

San José, 23 de noviembre de 2018
Criterio N° 672-DJ/CAD-2018
Al contestar refiérase a este # de criterio

Máster

Yurli Argüello Araya, Jefa a.i.

DEPARTAMENTO DE PROVEEDURÍA

S. D.

Estimada señora:

Esta Dirección recibió el día de ayer el oficio No. 6218-DP/02-2018 del 22 de este mismo mes, mediante el cual se nos solicita elaborar la resolución de autorización de inicio para la compra de un terreno al Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo en la localidad de Hatillo.

En su oficio se nos indica además que el número de procedimiento que se le asignó a esta contratación es sólo para efectos de un control interno dentro del Sistema SIGA-PJ, criterio que esta Dirección no comparte, ya que a tenor de lo establecido en el numeral 135 de Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en el caso de las materias excluidas de los procedimientos ordinarios de contratación, es indispensable confeccionar un expediente físico o electrónico. Por lo anterior, se debe tener claro que a este trámite se le debe asignar un expediente, con un número y nombre específicos, de lo cual al menos ya se tiene el número que le asignó esa Proveeduría (2018CD-000030-PROVEX), por lo que queda pendiente el nombre, mismo que -como es costumbre- corresponderá al nombre que se brinde al pliego de condiciones.

En otro orden de ideas, es necesario aclarar que, contrario al criterio de ese Departamento, desde el punto de vista legal, esta Dirección estima que sí resulta necesario elaborar un cartel para esta contratación. Lo anterior por así establecerlo el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual señala en su párrafo final que

“En aquellas contrataciones de excepción a los procedimientos ordinarios de contratación, la Administración, facultativamente podrá elaborar un cartel con los elementos esenciales atendiendo al objeto contractual, en armonía con los principios de contratación administrativa.”

Debe entenderse que cuando la norma de anterior cita indica que la elaboración del cartel es “facultativa”, se refiere a la posibilidad de elaborar un pliego de condiciones con un contenido más sencillo que el ordinario, pero no que sea posible prescindir de la confección de un cartel. De esta manera, una lectura integral de la norma de comentario lleva a concluir que, según su párrafo segundo, los carteles deben contener por regla general *“...especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias...”*, pero que en las contrataciones de excepción, la Administración tiene la “facultad” de elegir entre elaborar un cartel con esa rigurosidad o uno que sólo contenga elementos esenciales en armonía con los principios de la materia.

De la mano con lo anterior, el artículo 134 del Reglamento de rito establece que *“Trámite. La actividad contractual excluida legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, deberá adaptarse, en lo pertinente, a los principios generales, a los requisitos previos que correspondan y a las normas generales sobre el cartel y la oferta.”* (énfasis agregado), de donde se sigue una vez más que nuestro ordenamiento reconoce el deber de contar en estos casos con un pliego de condiciones, el cual “debe adaptarse”, ya que, tal como lo indica el artículo 51 ya analizado, puede tratarse de un documento más sencillo de lo usual.

Ahora bien, según se nos indica en su oficio, ese Departamento interpreta que este trámite se puede celebrar sin sujeción a los procedimientos de contratación, lo cual es parcialmente cierto porque se debe aclarar que lo que al respecto establece la norma es la posibilidad de no seguir los procedimientos ordinarios, debiendo interpretarse que sí deben seguirse algunos otros procedimientos, pero adaptados a las particularidades y necesidades específicas de la contratación. Es así como el artículo 138 ibidem, el cual regula la figura de

la actividad contractual desarrollada entre entes de Derecho Público, es claro en advertir que *“Bajo ninguna circunstancia, la presente excepción podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos ordinarios previstos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento.”*, siendo que uno de los procedimientos ordinarios en la materia es la elaboración de un cartel, dado que éste es el reglamento específico de la contratación (tal como lo dispone el numeral 51 del Reglamento de rito).

Es así como, cuando esta Dirección se refirió a esta misma contratación e indicó en el criterio legal No. 482-DJ/CAD-2018 del 27 de agosto último que *“...toda actividad contractual administrativa excluida por excepción de la contratación ordinaria, debe adaptarse en todos sus extremos a los requisitos previos, los derechos y obligaciones, los controles y el régimen de prohibiciones y sanciones previstos en la Ley de Contratación Administrativa.”*, se tenía en mente que la confección de un pliego de condiciones resulta indispensable aún en estos casos.

