Cabalmente, el análisis de estos decretos muestran las incoherencias de una normativa que se emite desarticuladamente, tratando de reformar parcialmente el amplio campo de la legislación (en sentido genérico) en el terreno de los contratos que celebra la Administración Pública.

I INTRODUCCION

Hace poco tiempo se ha emitido una normativa nueva sobre la materia relativa a la contratación administrativa.

En este trabajo analizaremos algunos aspectos significativos de esa innovación jurídica contractual.

Es probable que el Poder Ejecutivo publique otro decreto reformando el N° 16078-P-H del 13 de febrero de 1985.

Recordamos que ya en otros trabajos habíamos expuesto algunos aspectos sobre la temática de la contratación administrativa, razón por la cual debe tomarse éste como parte de ese mismo tratamiento analítico y metodológico (cf. *la licitación pública en Costa Rica*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1975, agotado; *Contribución al estudio del contratista público en Costa Rica*, San José, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, 1975, agotado; *El concurso de antecedentes*, San José, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 40, 1980, agotado; *La contratación administrativa pública*, San José, Revista de Ciencias Jurídicas N° 48, 1982).

II REFORMA AL REGLAMENTO DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

A) Decreto N° 16078-P-H (13 de febrero de 1985)

Mediante este decreto se reformó el Reglamento de la Contratación Administrativa (ver Gaceta N° 54, alcance N° 5 del 18 de marzo de 1985).

1) Requisitos de los contratos que impliquen erogación

El Artículo 15, párrafo primero ha mantenido en su redacción:

- a) Existencia de financiamiento legalmente obtenido o fondos suficientes presupuestados de manera genérica o específica para la finalidad propuesta.

El párrafo segundo de este numeral decía:

"Respecto de aquellos contratos cuya ejecución exceda de un período fiscal o implique erogación principal a los cinco millones o al 5% del presupuesto ordinario de gastos vigente, salvo financiamiento legal-

mente obtenido, se debe procurar la autorización de la Contraloría General que será extendida previo estudio jurídico financiero de la situación del ente. La Administración se comprometerá formalmente en la solicitud de autorización a incluir en el presupuesto o presupuestos subsiguientes, según sea el caso, las partidas necesarias para la cancelación total de la obligación”.

Del párrafo segundo, la reforma vigente sólo dejó la parte final del derogado párrafo:

“La Administración se comprometerá formalmente en la solicitud de autorización a incluir en el presupuesto o presupuestos subsiguientes, según sea el caso, las partidas necesarias para la cancelación total de la obligación”.

Al respecto la Contraloría General de la República (en adelante la Contraloría) manifestó lo siguiente:

“El segundo párrafo de este artículo (el 15) carece de sentido, pues se omitió incluir el párrafo precedente que contiene el inciso anterior a esta reforma, que es donde se prescribe en qué casos se requiere de la autorización de la Contraloría”.⁽¹⁾ (La recta es nuestra).

Asimismo, la Contraloría advierte que el inciso h) de ese artículo 15 eliminado, señalando que:

“Por otra parte ignoramos si la derogatoria del inciso h) de ese artículo fue consultada con el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, pues el mismo fue introducido a instancia de este Ministerio”.⁽²⁾

Agregando lo que sigue:

“Aparte de que con fundamento en este inciso h), se emitió el Decreto Ejecutivo N° 14694-PLAN de 15 de julio de 1983, publicado en La Gaceta N° 143 del 29 de julio del mismo año, al que no se hace referencia alguna en esta reforma”.⁽³⁾

(1) Carta de la Contraloría dirigida al Ministro de Hacienda Lic. Porfirio Morera Batres, el día 28 de marzo de 1985, oficio N° 3045, pág. 1. La Contraloría advierte que no fue consultada sobre este Decreto.

(2) *Idem.*

(3) *Ibidem.* El inciso h) decía: “En las contrataciones que impliquen adquisición de tecnología, la administración realizará un estudio sobre la base de las normas que respecto a esta materia haya emitido y publicado, previa consulta con la Contraloría General, el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica. Se entenderá que una contratación implica la adquisición de tecnología cuando ella involucra licencias de propiedad industrial, transferen-

En ambas observaciones lleva razón la Contraloría. Es probable que en una ulterior publicación el Poder Ejecutivo haga las correcciones del caso.

El párrafo tercero del artículo 15, citado, decía:

“En situaciones especiales, a criterio de la Contraloría, ésta puede autorizar la publicación de carteles o la tramitación de licitaciones privadas, aún antes de que haya entrado en vigencia un presupuesto o su modificación, siempre que existan razones fundadas para presumir que oportunamente se dispondrá de la asignación presupuestaria. En tal supuesto, la Administración advertirá expresamente en el cartel y así se hará constar también al dictar el acto de adjudicación, que el contrato que se llegue a perfeccionar queda condicionado en su eficacia a la disponibilidad presupuestaria”.

