

Al contestar refiérase
al oficio N° **10495**

12 de setiembre del 2017
DCA-2019

Señor
José Luis Orozco Pérez
Supervisor de Centros Educativos
MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA

Estimado señor:

Asunto: Se emite criterio sobre consulta formulada en relación con el régimen de prohibiciones establecido en los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa

Se da respuesta a sus notas sin número, de fecha 06 y 10 de julio, recibidas en esta Contraloría General esos mismos días, por medio de las cuales plantea una serie de consultas en relación con el régimen de prohibiciones establecido en los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) así como los aspectos subsanables regulados en el numeral 81 del Reglamento a la Ley de Contratación (RLCA).

I-Potestad consultiva de la Contraloría General de la República.

La potestad consultiva de esta Contraloría General, se encuentra regulada en el artículo 29 de su Ley Orgánica (Ley 7428 del 4 de setiembre de 1994). En este sentido, el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas antes citado, establece las condiciones que rigen el trámite y la materia consultiva.

En relación con lo anterior, y aplicando el reglamento al contenido de su consulta hemos de indicarle, que el numeral 8 del reglamento de cita, contempla los requisitos de presentación y admisibilidad de las consultas dirigidas al Órgano Contralor, al respecto, en sus incisos 4) y 6) indica lo siguiente:

“Artículo 8-Requisitos para la presentación de las consultas. Las consultas que ingresen para su atención conforme el artículo 29 de la Ley 7428, deberán cumplir los siguientes requisitos:

4. *Plantearse por los sujetos consultantes definidos en el artículo 6, párrafo primero de este reglamento, de acuerdo con los siguientes parámetros:*
 - *El jerarca administrativo del ente u órgano público en el caso de la administración activa; cuando el jerarca sea un órgano colegiado deberá acompañarse del acuerdo que adopte la decisión de consultar.*
 - *En el caso de los auditores internos deberá plantearla el auditor o subauditor interno.*
 - *El representante legal en el caso de los sujetos privados que administren o custodien fondos públicos o bien tengan vínculo con temas de competencia del órgano contralor.*

(...)

6. *Incorporar el criterio jurídico que deberá contener la posición jurídica del sujeto consultante en relación con los aspectos sometidos a consideración del órgano contralor. En casos excepcionales, en los que se acredite que no se cuenta con la asesoría legal, se podrá presentar la consulta sin el estudio legal debiendo fundamentar la posición del consultante.”*

Asimismo, el numeral 9 del Reglamento de cita dispone que el incumplimiento de alguno de los requerimientos antes indicados, será causal de rechazo. En el caso de su consulta precisamente luego de revisar los requisitos antes mencionados se ha podido acreditar que incumple los artículos señalados.

Sin embargo, en un afán de colaboración, se procederá a explicar algunos aspectos relacionados con la temática consultada con el objetivo de que se le pueda aclarar las dudas que manifiesta tener.

I.- Sobre la Subsanción en los procesos de contratación administrativa

El numeral 42 en su inciso j) de la Ley de Contratación Administrativa señala en cuanto la subsanción de defectos que:

“j) La posibilidad de subsanar los defectos de las ofertas en el plazo que indique el Reglamento de esta Ley, siempre y cuando con ello no se conceda una ventaja indebida, en relación con los demás oferentes. Podrán ser objeto de subsanción, el plazo de vigencia de la oferta, así como el plazo de vigencia y el monto de la garantía de participación, cuando tales extremos no se hayan

ofrecido por menos del ochenta por ciento (80%) de lo fijado en el cartel. Los demás extremos de la garantía de participación podrán ser objeto de subsanación, conforme lo que disponga el Reglamento.”

Por su parte, el artículo 80 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa dispone lo relacionado con la corrección de los aspectos subsanables, así como el plazo para corregir los mismos, estableciendo la posibilidad de subsanar cuando la corrección no implique una variación en los elementos esenciales de la oferta, ni coloque al oferente en la posibilidad de obtener una ventaja indebida. El numeral 81 de este cuerpo normativo recoge los elementos que pueden ser subsanados. Asimismo, el artículo 82 de este reglamento, contempla que en caso de que el defecto no sea corregido, dentro del plazo otorgado por la Administración, se procederá a descalificar al oferente.