Por su parte, mediante criterio legal No. 67-DJ/CAD-2017 del 20 de febrero del 2017, esta Dirección indicó a la Dirección Ejecutiva que en los casos de contrataciones exceptuadas de concurso y de los procedimientos ordinarios:

“...el Reglamento de la materia, faculta a la Administración para que se prescinda de incluir en el cartel algunos de los aspectos citados en el artículo 52 de la norma de cita, sin embargo, no faculta para prescindir de la elaboración del cartel, en ningún caso, el cual deberá contener los elementos esenciales, y será siempre el reglamento específico de la contratación, de acuerdo al artículo 51 in fine.” (énfasis agregado).

Otro de los inconvenientes que advierte esta Dirección para continuar con el trámite, corresponde a la justificación que se brinda en el oficio 6218-DP/02-2018, ya que en lugar indicar que se cuenta con estudios técnicos, legales, autorizaciones y vistos buenos

contenidos en el oficio 5598-DE-2018, por un tema de transparencia, se recomienda no sólo mencionar que existen esos estudios y autorizaciones, sino que sería conveniente que se explique con más detalle su contenido, ya sea haciendo una síntesis de los mismos, o bien transcribiendo los extractos de mayor relevancia.

Por otra parte, se recomienda valorar si en esta ocasión el trámite se ampara en una combinación del artículo 138 con el artículo 139 inciso j), ambos del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en cuyo caso deberá incorporarse al expediente las justificaciones que analicen que el inmueble es el más apto para la finalidad según su ubicación, naturaleza, condiciones y situación, tal y como lo solicita el referido artículo 139.

Conforme a lo expuesto hasta el momento, esta Dirección no procederá a elaborar la resolución de autorización de inicio de procedimiento, hasta tanto no se confeccione un pliego de condiciones para esta contratación, en el entendido de que la Administración puede optar por un cartel más sencillo de lo acostumbrado, ya que en cumplimiento del artículo 51 ibidem, legalmente es aceptable un documento que contemple los elementos esenciales y respete los principios de la contratación administrativa.

En este sentido, se recuerda que los elementos esenciales se definen en el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y corresponden a:

- características fundamentales del objeto contractual,
- precio y
- plazo de entrega.

A lo anterior se le deben agregar elementos mínimos que la experiencia de ese Departamento determine como esenciales, básicos y necesarios para un cartel, y esta Dirección se permite recomendar incluir cláusulas atinentes a aspectos de interés legal tales como las que solicitan información registral del inmueble, acreditación de que no pesa ningún tipo de gravamen sobre el terreno, capacidad de actuar de la persona que llegue a

representar al INVU en esta contratación, y todas aquellas cláusulas que permitan determinar las obligaciones específicas a las que se comprometerá cada una de las partes.

Al estar en presencia de una contratación entre sujetos de derecho público, es evidente que en el caso del cartel que se elabore, no será necesario establecer un sistema de evaluación, ni rendición de garantías ni requisitos de admisibilidad, toda vez que lo que se pretende en lo fundamental es la precisión del objeto contractual, su justificación, el cumplimiento de los elementos del contrato y las medidas de control necesarias para que el bien adquirido cumpla el fin público.

En este orden de ideas, puede notarse como la misma Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia hace referencia al mencionado artículo 51 de la siguiente manera:

“De conformidad con lo dispuesto en el precepto 42 de la Ley de cita en relación a los artículos 51 y 52 de su Reglamento, el cartel contiene las condiciones generales, específicas y técnicas requeridas, así como las bases para calificar y comparar ofertas. Se pueden distinguir tres elementos básicos: un objeto, sea los bienes, obras o servicios que se desea contratar, describiéndolos claramente; una relación jurídica, constituida por las normas, pautas o reglas que regirán el convenio, así como los derechos y deberes de las partes y un procedimiento o formalidades que deben cumplirse con la preparación y ejecución del cartel....”