Este párrafo tercero dice en la actualidad:

“En situaciones especiales a criterio de la Contraloría, ésta puede autorizar la publicación de carteles o la tramitación de licitaciones privadas, aún antes de que haya entrado en vigencia un presupuesto o su modificación, siempre que existan razones fundadas para presumir que oportunamente se dispondrá de la asignación presupuestaria”.

La reforma en cuestión lo dejó intacto.

cia de conocimientos técnicos en cualquier forma, asistencia técnica o la adquisición de plantas “llave en mano”, caso este último en que se estará a lo que dispone el artículo 22” (Decreto Ejecutivo N° 14475-H/83). Por su parte el decreto ejecutivo N° 14694-Plan se refiere (está vigente) a los requisitos que deben llenar los contratos de adquisición de tecnología y “llave en mano”. Se hace imprescindible que este inciso h) sea puesto de nuevo en vigencia para que sea eficaz.

Art. 22: la contratación de obra pública no podrá promoverse conjuntamente con la elaboración de los planos o especificaciones, debiendo ser éstos, en cuanto necesarios, suministrados de previo por la administración, quien los obtendrá de sus propios servicios o por los medios legales establecidos. Sin embargo, bajo circunstancias muy calificadas, podrá la Contraloría General autorizar concursos en los que se licite la concepción completa de la obra junto con la respectiva cotización; o bien, variantes o alternativas respecto a las especificaciones o planos suministrados por la administración. En estos casos, el cartel establecerá claramente tal modalidad a la vez que dejará constancia de estar autorizada por el órgano contralor. Asimismo, requerirán autorización de la Contraloría General, los suministros bajo la modalidad “llave en mano” que impliquen adquisición de tecnología.

2) Prohibición de fraccionar operaciones mercantiles.

El Artículo veinte —20—, decía:

"Queda prohibido fraccionar operaciones respecto a necesidades previsibles, con el propósito de evadir el procedimiento normal de la contratación. El fraccionamiento se reputa ilícito cuando, contándose con los recursos necesarios debidamente presupuestados o financiados y conociéndose la necesidad administrativa concreta o el suministro sucesivo que se pretende obtener, se realiza más de una contratación para el mismo objeto. A los efectos de este artículo, los entes públicos que realicen vastos proyectos, o con una organización muy compleja, podrán administrar su régimen de suministros con independencia para cada proyecto o unidad orgánica en circunstancias excepcionales que a juicio de la Contraloría General, justifiquen plenamente tal separación".

Actualmente este numeral manda:

"Queda prohibido fraccionar operaciones respecto a necesidades previsibles con el propósito de evadir el procedimiento normal de contratación. El fraccionamiento se reputa ilícito cuando, contándose con los recursos necesarios debidamente presupuestados o financiados y conociéndose la necesidad administrativa concreta o el suministro necesario que se pretenda obtener, se realiza más de una contratación para el mismo objeto".

Este numeral incluye esta modificación:

"No obstante la adquisición de bienes y servicios que sean para uso, aplicación o consumo inmediato o urgente, no se considerará como fraccionamiento siempre que existan razones fundadas para admitir que no hubo imprevisión por parte de la Administración, quedando librada a la entera responsabilidad de aquella la veracidad de las situaciones que califican la urgencia de cada caso. Tampoco se consideran fraccionamiento aquellos casos en que, por su naturaleza y origen, los bienes y servicios puedan ser adquiridos de proveedores que ordinariamente ofrecen líneas no competitivas entre sí, a pesar de que éstos estén incluidos dentro del mismo gasto-objeto". (La recta es nuestra).

La parte final del numeral 20 anterior, se mantuvo en la actual redacción, referida a los "vastos proyectos".

La Contraloría, de acuerdo al oficio mencionado, no manifestó ningún comentario a la modificación de este numeral 20.

Tal cambio, me parece razonable y adecuado a las circunstancias.

3) Plazo para la recepción de ofertas

El numeral 45 del reglamento en cuestión, fue modificado en lo concerniente a los días, para que en lugar de "días hábiles" se lea "días naturales".

La intención es la de reducir los plazos, sin duda. La Contraloría hace la observación (oficio citado) de que lo correcto era mantener los días como hábiles, aunque fueren reducidos en su plazo, ya que "la experiencia nos muestra los múltiples problemas que se suscitan con motivo del establecimiento de plazos en días naturales" (oficio *idem*).

La observación de la Contraloría nos parece procedente, ya que es preferible utilizar los días hábiles en lugar de los días naturales.

4) Modificaciones al cartel

El numeral 46 se refiere a las modificaciones que se hacen al cartel.