Sobre este tema, la Contraloría General señaló en la resolución R-DCA-752-2015 de las 14:35 horas del 25 de setiembre de 2015 lo siguiente:

“Al respecto, el primer cuestionamiento que presenta el recurrente consiste en una inadecuada subsanación de documentos relacionados con estas obras, puesto que considera que al no estar debidamente referenciadas en la oferta, no podrían ser objeto de subsanación y esto le conferiría una ventaja indebida a la empresa adjudicataria. No obstante, para resolver este punto no resulta ser necesario proceder a realizar una verificación precisa con respecto a la información aportada en la oferta, con el fin de verificar si la referencia de esta experiencia cumple con los requisitos necesarios para ser objeto de subsanación. Lo anterior, en virtud del cambio de criterio efectuado por parte de este órgano contralor, recientemente, mediante la resolución R-DCA-660-2015 de las diez horas con treinta minutos del veintiocho de agosto del dos mil quince, en la que se procedió a validar la subsanación de la experiencia aun en el caso de tratarse de obras no referenciadas en la oferta, siempre y cuando éstas se hayan ejecutado antes de la apertura de ofertas. En la resolución en comentario se resolvió expresamente que: “Al respecto, es criterio de esta División que los proyectos mencionados y aportados al proceso por la vía de la subsanación deben ser analizados a la luz del artículo 81, inciso i) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual permite la subsanación de los documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y que estén referenciados de forma completa en la oferta. De conformidad con dicha norma, este órgano contralor ha mantenido la tesis de que únicamente es aceptable la subsanación de la experiencia acaecida antes de la apertura de las ofertas siempre y cuando dicha experiencia haya sido mencionada en la respectiva oferta; sin embargo, se considera que en aplicación de los principios

eficacia y de eficiencia, que tienden a la conservación de las ofertas, también es factible permitir a los oferentes que por la vía de la subsanación se pueda incorporar otra experiencia, aún y cuando dicha experiencia no haya sido mencionada en su oferta original, y siempre y cuando dicha experiencia haya sido obtenida antes de la apertura de la oferta; lo anterior, por considerar que ello no concede ninguna ventaja indebida al oferente y además permite a la Administración contar con un mayor número de ofertas”. Para sustentar el cambio de criterio este órgano contralor consideró que la experiencia obtenida antes de la apertura de ofertas se configura como un hecho histórico, sobre el cual los oferentes no tienen poder de disposición en razón de ser un acto inmodificable y verificable sobre el que no se podría llegar a obtener una ventaja indebida una vez realizada la apertura de ofertas. De ahí que al no producirse una lesión en los principios que informan la materia de contratación administrativa a través de la subsanación de un hecho histórico, este órgano contralor optó por una posición a favor del principio de eficiencia, amparada en el espíritu del legislador al momento de la redacción normativa, privilegiando el fondo sobre la forma y reconociendo el carácter instrumental de la contratación administrativa como medio utilizado por la Administración para la satisfacción del interés público, con el objetivo de dotar a la Administración de una mayor cantidad de ofertas, a partir de las cuales se pueda seleccionar al oferente idóneo. En este orden de ideas, en dicha resolución se concluye que: “De este modo, lo que se permite con la posición aquí asumida es que se acredite la experiencia obtenida antes de la apertura de ofertas, que viene constituirse en un hito o hecho que no puede ser disponible por las partes, ya que lo que se habilita es la demostración de tal experiencia y no su obtención con posterioridad a la apertura de las plicas. Con esto no se causa ninguna ventaja indebida, sino que se aplica plenamente la figura de la subsanación que es reconocida en el ordenamiento jurídico (...)”

Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV señaló en la sentencia 00014 de las 11:00 horas del 27 de febrero de 2013 en relación con la normativa expuesta lo siguiente:

“Con base a dicho numeral la Administración subsanará los defectos de las ofertas siempre y cuando con ello no se conceda una ventaja indebida en relación con los demás oferentes. En ese sentido se determinará la naturaleza de los defectos, para establecer si se trata de defectos formales, insustanciales subsanables o bien defectos sobre aspectos esenciales y sustanciales. Cuando se trate de aspectos formales se le concederá a los oferentes un plazo de hasta cinco días hábiles para que corrijan los errores

o se supla la información no presentada y de contener la oferta omisiones o defectos en los requisitos o aspectos esenciales del cartel, no se podrán subsanar (ordinal 80 del Reglamento). Los defectos o errores referidos a requisitos sustanciales o esenciales, que no puede ser subsanados o corregidos en la contratación administrativa, son los que de prevenirse su corrección implicaría una variación en los elementos esenciales de la oferta, como lo son las características fundamentales de los bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega, garantías de los productos, falta de firma, o se coloque el oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida (ordinal 80 del Reglamento). Prevención que se puede realizar de oficio o a solicitud de parte interesada. A tenor del Reglamento supracitado son aspectos formales subsanables la naturaleza y propiedad de las acciones, declaraciones juradas, copias de la oferta, especies fiscales, certificaciones de la CCSS, certificaciones de las cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido existentes al momento de presentación de las ofertas, documentación técnica o financiera complementaria de la oferta, estados financieros, plazo de vigencia de la oferta siempre que no se haya ofrecido por menos del 80% del plazo fijado en el cartel, errores materiales relacionados con la garantía de participación, identificación del concurso o del sujeto respaldado, documentos necesarios para probar la veracidad de los hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y referenciados en ella, y extremos relacionados con requisitos de admisibilidad y que no confieran una ventaja indebida frente a los restantes oferentes (numeral 81 del Reglamento ibid). En lo referente a la experiencia estatuye el artículo 56 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que cuando la Administración solicite acreditarla, se aceptará en el tanto haya sido positiva, entendida ésta como los bienes, obras o servicios recibidos a entera satisfacción, debiendo expresar el cartel la forma de acreditarla en forma idónea. La experiencia se podrá subsanar cuando ha sido referenciada y asentada en la oferta y la Administración tiene duda sobre ella, pudiendo en ese caso ser aclarada o ajustada a las condiciones exigidas en el cartel o bien verificada su existencia por constituir un hecho histórico inmodificable a gusto del oferente, previamente acreditado. Caso contrario si la experiencia se consignó en la oferta y se pretende ampliar o modificar posteriormente a la apertura de las ofertas, o acreditar la no presentada, ello constituiría una ventaja indebida en su favor que le generaría una condición violatoria del principio de igualdad en detrimento de los demás oferentes. En torno a los requisitos de admisibilidad de las ofertas, se dispone en el ordinal 65 del Reglamento supracitado que toda oferta presentada por un proveedor nacional contendrá necesariamente y en forma obligatoria declaración jurada de encontrarse al día en el pago de los impuestos nacionales, de no estar afectado por ninguna causa de prohibición, certificación de encontrarse al día en el pago de las obligaciones obrero patronales con la

Caja Costarricense del Seguro Social o tener un arreglo de pago aprobado por ésta, sin que se pueda contratar con la Administración Pública de no cumplirse con tal obligación social de tributaria. En igual sentido si el oferente presenta certificación de no encontrarse inscrito como patrono ante la CCSS y del objeto licitado se derive tal obligación, la Administración le debe solicitar explicación, la cual de resultar insatisfactoria implicará según la norma citada, la exclusión del concurso y la denuncia ante las autoridades de dicha entidad, aspecto que como se expresó supra ha sido objeto de múltiples cuestionamientos constitucionales. Respecto a dicha obligación tributaria, tal disposición históricamente ha sido cuestionada por dudosa constitucionalidad y ha implicado diversos pronunciamientos de la Sala Constitucional, entre otros el 8583-2002 de las 14:51 horas del 04 de setiembre del año 2002 y el 787-1994, en los que se ha debatido sobre la procedencia de exigir el estar al día en el pago de las cuotas obrero patronales como causal de inadmisibilidad de la oferta concursal.”

II.- Sobre el Régimen de Prohibiciones en materia de contratación administrativa.

En cuanto al tema del régimen de prohibiciones en materia de contratación administrativa éste se encuentra regulado en los numerales 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa.

El artículo 22 se refiere al ámbito de aplicación que se extiende a la participación en los procedimientos de contratación, así como a la fase de ejecución del respectivo contrato. Dispone esta norma que el funcionario sujeto a la prohibición debe abstenerse de participar, opinar o influir, en la ejecución del contrato y que:

“Existirá participación directa del funcionario cuando, por la índole de sus atribuciones, tenga la facultad jurídica de decidir, deliberar, opinar, asesorar o participar de cualquier otra forma en el proceso de selección y adjudicación de las ofertas, o en la etapa de fiscalización posterior, en la ejecución del contrato.