Debe advertirse que el hecho de que se contrate entre sujetos de derecho público no enerva el deber de adoptar medidas de control interno en cuanto a la definición de la oportunidad y conveniencia de la contratación, la definición precisa del objeto contractual, la definición de temas como la condición del bien adquirir (v.g. estar libre de gravámenes, anotaciones, con cualquier tributo – de existir- al día, entre otros), la parte responsable de elaborar el respectivo acto notarial, etc y cualquier otro elemento necesario a criterio de la Administración, tal y como se indicó anteriormente.

No omitimos manifestar que el anterior requerimiento forma parte de una condición necesaria dentro de un sano *sistema de control interno*, en el cual las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho público necesariamente deben estar sujetas al bloque de legalidad, máxime si estamos frente a una erogación significativa de fondos públicos.

Debe tomarse en cuenta que el cartel forma parte, tanto de un elemento para un potencial control de legalidad administrativo en sede contenciosa administrativa o inclusive penal como para una debida rendición de cuentas ante la opinión pública o terceros. Lo anterior, habida cuenta que estaríamos ante una relación jurídica a título oneroso, dado que no es un mero convenio de “cooperación”.

En este orden de ideas, la Sección VI del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo hizo referencia a la necesaria existencia de un cartel en los diferentes supuestos de contratación, de la siguiente manera:

“..... toda conducta pública dictada dentro del procedimiento de contratación, en todas sus fases, sea, pre-contractual, contractual, ejecución o terminación, ha de encontrar respaldo pleno y sustancial con las normas que precisan, orientan y delimitan ese marco de acción. Con todo, las normas que regulan el régimen de la contratación administrativa han de ser satisfechas además por los mismos oferentes y contratistas, particularmente en lo que se refiere a las exigencias de acceso a los concursos públicos que fija el mismo ordenamiento jurídico. En esa línea, en el régimen de la contratación administrativa, las normas que fijan los parámetros y condiciones del concurso resultan de fundamental relevancia de cara a resolver las posibles contingencias que puedan emerger en el curso de la contratación y en el análisis de las potenciales divergencias y conflictos que puedan presentarse. En esa línea, lo usual es que dentro del cartel de cada concurso público, se exprese un elenco de las condiciones y particularidades propias de cada procedimiento, fijando el conjunto de pautas y reglas a seguir. Desde ese plano, el cartel de licitación constituye una importante herramienta que delimita, orienta y condiciona las acciones de las partes a lo largo del procedimiento. Por un lado, surge una vinculación estrecha entre el cartel del concurso y la oferta del postulante, de modo que ésta última es orientada por aquel

primero, y resultará, primero admisible, luego evaluable y finalmente, potencialmente adjudicable, en la medida en que sea el mejor ofrecimiento, dentro de aquellos que cumplan con las exigencias dispuestas por el cartel de la licitación. La relevancia de este instrumento (el cartel) se establece en el canon 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 33411-H del 27 de septiembre del 2006, que establece en lo relevante: " El cartel, constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al respectivo procedimiento.... "

Es menester indicar que la experiencia entre contrataciones de sujetos de derecho público, llevó en su momento a que se fortalecieran los controles en cuanto a la relación contractual a título oneroso entre ellos, para asegurar, tanto equilibrio entre las contraprestaciones como que se garantizara la adecuada utilización de fondos públicos, por lo que la definición de un cartel general responde a tales consideraciones.

Adicionalmente, se deberá ampliar la justificación en el oficio de decisión inicial, para que se incluyan expresamente (al menos de manera resumida) los estudios técnicos y autorizaciones que dan sustento a este trámite; así como definir a lo interno de esa Proveeduría si esta contratación se debe amparar en una combinación de los artículos 138 y 139 inciso j) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Lo anterior, como parte inherente de la motivación del correspondiente acto administrativo y en el entendido de que en el momento que contemos con la anterior información, se procederá a dar trámite prioritario a lo solicitado, si así es requerido por la unidad a su cargo.

Atentamente,


Juan Carlos Orozco Quirós
Asesor Jurídico


MSc. Argili Gómez Siu
Subdirectora Jurídica a.i.


MSc. Rodrigo Alberto Campos Hidalgo
Director Jurídico a.i.



Refs: -2018
c: Diligencias.-