

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al Oficio N° **01489**

16 de febrero, 2012
DCA-0333

Licenciado
Hugo Ramos Gutiérrez
Auditor Judicial
Auditoría Poder Judicial

Asunto: Se emite criterio sobre las prerrogativas de la Administración en la recepción definitiva respecto de bienes que incumplen el contrato pero que resultan satisfactorios para el interés público.

Estimado señor:

Damos respuesta a su oficio No. 1392-169-AI-2011 del 6 de diciembre de 2011, recibido en esta Contraloría General el día 7 de diciembre, mediante el cual consulta sobre la recepción de bienes a satisfacción en supuestos en donde se han presentado defectos en la fase de ejecución contractual.

I. Aspectos consultados.

Señala que de la relación de los artículos 20 y 96 bis inciso b) de la Ley de Contratación Administrativa; 195, 196 y 197 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y 51 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública; se puede concluir que los usuarios y los técnicos encargados de recibir los bienes y servicios, están en obligación de recibirlos conforme las reglas del cartel.

No obstante, también estima factible que es factible otorgar el visto buen y recibirlos a satisfacción aunque el 100% no coincida con las especificaciones del cartel, previa emisión de un criterio técnico que confirme que el objeto contractual sería de provecho para la Institución. Estima adicionalmente, que en esos supuestos operaría un rebajo del lucro conforme los términos del artículo 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en la medida que no se satisfizo lo pretendido, respetando las reglas del

debido proceso y sin perjuicio de las sanciones de los artículos 99 y 100 de la Ley de Contratación Administrativa.

II. Criterio de la División.

En relación con los aspectos consultados, conviene señalar primero que todo que en cuanto a lo que respecta a la recepción de los bienes que regulan los artículos 194 y 195 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que se indican en la consulta, debe distinguirse entre uno y otro momento en virtud de los efectos que tiene para efectos de la ejecución contractual.

Como puede verse el artículo 194 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, regula la recepción provisional como el recibo material de los bienes y servicios, en el lugar fijado en el cartel; pero no supone en modo alguno que se haya cumplido a satisfacción con la entrega de lo requerido, sino a lo sumo permitiría presumir la entrega en el plazo acordado contractualmente. De esa forma, posteriormente a la recepción provisional se revisan los bienes y servicios, realizando las pruebas y análisis que procedan para determinar el cumplimiento de lo requerido; para lo cual la Administración cuenta con el plazo de un mes después de la recepción provisional, o bien, con el plazo dispuesto por la Administración en el cartel en virtud de la complejidad del objeto. De ahí que se valorará en cada caso si procede conferir algún plazo para enmendar incumplimientos y determinar una eventual resolución contractual o simplemente emitir la recepción definitiva.

En caso de que la fase de recepción provisional resulte satisfactoria para la Administración según las condiciones contractuales, procede emitir la recepción definitiva que regula el artículo 195 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, mediante la cual se tiene por cumplida precisamente la obligación adquirida con la Administración, según las reglas acordadas en el cartel y aceptadas en la oferta. Es por ello que, a partir de ese momento se dejan de aplicar las sanciones pecuniarias en caso de que resultaran aplicables y también se dispone el inicio de las garantías de funcionamiento, pero sobretodo es con la recepción definitiva que se puede proceder con el pago en los supuestos en que solo exista un pago por la prestación acordada.

En la consulta que se plantea, se refiere el supuesto de que se brinde la recepción definitiva a un objeto que no coincida 100% con las especificaciones técnicas, pero que bajo un criterio técnico se ha estimado que resultaría de provecho para la Administración. Al respecto, entiende este órgano contralor que se plantea el supuesto de un incumplimiento del cartel pero que no afecta la satisfacción de la necesidad de la Administración, sobre lo cual, debe señalarse primero que todo que la recepción definitiva implica en principio el cumplimiento debido del contrato. No obstante, no se desconoce que en fase de ejecución podría existir un incumplimiento del contratista, pero que permita atender la necesidad de la Administración, con lo cual declarar el incumplimiento contractual afectaría también en última instancia al interés público pese a que se pudo atender con el objeto entregado.

Sobre estos supuestos, es claro que existe una doble lectura del principio de eficiencia, en tanto la resolución contractual afectaría los intereses de la Administración pese a que el objeto permite cumplir el

fin, pero también la oferta adjudicada no atiende totalmente la necesidad para la cual fue realizado el concurso. En un segundo plano, tenemos que también se podría afectar también el principio de igualdad y

libre concurrencia, en tanto potenciales oferentes no se presentaron a concurso aunque podían atender el objeto del concurso en idénticas condiciones al contratista incumpliente, pero sobretodo pudo dejarse oferentes en condiciones de inelegibilidad técnica por cotizar un objeto de iguales condiciones al que se pretende sea recibido en forma defectuosa por la Administración.

En tales condiciones, estima este órgano contralor que debe prevalecer la debida satisfacción del interés público, de manera que no es cualquier incumplimiento el que implica la resolución contractual, sino aquél de una magnitud tal que impida la realización del fin público que se persigue con la contratación. Es por ello que el propio reglamentista definió en el artículo 195 de repetida cita, que la recepción definitiva no excluye la ejecución de la garantía de cumplimiento, si los bienes y servicios presentan alguna inconformidad con lo establecido en el contrato. Con esto se reconoce la posibilidad de que pudiera presentarse algún defecto en el cumplimiento del contrato, que sin castigar al interés público permita también resarcir a la Administración de esa situación.