La diferencia entre el texto anterior y el vigente, se refiere al párrafo primero de ese artículo, ya que se reforma al plazo mínimo que debe existir entre la fecha de la publicación de la modificación al pliego de bases y la del vencimiento para recibir ofertas de 15 días hábiles a 8 días hábiles.

El resto del artículo queda igual.

Aquí también se observa la intención del Poder Ejecutivo por acortar los plazos para darle mayor celeridad al proceso de la licitación.

5) Garantía de participación

Al artículo 56 promulgado, esta reforma le agregó un párrafo final que dice:

"En casos especiales, a juicio de la Administración, cuando una licitación sea susceptible de adjudicación parcial, se pueden considerar ofertas cuyas garantías de participación hayan sido presentadas en monto inferior al que corresponda".

La Contraloría expresa (oficio cit.) que la introducción del último párrafo a este artículo resulta absolutamente improcedente, toda vez que implica una violación de los principios de libre participación, y de igualdad de oportunidades y de trato, además de que contraviene las disposiciones sobre garantías.

Al respecto, *pareciera* que no lleva razón la Contraloría, ya que cuando se publica el cartel, por ejemplo, por 100 máquinas de escribir, se sabe que la Administración puede hacer adjudicaciones parciales (es decir, por menos de esa cantidad). En estos casos especiales, si el oferente no presentó una *caución de participación* por la totalidad (o sea, las 100 máquinas), si no por menos (digamos 80), la Administración puede seleccionar esta plica si quiere adjudicar 80 máquinas, ya que la garantía cubre bien esta adjudicación.

Como se observa se trata de casos especiales. El principio, en materia de garantías, es que la caución cubra el monto adjudicado, en el porcentaje exigido. No se puede ser rígido, requiriendo la totalidad de una garantía de participación para una adjudicación parcial. Es decir, *pareciera* improcedente que se requiera una garantía total para las 100 máquinas, cuando la adjudicación es por un número menor. Lo que sí se debe exigir es que los oferentes coticen con cauciones completas para las 100 máquinas, aunque la adjudicación sea por un número inferior.

Lo absurdo es que la Administración no pueda hacer una adjudicación parcial porque la garantía no cubre la adjudicación total, aunque sí la parcial.

Sin embargo, hay una razón práctica que confirma, en definitiva, el criterio de la Contraloría:

Se podría dar una anarquía entre los oferentes, ya que unos podrían presentar un monto por la caución de participación y otros uno distinto.

Efectivamente, se violan los principios de libre participación, igualdad de oportunidades y de trato.

6) *Garantía de cumplimiento*

El artículo 57, vigente es ilegal porque establece que la caución de cumplimiento será determinada por la Administración interesada *entre un 1% y un 10%* del monto de la *cotización*, debiendo fijar el porcentaje en el respectivo cartel. El ilegal, porque la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) en su artículo 102, inciso d) manda que esa garantía debe ser del 5% del monto *adjudicado*. Aclarando que la Contraloría puede autorizar un monto mayor, en cada caso concreto; y, no en forma genérica.

Otra irregularidad que tiene ese numeral 57, es que se refiere a un porcentaje (entre un 1% y un 10%) del monto de la *cotización*, siendo lo correcto "del monto *adjudicado*", ya que la caución juega respecto de lo que efectivamente adjudicado y no sobre lo cotizado. Sí, es pertinente

establecer el monto de la caución respecto del monto cotizado, cuando se trata de la garantía de participación; pero, de ninguna manera en tratándose de la de cumplimiento.

Este punto de vista lo expresa, también, la Contraloría en el oficio de marras.

7) *Modo de rendir la garantía*

Antes de 1982, el artículo 61, decía:

"Las garantías, tanto de participación como de cumplimiento, se rendirán independientemente para cada negocio, mediante depósito de bono de garantía del Instituto Nacional de Seguros o de uno de los bancos de la Nación; bonos del Estado o de sus instituciones; cheque certificado o de gerencia de un banco de la Nación; dinero efectivo mediante depósito de un banco también nacional, acompañando la boleta respectiva o, depósito directo en la administración interesada, de no existir en el lugar sucursal o agencia bancaria que preste ese servicio".

Por decreto ejecutivo N° 13441-H, del 10 de marzo de 1982 (cf. Gaceta N° 56 del 23 de ese mismo mes y año), se reformó ese primer párrafo del artículo 61, en este sentido:

"Las garantías, tanto de participación como de cumplimiento, se rendirán independientemente para cada negocio, mediante depósito de: bono de garantía del Instituto Nacional de Seguros o de uno de los bancos del sistema bancario nacional, bonos del Estado o de sus instituciones; cheque certificado o de gerencia de un banco del sistema bancario nacional; certificados de depósito a plazo extendidos por el sistema bancario nacional; dinero en efectivo, mediante depósito a la orden de un banco del mismo sistema, presentando la boleta respectiva; depósito directo con la oferta o en la Administración interesada, de no facilitarse tal servicio bancario".

