DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio No. **04594**

19 de mayo de 2010
DJ-1902-2010

Máster
Gian Carlo Restani Lee
Dirección de Recursos Materiales
BANCO NACIONAL DE COSTA RICA

Estimado señor:

Asunto: Se emite criterio en relación con la procedencia de incorporar en contratos en ejecución de esa entidad bancaria a las sociedades anónimas del Banco Nacional, así como la aplicación del convenio marco regulado en el artículo 115 del RLCA.

Nos referimos a su oficio No. DRM-013-2010, mediante el cual requiere criterio legal sobre la procedencia de incorporar a las sociedades anónimas de la institución, en contratos en ejecución de esa entidad.

Este órgano contralor mediante oficio No. DJ-0838-2010 del 4 de marzo pasado requirió información adicional, la cual fue atendida por nota DRM-031-2010.

1. Justificación de su solicitud

Manifiesta que como parte de los principios rectores de la contratación administrativa, principalmente los de eficacia y eficiencia, el Banco Nacional se ha dado a la tarea de buscar cómo programar en forma más ágil y económica sus compras.

Indica que de esta forma se han gestionado las necesidades de materiales de oficina, equipos y algunos servicios en forma centralizada, obteniendo beneficios de economía de escala, planificación de las necesidades a nivel nacional, con la correspondiente estandarización de los insumos en todas las oficinas bancarias, y principalmente, disminuyendo la responsabilidad de personal y gasto en infraestructura para el manejo de la custodia y control de inventarios.

Señala que se han implementado de forma exitosa herramientas previstas en la normativa, específicamente en procesos de compra según demanda, suministros por consignación, licitaciones con precalificación.

Sin embargo, agrega que actualmente se tiene la disyuntiva con las sociedades anónimas que ha creado el Banco, para colocar los diferentes productos financieros en el mercado: BN Vital OPC, BN Fondos y BN Valores, y recientemente en proceso de apertura BANPROCESA (en alianza con el Banco de Costa Rica), BN Titularizadora, REDEBAN, BN Corredora de Seguros y BN Leasing.

Estas sociedades, por su naturaleza especializada, no tienen una estructura organizativa que demande cantidades exorbitantes de insumos de oficina, servicios y equipos, por lo cual los procesos que promueven en forma individual, no son atractivos para que proveedores participantes puedan estructurar una economía que beneficie a la institución en la reducción de fondos públicos.

Por ello, estiman conveniente consultar el mecanismo legal para incorporar dentro de los contratos en ejecución, las necesidades de compra que requieran todas las sociedades anónimas del Banco y sugieren:

- a) Autorización especial, en donde se apruebe dicha posibilidad y los ajustes necesarios para reglar dicha situación jurídica, al amparo del artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa (LCA)
- b) De conformidad con el párrafo 6 del artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), gestionar una autorización para incorporar las sociedades anónimas por la vía de la modificación unilateral.

Alega que esa posición traería grandes ventajas para el Banco, tales como economías de escala y una supervisión bajo la Proveduría General de la entidad.

Por su parte, la Asesoría Jurídica de esa institución estima que conforme con el artículo 115 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se podría suscribir un convenio marco, en donde dos o más entidades públicas dispongan la tramitación conjunta de procedimientos de contratación administrativa para la compra de bienes y servicios, según los términos que se estipulen en el convenio. Considera, además, que la previsión de ese artículo resulta aplicable a casos de contrataciones que ya se encuentran en plena ejecución, al suscribirse el convenio marco, con fundamento en los artículos 4 y 12 de la Ley de Contratación Administrativa. Agrega, que para implementar una modificación de tal naturaleza, se hace necesario que se suscriba además del convenio marco, las adendas a los contratos que se encuentren vigentes y en ejecución, a efectos de que conste expresamente la aceptación del contratista, lo cual se estiman indispensable para que pueda mantener las condiciones de la contratación que ya se han pactado.

2. Criterio del Despacho

De conformidad con los términos de su solicitud, el Banco Nacional ha venido implementando en el campo de las compras públicas, figuras novedosas como la modalidad de entrega según demanda o la precalificación, las cuales, según su dicho, han tenido resultados muy positivos.

Ante este panorama, la Administración plantea la posibilidad de que sus sociedades anónimas, las cuales, por su naturaleza especializada, no tienen una estructura organizativa que demande grandes cantidades de insumos de oficina, servicios y equipos, puedan incorporarse a los contratos que ya ese Banco tiene en ejecución.