La participación indirecta existirá cuando por interpósita persona, física o jurídica, se pretenda eludir el alcance de esta prohibición. Para demostrar ambas formas de participación se admitirá toda clase de prueba”.

El numeral 22 bis, establece los oferentes que tendrán prohibido participar en forma directa o indirecta en los procedimientos administrativos que promuevan las instituciones que se encuentre sometidas a esta Ley.

En cuanto al levantamiento de la prohibición contemplado en el artículo 23 de este cuerpo normativo, el mismo es reservado únicamente para los incisos h) e i) contemplados en el artículo 22 bis antes citado, a saber:

“h) El cónyuge, el compañero o la compañera en la unión de hecho, de los funcionarios cubiertos por la prohibición, así como sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

i) Las personas jurídicas en las cuales el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes indicados en el inciso anterior, sean titulares de más de un veinticinco por ciento (25%) del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación.”

Mediante el oficio n°12314 (DCA-2373) del 21 de setiembre de 2016 esta Contraloría General indicó lo siguiente:

“Como puede observarse, el inciso i) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa establece la prohibición para las personas jurídicas en las cuales los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive de las personas cubiertas por la prohibición sean titulares de más de un veinticinco por ciento del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación.”

A través del oficio N° 3862 (DCA-0770) del 28 de marzo del 2016, esta División manifestó lo siguiente:

“Al respecto, debe tenerse presente que el puesto de dirección y el puesto de representación dentro de una empresa pueden conllevar facultades legales diferentes, responsabilidades legales diferentes y consecuencias jurídicas diferentes, dependiendo de los alcances y medios legales por los cuales se otorgan dichos puestos, por lo tanto el ‘puesto de dirección’ o el ‘puesto de representación’ que se contemplan en el inciso i) del artículo 22 bis de la LCA se entienden como dos supuestos jurídicos distintos, y en donde cada uno de esos supuestos –por separado- genera la prohibición para participar como oferente.”

Con respecto a los conceptos de dirección y representación, en el oficio N° 6510 (LEV.PROH.N° 28-2010) del 7 de julio del 2010, este órgano contralor indicó lo siguiente:

“Al respecto debe tenerse claro que puesto de dirección o representación es aquel que otorga a la persona que lo ocupa, la facultad de ejercer algún poder de decisión o representación de la empresa, con absoluta independencia y libertad de criterio. Por lo que no es cualquier cargo de jerarquía dentro de una organización

empresarial, el que puede generar una potencial situación de conflicto con respecto a la designación de determinado funcionario público en la institución para la cual la primera haya presentado oferta, sino aquel que traiga aparejado algún poder de representación o dirección en la organización.”

“De este modo, el puesto de dirección le otorga a la persona que lo ocupa la facultad de ejercer algún poder de decisión de la empresa, y el puesto de representación le otorga a la persona que lo ocupa la facultad de ejercer algún poder de representación de la empresa; y es en este sentido en que debe entenderse la diferencia entre uno y otro concepto.

Así las cosas, debe tenerse claro que el poder de decisión que tenga una determinada persona dentro de una empresa se puede ejercer sin que ello conlleve necesariamente un poder de representación legal de la empresa, razón por la cual no pueden entenderse ambos conceptos como similares.”

Ahora bien, no se debe dejar de lado que la violación al régimen de prohibiciones regulado en el numeral 25 de la Ley de Contratación Administrativa genera la nulidad del acto de adjudicación y podrá acarrear a la parte infractora las sanciones previstas en esta Ley.

Finalmente, le recordamos la importancia de registrarse y utilizar el Sistema de la Potestad Consultiva, de manera que podamos brindarle un servicio más oportuno y eficiente en la atención de su gestión. El mismo lo encuentra en nuestro sitio web www.cgr.go.cr

De esta forma se da por atendida su gestión.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente División

Ingrid Brenes Guevara
Fiscalizadora Asociada

IBG/AUR/apus
Ci: Archivo Central
NI: 16791-17066
G: 2017002310-1