La actual normativa hizo caso omiso de la redacción de 1982, para volver a la normativa anterior a este año. La Contraloría advierte que este error es injustificado y que, probablemente, los que redactaron la actual reforma no tenían ante sus ojos el decreto citado N° 13441-H de 1982.

Por otra parte, la actual redacción eliminó lo relativo a que los bonos se recibirán por su "valor nominal". La Contraloría también hace ver esta deficiencia.

Compartimos aquí también lo expresado por el ente contralor.

8) Naturaleza de las garantías

El artículo 55 expresaba antes:

"El procedimiento de licitación pública exige, en beneficio de los intereses de la administración, dos tipos diferentes de garantía: la garantía de participación y la garantía de cumplimiento".

En la actualidad, ese numeral expresa:

"El procedimiento de licitación pública exige, en beneficio de los intereses de la administración, dos tipos diferentes de garantía: la garantía de participación y la garantía de cumplimiento. La primera tiende a respaldar el mantenimiento y la seriedad de la oferta hasta la rendición de la garantía de cumplimiento cuando proceda, dentro de los plazos respectivos. La segunda está destinada a garantizar la correcta ejecución del contrato, según las estipulaciones del mismo y la buena fe".⁽⁴⁾

Esta reforma es importante porque:

- a) define la naturaleza de cada una de las cauciones o garantías;
- b) establece el plazo de vigencia contractual de la garantía de participación ("hasta la rendición de la garantía de cumplimiento y formalización por escrito del contrato"); y
- c) indica que la caución de cumplimiento respalda la ejecución del contrato de acuerdo a sus cláusulas totales y el principio negocial de la buena fe.

9) Modo de devolución de las garantías

El artículo 63 anterior decía lo siguiente:

"Las garantías serán devueltas, salvo disposición en contrario del pliego de condiciones, de la siguiente manera:

- a) *la de participación, dentro de los 8 días siguientes a la firma en vía administrativa del acto adjudicatario.*
- b) *La de cumplimiento, dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que la administración licitante tenga por definitivamente ejecutado el contrato a satisfacción. Sin embargo, la garantía de participación no se devolverá al adjudicatario, en tanto éste, no rinda la garantía de cumplimiento y satisfaga las demás formalidades conducentes a asegurar el control*

(4) Decreto ejecutivo N° 14475-H, del 20 de abril de 1983 (Gaceta N° 88, martes 10 de mayo de 1983).

dentro del plazo que a tal efecto haya dispuesto el cartel. En el silencio del cartel, el adjudicatario se entiende obligado a asegurar el contrato dentro de los 15 días hábiles posteriores a la firmeza del acto adjudicatario.

En vez de la sustitución de la garantía de participación por la garantía de cumplimiento, el adjudicatario podrá disponer completamente el monto de ésta rindiendo una garantía adicional, sin perjuicio de la vigencia requerida".

La reforma agrega que queda prohibida la devolución parcial de la garantía de cumplimiento.

La Contraloría omite cualquier comentario al respecto. La reforma nos parece procedente.

10) Cláusula penal

El artículo 69 mandaba:

"En ningún caso de multa a que de lugar el incumplimiento sancionado por la cláusula penal excederá del 20% del importe total del contrato".

Actualmente dice:

"En ningún caso la multa a que de lugar el incumplimiento sancionado por la cláusula penal excederá del 20% del importe total del contrato, salvo disposición en contrario del cartel".

De acuerdo con el numeral 712 del Código Civil:

"Cuando sólo se reclame la pena, ésta no puede exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal; y, en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquel".

Nos parece adecuado el criterio de la Contraloría (oficio cit.) cuando afirma que el límite de la multa a que dé lugar el incumplimiento sancionado por la cláusula penal fijado en un 20% ante de la reforma en comentario, se origina en la doctrina del Código Civil sobre la materia (arts. 708 a 714 de este cuerpo normativo), no se trata de un límite antojadizo; y, es nuestro criterio que no puede quedar librado a la administración el fijar porcentajes mayores. Ese 20% es un porcentaje razonable conteste con las disposiciones del citado código; y, por consiguiente, estimamos que el "salvo disposición en contrario" no debió haberse estipulado.

11) *Cotizar total o parcialmente*

"Salvo, cuando el cartel disponga de otra manera, el oferente se entiende obligado a cotizar por la totalidad del objeto de la licitación. Sin embargo, en el caso de que el cartel se refiera a una pluralidad de objetos o renglones diversos se permitirá presentar oferta respecto a uno o varios de éstos. En los supuestos que impliquen adquisición de tecnología, la oferta deberá detallar el precio cotizado para cada uno de los ítems que lo integran". (La recta es nuestra).