La Asesoría Jurídica de la entidad bancaria ha manifestado que el numeral 115 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) faculta a que dos o más entidades públicas dispongan la tramitación conjunta de procedimientos de contratación, y que tal posibilidad también resulta viable en contratos que se encuentran en ejecución, con fundamento en los artículos 4 y 12 de la Ley de Contratación Administrativa.

Agrega, que para este último caso, además de un convenio marco, se requiere la suscripción de una adenda a los contratos que se encuentran vigentes, a efectos de que conste expresamente la aceptación del contratista.

Conforme con lo expuesto por esa Administración, se concluye que existen dos escenarios: uno para contratos en ejecución y otro para contrataciones que aún no han iniciado. Ante esta situación, procederemos a abordar ambos casos de manera separada.

a) Contratos en ejecución

En el caso de contrataciones que se encuentran en ejecución, esta Contraloría General considera viable, conforme con lo dicho por la Asesoría Jurídica del Banco Nacional, que las sociedades del Banco Nacional puedan incorporarse a dichas relaciones contractuales, observando lo que de seguido se dice.

Para ello, es necesario que exista un acuerdo entre las partes –Banco y sus sociedades- en donde se establezcan cómo se llevará a cabo la ejecución el contrato, los mecanismos de control y fiscalización, quién y cómo se solicitarán los artículos y funcionarios responsables, entre otros extremos. Además, deberán analizar el histórico de los productos de cada entidad, y valorar si a la luz de la incorporación de estas partes, los precios ofrecidos originalmente cambian.

A su vez, se requiere que exista una comunicación formal al contratista, en que manifieste su anuencia y que posee la capacidad requerida para atender las solicitudes de cada una de las sociedades del Banco que se encuentren dispuestas a suscribir dicho acuerdo, debiendo suscribirse las adendas correspondientes a las contrataciones en cuestión.

Con lo anterior se quiere dejar patente la necesidad de precisar los diferentes extremos que comporta un contrato en ejecución, ya que al introducirse uno o varios sujetos adicionales a la relación contractual, fácilmente se pueden diluir responsabilidades con el consecuente riesgo para la sana inversión de los recursos públicos.

De este modo, en el mencionado acuerdo debe quedar especificado claramente a quién corresponde la función de hacer el requerimiento –si se va a canalizar toda solicitud por medio del Banco Nacional o bien, cada sociedad que se incorpore al contrato puede hacerlo libremente-; quién verifica el ajuste de lo pedido, de qué modo se cancela –desde luego utilizando el presupuesto de cada entidad lo cual debe quedar claro-; aspectos de exclusividad; quién comunica la variación en los precios –en caso que llegue a darse tal supuesto-; etc.

De igual manera, cada contrato en ejecución debe analizarse en sus particularidades a fin de determinar si se ajusta plenamente a los requerimientos de los otros sujetos. Así, por ejemplo, si el contrato señala que los pedidos se harán por un mínimo determinado de bienes, dicha cantidad debe

considerarse si aplica también a las sociedades a las cuales, al tener eventualmente una necesidad menor, les podría resultar excesiva la cantidad mínima pactada por el Banco.

Aspectos como los antes consignados, que únicamente se enlistan a manera de ejemplo, deben necesariamente considerarse para lograr la satisfacción de las necesidades que se pretenden solventar, todo dentro de los principios de eficacia y eficiencia pero sin dejar de observar y establecer controles para una adecuada ejecución.

b) Contrataciones que no han iniciado

Ahora bien, en relación con aquellos casos donde todavía no ha iniciado aún la ejecución contractual, la Asesoría Jurídica del Banco Nacional señala que podrá aplicarse el artículo 115 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Dicho numeral en lo que interesa dispone:

“Los órganos o entes que comparten una misma proveeduría o sistema de adquisiciones físico o electrónico, podrán celebrar entre ellos acuerdos, con el fin de tramitar convenios marco para la contratación de determinados bienes o servicios, por un plazo de hasta cuatro años”

La filosofía del convenio marco radica en la posibilidad de unir esfuerzos, para que sólo uno de los órgano o entes efectúe el procedimiento de contratación, y el resto de las partes suscribientes del convenio se vean beneficiadas de dicho procedimiento y puedan adquirir los bienes y servicios de las contrataciones adjudicadas.