Desde luego, esto no implica de ninguna forma una habilitación para que la Administración empiece a dar por recibidos a satisfacción contratos cuyo objeto incumple las reglas del concurso, sino que debe necesariamente entenderse como una excepción a la regla general de cumplimiento según el cartel y sujeto a la observancia de ciertos requisitos en tutela de la sana inversión de los fondos públicos y el respeto al principio de igualdad en esa contratación. En ese sentido deberá considerarse al menos:

- a. **Existencia de un criterio técnico y aval de la Unidad Solicitante.** En el supuesto de un eventual incumplimiento, necesariamente debe existir un criterio de la Unidad Solicitante que, necesariamente confirme que las necesidades para las cuales se hizo un determinado requerimiento de compra, resultan satisfechas con el objeto ofrecido pese a los incumplimientos menores. Lo anterior, por cuanto es ésta la que en última instancia ha determinado los requerimientos a los que posteriormente se dio forma en las unidades técnicas al momento de preparar el cartel.

Por otro lado, debe existir una verificación técnica detallada de parte de las instancias especializadas, que permita corroborar que pese al cumplimiento defectuoso, las necesidades desde la óptica técnica pueden ser atendidas con el objeto que se pretende recibir.

- b. **Valoración ajustada al principio de igualdad.** Luego de determinar la posibilidad de atender la necesidad, necesariamente debería la Administración verificar que no se excluyó ofertas dentro de la evaluación de ofertas por incumplimientos similares al que se le estaría permitiendo al contratista en este caso. En igual sentido, no podría la Administración haber cerrado la posibilidad a potenciales oferentes al oponerse a la variación del requisito en la tramitación de un recurso de objeción, toda vez que precisamente no fue removido por estimarse de trascendencia para la necesidad.

Es por ello que también requerirá de la respectiva motivación por parte del contratista, de forma que no se trate de una variación que resulta previsible desde el momento mismo que presentó oferta, pues se estaría desvirtuando el principio de igualdad en el concurso. En ese sentido, es

claro que es un aspecto que deberá medirse conforme cada caso en concreto, pero lo cierto es que demanda de la Administración una lectura documentada y debidamente acreditada de la motivación expuesta por el contratista, así como su respectivo análisis y valoración mediante un acto motivado, en el sentido de si las estima suficientes y procedentes.

- c. Resarcimiento por el incumplimiento y aplicación de sanciones pertinentes.** En caso de que la Administración estime que el incumplimiento del objeto contractual en los términos que hemos venido refiriendo requiere ser resarcido, deberá realizar la respectiva cuantificación y ejecutar la garantía de cumplimiento en lo que corresponda. Para ello, se supone que de conformidad con el artículo 43 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la vigencia de la garantía de cumplimiento debería ajustarse a lo que haya previsto la Administración cartelariamente, o en su defecto estar vigente hasta por un plazo de dos meses adicionales a la fecha posible de la recepción definitiva.

La ejecución de la garantía de cumplimiento en lo pertinente, debería resultar como una regla de principio, o bien, los funcionarios responsables deberían dejar documentadas las razones por las cuales en un determinado caso no se ejecutó esa garantía.

De igual forma, tal y como prevé el artículo 195 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, hasta tanto no se haya emitido la recepción definitiva continuarían aplicando las sanciones pecuniarias que se hayan definido en el cartel.

Finalmente, en este punto debe considerarse que en este supuesto consultado, si bien no se aplicó la resolución contractual en tanto se trató de incumplimientos menores, la recepción definitiva no supone que el contrato se haya cumplido a satisfacción, por lo que bien podría exponerse a la sanción prevista por el artículo 99 inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa.

En relación con los supuestos consultados respecto del artículo 210 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, estima este órgano contralor que esos casos se encuentran reservados a la contratación irregular, que supone la existencia de vicios graves y evidentes en la contratación, los cuales resultan de fácil constatación, como es el caso de la omisión del procedimiento correspondiente, se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción, o se ejecute el contrato sin el requisito de eficacia. No obstante, en los supuestos que se exponen en la consulta, se refiere a una patología de la ejecución contractual por el incumplimiento de la prestación debida, pero lo cierto es que el contrato es conforme al ordenamiento jurídico, por lo que no resultaría en este caso el castigo sobre el lucro que se refiere en su oficio.

Por otro lado, en lo que se refiere a la referencia en su consulta del artículo 197 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa referido al recibo de objetos actualizados, debe indicarse necesariamente que la variación prevista supone el cumplimiento de las obligaciones contractuales, más aun, se entiende

que son condiciones actualizadas pero que cumplen plenamente el objeto del concurso. Por el contrario, en el supuesto de su consulta, se refiere el incumplimiento del objeto requerido por la Administración, pero la variación no afecta en principio la finalidad de la contratación según se valore oportunamente.

Atentamente,

Lic. German Brenes Roselló.
Gerente Asociado

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Fiscalizador

EOP/chc
Ci Archivo Central
Ni: 21986-2011
Nn: 01489 (DCA-0333)
G: 2011000209-80