(Artículo 91, decreto ejecutivo N° 14475-H, de 20 de abril de 1983, Gaceta N° 88 del 10 de mayo de este año).

Esta reforma era necesaria y conveniente.

12) *Objeción al cartel*

El cartel puede ser impugnado u objetado ante la Contraloría. Del anterior numeral se eliminó que ese recurso se presentara autenticado y en papel sellado de un colón. Lo demás quedó igual.

Artículo 76.—"El recurso debidamente razonado se interpondrá dentro del primer tercio del plazo, abierto por el pliego de condiciones para recibir ofertas y se acompañará de una copia. La Contraloría General dictará su resolución dentro del segundo tercio del plazo indicado, procediendo de inmediato a comunicarlo a la administración interesada y al recurrente. Para los efectos del cómputo respectivo se hará caso omiso de las fracciones"

La Contraloría aquí no efectuó comentario alguno.

Por nuestra parte esta reforma nos parece procedente.

13) *Partes que componen la oferta*

La parte primera del primer párrafo del artículo 92 quedó así:

"La oferta deberá acompañarse de sus anexos, de la garantía de participación y de las muestras requeridas y otros complementos debidamente incorporados a la misma..."

La redacción que tenía antes de la reforma era más adecuada técnicamente, pues su redacción era esta:

"La oferta deberá presentarse acompañada de sus anexos, de la garantía de participación y de las muestras requeridas, unos y otros complementos debidamente incorporados a la misma..." (La recta es nuestra).

En el último párrafo de este artículo se le agregó que bajo juramento se puede no presentar muestras de productos vendidos a la administración, en los últimos doce meses. La Contraloría encontró que este requisito es innecesario y perjudicial (oficio cit.).

Compartimos el criterio de la Contraloría, ya que si el oferente engaña a la administración, se puede recurrir a la garantía de cumplimiento, a la cláusula penal, cobro de daños y perjuicios; y, a excluirlo en futuras licitaciones por pésimos antecedentes (historial), por ejemplo.

14) *Certificaciones de las cuotas y acciones de una sociedad costarricense*

En este artículo 96, inciso b) omitieron una palabra importante que sí estaba en la anterior redacción: "período".

Se trata de una certificación de las cuotas y acciones de una sociedad inscrita con un año de anticipación a la licitación respectiva, aquella puede ser extendida por un notario o por el registro de marras o modificaciones hechas "dentro del período indicado" (la reforma omitió la palabra subrayada, dejando la frase sin sentido: "dentro del indicado").

Además eliminaron la necesidad de presentar una "copia certificada" respecto de que la propiedad de las acciones se mantiene inalterada. Ambas observaciones también las comparte la Contraloría (oficio cit.).

15) *Distribuidores exclusivos o a nombre propio*

Es el artículo 98 el que se refiere a este asunto.

La redacción anterior decía:

"En el caso de intervención de distribuidores exclusivos o autorizados para ofrecer en nombre del principal, o en el de representantes de casas extranjeras, será necesaria la presentación de las cotizaciones o precios de catálogo recibidas del principal".

La redacción vigente expresa:

"En el caso de distribuidores exclusivos o en nombre propio o autorizados para ofrecer en nombre del principal o en el de representante de casas extranjeras, será necesaria la presentación de las cotizaciones o precios de catálogos recibidos del principal".

La Contraloría, por su parte, recomienda esta normativa:

"En el caso de intervención a nombre y por cuenta propia de distribuidores exclusivos, será necesaria la presentación de

precios de catálogo o proformas recibidas del fabricante o exportador, según corresponda. Cuando se trate de intervención de representante de casas extranjeras, éste se concretará a someter la oferta proveniente del principal. Todo sin perjuicio del sometimiento de ofertas conjuntas".

La redacción de la Contraloría nos parece más adecuada y precisa, ya que en lo que toca al representante de casas extranjeras debe tenerse en cuenta que es un colocador de órdenes de compra o venta.⁽⁵⁾

16) Oferente extranjero

El artículo 99 se refiere al que presenta una plica y es extranjero.

La redacción actual indica:

"El participante extranjero se entiende sometido a las leyes y a los tribunales de Costa Rica, en todo lo concerniente a los trámites y ejecución del contrato, debiendo manifestarlo así en su propuesta, o bien aportando tal manifestación antes de que se realice la adjudicación correspondiente". (La recta es nuestra).

La norma derogada expresaba:

"El participante extranjero se entiende sometido a las leyes y a los Tribunales de Costa Rica, en todo lo concerniente a los trámites y ejecución del contrato, debiendo manifestarlo así en su propuesta". (La recta es nuestra).