Sin embargo, el artículo que se comenta establece como condición para que las entes u órganos puedan optar por este convenio, que estos compartan una proveeduría o caso contrario, un sistema de adquisición físico o electrónico, condicionamientos para la aplicación de esta figura.

Expuesto lo anterior, es importante señalar que para la correcta aplicación de las normas no debe favorecerse una lectura aislada, sino que las mismas deben ser interpretadas de forma integral con el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el artículo 10 de la Ley General de Administración Pública (LGAP) establece que *“La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular”*.

Con la correcta aplicación del convenio marco, es claro que muchos órgano o entes pueden ver satisfechas sus necesidades sin tener que realizar un procedimiento de contratación administrativa, economizando con ello tiempos, recursos y potenciar economías de escalar, aplicándose con ello plenamente el principio de eficiencia, regulado en el numeral 4 de la Ley de Contratación Administrativa que dispone:

“Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales.

Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior.”

En relación con los principios de eficiencia y eficacia en los procedimientos de contratación administrativa, la Sala Constitucional dijo en su voto 14421-2004 del 17 de diciembre de 2004:

“Por lo anterior, los procedimientos de contratación administrativa y todos los aspectos atinentes a la formación y perfección de los contratos administrativos están imbuidos por la celeridad y sumaria atención y satisfacción de las necesidades y requerimientos de la organización social. Sobre el particular, es menester recordar que dentro de los principios rectores de los servicios públicos, en el marco de una Administración Pública prestacional o de un Estado Social y Democrático de Derecho, se encuentran, entre otros, la eficiencia, la eficacia, la continuidad, la regularidad y la adaptación a las necesidades socio-económicas y tecnológicas, con el propósito de erradicar y superar las desigualdades reales del conglomerado social. Los mecanismos de control y fiscalización diseñados por el legislador para garantizar la transparencia o publicidad, libre competencia e igualdad y la gestión racional de los recursos o dineros públicos –a través de la escogencia de la oferta más ventajosa para los entes públicos, desde el punto de vista financiero y técnico- en materia de contratación administrativa, deben tener por norte fundamental procurar que la misma se ciña a la ley de modo que resulte regular o sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, para evitar cualquier acto de corrupción o de desviación en el manejo de los fondos públicos. Bajo esta inteligencia, todos los requisitos formales dispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la regularidad o validez en los procedimientos de contratación, el acto de adjudicación y el contrato administrativo mismo, deben, también, procurar la pronta satisfacción del interés general a través de la efectiva construcción de las obras públicas y la prestación de los servicios públicos, consecuentemente no pueden transformarse en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos y, sobre todo, su adaptación, a las nuevas necesidades socio-económicas y tecnológicas de la colectividad. (...)Síguese de lo anterior que las formas propias de los procedimientos de la contratación administrativa así como los recaudos de carácter adjetivo que establece el ordenamiento jurídico para la validez y eficacia de un contrato administrativo deben interpretarse de forma flexible en aras del fin de todo contrato administrativo, sin descuidar, claro está, la sanidad y corrección en la forma en que son invertidos los fondos públicos. Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, al cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general y, desde luego, procurar por el uso racional, debido y correcto de los fondos públicos. Por último, debe recordarse que los principios de la eficiencia y la eficacia en cuanto informan la organización y gestión administrativa tienen fuerte asidero constitucional (artículos –todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber

*de “Vigilar el **buen funcionamiento** de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 al recoger el principio de “eficiencia de la administración”). “*

Bajo esa línea de ideas, y aplicando el numeral 115 del RLCA, podemos concluir que cuando dicha norma hace referencia a que los órganos o entes compartan una misma proveeduría o sistema de adquisiciones, es posible enmarcar a las sociedades del Banco Nacional que, a pesar de contar con proveedurías distintas pueden compartir un sistema de adquisiciones, toda vez que forman parte de un mismo conglomerado de interés económico.

Siendo ello así, esta Contraloría General no encuentra reparos para que el Banco Nacional y sus sociedades suscriban un convenio marco, observando las disposiciones que el ordenamiento jurídico establece para la correcta implementación de esta figura.

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Licda. Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora

LGB/mgs
C: Archivo Central
NI: 2370, 5127,5616
G: 010000524-1