La Contraloría propone esta norma:

"El participante extranjero se entiende sometido a las leyes y Tribunales de Costa Rica, en todo lo concerniente a los trámites y ejecución del contrato, por el solo hecho de presentar su oferta a concurso y sin necesidad de manifestación expresa de su parte. Quedan a salvo exigencias en contrario del Código de Comercio y de cualquier otra norma de similar naturaleza". (La recta es nuestra).

(5) Artículo 360 del Código de Comercio: se denominan representantes o distribuidores de casas extranjeras o de sus sucursales, filiales y subsidiarias, toda persona natural o jurídica, que en forma continua y autónoma, con o sin representación legal, actúe colocando órdenes de compra o de venta directamente a las firmas importadoras o exportadoras locales sobre la base de comisión o porcentaje, o prepare, promueva o facilite la venta de mercaderías o servicios que otro comerciante o industrial extranjero venda o preste. (La cursiva es nuestra.)

La norma ofrecida de la Contraloría es más técnica y correcta, pues si se entiende sometido a nuestro ordenamiento y los tribunales nacionales, ¿por qué tiene que exigírsele que manifieste que sí se somete a ellos? Tanto la anterior normativa como la vigente carecen de sentido en lo que respecta a este punto. Claro está, como bien lo apunta la Contraloría, que deben quedar a salvo "exigencias en contrario del Código de Comercio y de cualquier otra norma de similar naturaleza".

17) Acuerdo de adjudicación y declaratoria concurso desierto

El numeral 129 se refiere al acuerdo de la adjudicación respectiva; o, en su caso, al que declara desierto el concurso correspondiente.

La redacción derogada contemplaba ambas posibilidades: adjudicación y la no selección.

La norma actual eliminó lo relativo a la publicación del contenido del resumen que contendría los datos más importantes de la selección efectuada.

La Contraloría hace bien en apuntar esa deficiencia grave, que provocará más de una situación conflictiva (oficio cit.), pues se refiere al hecho relevante de la publicación en La Gaceta del contenido del resumen del acto de adjudicación, a los efectos que se quede firme y con efectos, conforme a derecho; o, en su caso, que corra el plazo para apelar y se ubiquen bien ciertos parámetros que le dan fundamento al recurso, tanto para su interposición como para el estudio que del mismo haga la Contraloría.

Esta es otra laguna que tiene que ser solucionada a corto plazo.

La norma actual quedó así:

"Tomado que haya sido el acuerdo declarando desierto el concurso de la adjudicación total o parcial y firme el mismo conforme las disposiciones internas del ente, deberá disponerse lo necesario a efecto de que aparezca publicado en el Diario Oficial el resumen de su contenido a la mayor brevedad posible". (La recta es nuestra).

18) Alegato de bien probado

El numeral 152 decía:

"Una vez listos los autos para dictar el fallo, se dará traslado a los interesados por el término de tres días hábiles a efecto de que aleguen lo que estimen de su interés".

La reforma derogó este artículo; lo cual es otro error por cuanto el artículo 102, *in fine*, de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) así lo manda (es decir, *queda vigente por el rango superior de la ley respecto del reglamento*).

En otras palabras esa derogatoria no tiene ningún efecto, pues queda vigente y eficaz esa norma al estar en la LAFR.

19) Notificación del acto de adjudicación a los oferentes

El numeral 170 vigente manda:

"El acto adjudicatario se notificará resumidamente por escrito a los concurrentes, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de adjudicación".

El artículo reformado decía:

"El acto adjudicatario se notificará resumidamente por escrito a los concursantes, dentro de los 15 días siguientes".

La redacción vigente es más clara y técnica. En este numeral la Contraloría omite comentario alguno.

Claro está que no hay sanción alguna si la Administración viola este numeral. ¿Qué sucede si no notifica a los oferentes en ese plazo o no lo hace en ningún momento? No pasa nada. No hay sanción. Debería establecerse alguna sanción para que la Administración se vea obligada a efectuar esa notificación.

Por otra parte, la notificación por *Gaceta* es la que vale para los efectos de la firmeza del acto de selección, como para la interposición de la apelación respectiva; y, aquí el plazo que cuenta es de 3 días hábiles posteriores a aquel en que sale publicado el aviso de adjudicación en el Diario Oficial.

20) Contratación directa: monopolio en el mercado de oferentes

Este es el tercer supuesto de la contratación directa: cuando la administración negocie con un solo oferente, por razón de la estructura monopólica del mercado de oferentes. Se trata del artículo 200, inciso donde la Contraloría hace ver un error esencial, ya que en el penúltimo renglón en lugar de decir "al inmueble", redactaron "el inmueble".

Lleva razón la Contraloría en esta observación.

La reforma agrega un inciso e) que dice:

"La compra de bienes y servicios producidos por empresas nacionales a precio de mayoristas, para aquellos casos de que existat un único fabricante".

La Contraloría (oficio cit.) no hace comentario alguno aquí.

Por nuestra parte nos parece procedente esta innovación.

21) Licitación infructuosa

La normativa actual, en su artículo 206 manda:

"Como novena excepción a los procedimientos de concurso se autorizará la contratación directa con ocasión de una licitación infructuosa, entendida como tal aquella en la que no se recibieron ofertas dentro del término señalado para su recepción, o en la que habiéndose recibido, fueron desestimadas por determinarse que no convenían a los intereses de la administración licitante, cuando a juicio de la misma, deba repetirse el procedimiento seguido para obtener ofertas sobre las mismas bases, o cuando dichas bases deban sufrir variantes para permitir una conveniente participación. Sin perjuicio de la intervención que al efecto pueda realizar la Contraloría General de la República". (La recta es nuestra).

En este artículo se eliminó "a juicio de la Contraloría" para que quede "a juicio de la Administración" cuando existe la licitación infructuosa. Con ello se quita la correspondiente autorización del ente contralor, para reducir la acción de éste a la frase: "sin perjuicio de la intervención que al efecto pueda realizar la Contraloría". Consideramos que esa acción o intervención ya no es la de autorizar o no la contratación directa, porque hubo "licitación infructuosa", sino la de una "intervención" que se podría traducir en una nulidad de oficio que haga la Contraloría; pero ya no en punto a la autorización o no de la procedencia de la contratación directa.

Aquí la Contraloría no hizo comentario alguno.

22) Intervención de la Proveduría Nacional

De acuerdo con el artículo 225 se dan dos errores en el texto reformado vigente:

a) Hace alusión al artículo 220 del reglamento, cuando se trata, en verdad, del 221 (referente a las partes que integran el contrato administrativo;⁽⁶⁾ y;

(6) Artículo 221: forman parte integrante del contrato, por su orden: a) las disposiciones legales y reglamentarias que lo afecten; b) las condiciones y especificaciones particulares de la contratación (cartel), la oferta completa, el acto de adjudicación y la orden de compra, provisión o venta. El artículo 229 se refiere al modo de perfeccionarse el contrato administrativo.

- b) Se refiere al cargo de "subdirector de la Proveeduría Nacional", cargo que no existe en la administración pública. Debió de indicarse "el subproveedor nacional". En esta dependencia existe un proveedor y un subproveedor, pero no director y subdirector.

La intención de ese numeral es que el subproveedor nacional pueda firmar el documento respectivo del contrato en concordancia con el numeral 221 (y, no 220, como equivocadamente afirma la reforma).

Artículo 225:

"El documento respectivo, que deberá armonizar con el artículo 220, será suscrito por el funcionario que ostente la representación legal del ente administrativo interesado y por el contratista o su apoderado o representante. En los negocios que tramite la Proveeduría Nacional, suscribirá el contrato el proveedor nacional o, en su defecto, el subdirector de la proveeduría nacional por delegación de aquel, salvo cuando directamente quieran suscribirlo los representantes de los respectivos poderes u organizaciones contratantes". (La recta es nuestra).

- 23) *Aumento, disminución o modificación del objeto del contrato*

Este numeral 233 presenta en su reforma estos cambios:

- a) Eleva el monto de la modificación de un 20% a un 50%.
- b) *Eliminó la numeración el inciso f)* anterior para dejar como un párrafo final suelto lo que ya existía: "en los casos en que se incrementa o reduce el monto del contrato, podrá revisarse el monto de las garantías establecidas".

Además, cita con error el artículo 237 (derechos de los contratistas), cuando lo correcto era indicar el artículo 238 (cuando el contrato se interrumpa por parte de la administración, debido a causas de interés público o fuerza mayor) (cf. inciso c) de este numeral 233).

También, en el inciso b) se nota otro error: en lugar de decir (como es lo correcto): "en el estado de ejecución del contrato", afirma erróneamente: "en el caso de ejecución del contrato". Se ve que confundieron la palabra *estado* por *caso*. Equivocación grave, pues ambas palabras tienen significados diferentes.

La Contraloría también se pronunció sobre estos aspectos.

Los errores son tan evidentes, que se tornan obvios.

- 24) *Gastos por caja chica*

En el artículo 279 eleva los montos asignados para efectuar pagos mediante la caja chica.

Así los aumenta:

| Total de sumas asignadas ₡ | Gasto máximo asignado | |
|----------------------------|-----------------------|--------|
| | antes | ahora |
| 25.000 | 2.500 | 20.000 |
| 75.000 | 5.000 | 25.000 |
| 75.000 | 10.000 | 30.000 |

La Contraloría advierte (oficio cit.) que se da una contradicción en la reforma de este numeral pues por un lado se establecen límites a esos gastos; y, por otro lado esos límites se rompen, ya que "podrán tramitarse gastos por montos *mayores* a los establecidos para el caso de compras al almacén del fondo circulante de la Proveeduría Nacional" (*in fine* de este numeral), además de que distorsiona la naturaleza de la caja chica.

- 25) *Derogatoria artículos 6 y 152*

Se derogan, por la reforma, los artículos 6 y 152 del citado reglamento.

Artículo 6: se refiere a los almacenes de la Proveeduría Nacional y al fondo circulante.

"Los poderes del Estado, el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General, podrán proveerse de los artículos y útiles de oficina o de mantenimiento que requieran, en los almacenes de la Proveeduría Nacional, en cuanto ésta los suministre de la clase y en la cantidad necesaria. Otros entes públicos podrán suscribir convenios con la Proveeduría Nacional para que les supla tales efectos.

A tal propósito la citada Proveeduría procederá a contratar, por iniciativa propia y siguiendo los procedimientos que establece el presente reglamento, bienes y servicios mediante el uso del fondo circulante...". (La recta es nuestra).

Este numeral quedó derogado, con evidente perjuicio para tales Poderes y entidades estatales. Se ve un claro error aquí también.

Este numeral tiene su fundamento en el artículo 90 y 90 bis de la LAFR, que se refiere al fondo circulante.

Necesariamente, aquí también se tendrá que hacer la corrección.

III. CONCLUSIONES.

En este trabajo se ha querido mostrar los errores y lagunas de la reforma efectuada al reglamento de la contratación administrativa, por decretos ejecutivos Nos. 14694-PLAN del 15 de julio de 1983 (Gaceta N° 143 del 29 de julio de 1983), 14475-H del 20 de abril de 1983 (Gaceta N° 88, del 10 de mayo de 1983), y 14078-P-H del 13 de febrero de 1985 (Gaceta N° 54 del 18 de marzo de 1985).

Es probable que ante los errores tan evidentes y graves del decreto N° 14078-P-H, el Poder Ejecutivo emita otro decreto para enmendar tales equivocaciones.

Volvemos a insistir en la necesidad de contar con una ley de contratos del Estado que armonice la normativa y le dé la coherencia necesaria.

Ya estando en prensa este trabajo se publicó —con errores— en La Gaceta N° 138 del lunes 22 de julio de 1985 un nuevo Decreto sobre estas reformas. Esto obligó a otra impresión en el periódico oficial, el 1° de agosto de este año, (ver págs. 5 y 6) conteniendo las observaciones hechas por la Contraloría General de la República (que aquí hemos comentado).

Este decreto último lleva el número 16411-P-H.

IV. BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

a) *Ensayos*: Nos remitimos a la bibliografía que hemos venido usando en los trabajos anteriores sobre este tema:

La licitación pública en Costa Rica (San José: Universidad de Costa Rica, 1975, agotado).

Contribución al estudio de la selección del contratista público (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 25, 1975)

El concurso de antecedentes (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 40, 1980).

b) *Normativa*:

1) *Constitución Política*

2) *Leyes de: Administración Financiera de la República, Administración Pública*

3) *Reglamento de la Contratación Administrativa*

4) *Decretos ejecutivos* Nos. 14475-H del 20 de abril de 1983 (Gaceta N° 88 del 10 de mayo de 1983), 14694-Plan del 15 de julio de 1983 (Gaceta N° 143 del 29 de julio de 1983) y 14078-P-H del 13 de febrero de 1985 (Gaceta N° 54 del 18 de marzo de 1985).

INDICE

| | Pág. |
|---|------|
| Presentación | 9 |
| La Recentralización Administrativa en Costa Rica. <i>Lic. Jorge R. Calderón A.</i> | 14 |
| El Secreto de Estado en el Derecho Constitucional Costarricense. <i>Licda. Elvira Batalla</i> | 47 |
| Bases Teóricas para el Análisis Jurídico del Crédito Agrario. <i>Dr. Ricardo Zeledón</i> | 53 |
| El Arbitraje Privado en las Convenciones Colectivas de Trabajo <i>Lic. Ricardo Vargas</i> | 71 |
| Algunas consideraciones en torno a la Teoría de la Acción de Hans Welzel. <i>Lic. Henry Issa El Khovry</i> | 81 |
| Neutralidad y Seguridad. <i>Dr. Héctor Gros Espiell</i> | 97 |
| Las Diligencias de Conciliación en los Conflictos Colectivos de Carácter Económico Social y la Jurisprudencia. <i>Dr. Bernardo Van Der Laet</i> | 105 |
| Formación del Acto Público Notarial: —La Escritura Pública— <i>Dr. William R. Muñoz C.</i> | 129 |
| Algunas Reformas al Reglamento de la Contratación Administrativa: —Análisis y Comentario— <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> | 151 |