

Algunas Consideraciones en torno a la Ejecución Contractual en la Contratación Administrativa Costarricense

Ana Lía Umaña Salazar¹

Preámbulo

La contratación administrativa, en nuestro sistema jurídico, no es un objetivo de la Administración, sino un medio a través del cual, se busca satisfacer el interés público. La contratación se compone de tres grandes fases: la primera es la fase procedimental de la contratación, la segunda es la fase de formalización y una tercera, la más importante a mi juicio, es la fase de ejecución contractual.

El Estado maneja una gran cantidad y diversidad de asuntos por medio de su gestión administrativa; con el objeto de satisfacer los fines públicos, debe realizar contratos con los y las particulares, pues ello es indispensable para la consecución de bienes y servicios y el cumplimiento de sus objetivos.

El contrato administrativo es el acuerdo de voluntades en el cual, una de estas, pertenece a la Administración Pública, y tiene por objeto la satisfacción de una necesidad pública. Esta particular definición conlleva la característica de que el contrato administrativo tiene como causa el interés público, y el servicio público es el objeto, así como la mutabilidad del contrato y la desigualdad de las partes contratantes, ya que la Administración posee en sus contratos las potestades exorbitantes.

Un elemento importante que se debe tomar en cuenta, dentro de estas características, radica en que la diferencia de los contratos administrativos con los contratos privados es que mientras que en estos últimos priva el principio de que el contrato es ley entre las partes, en los contratos de la Administración, por el contrario, la ley, es ley entre las partes, pues los negocios del Estado están permeados de la legalidad por cuanto se encuentran expresamente regulados, y lo que se debe y no se debe hacer en ellos está contemplado en el Ordenamiento Jurídico.

La Administración, en su accionar, está necesariamente sometida al bloque de legalidad y también a la necesidad de controlar el gasto público, y en su función garantista, de velar por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades para la ciudadanía.

Ahora bien, encontramos plasmada la norma base de las compras del Estado en el artículo 182 de la Constitución Política, de esta norma se deriva toda una regulación tendiente a la maximización de los recursos del Estado, con especial énfasis en la planificación de las compras, aspecto que se ve reflejado de manera importante en las recientes reformas a la Ley de Contratación Administrativa número 7494 que entró a regir el 1 de mayo de 1996, mediante la Ley 8511 del 16 de mayo de 2006, la cual incorpora cambios sustanciales al sistema de compras del Estado y su Reglamento emitidas mediante los decretos números 33758-H, 33860-H, 34049-H y 34974-H.

Y es que la planificación de las compras tiene su razón de ser, por cuanto es el aspecto fundamental para garantizar con éxito que los bienes y servicios por adquirirse son los requeridos por la institución y que, al mismo

¹ . Licenciada, asesora legal del Departamento de Auditoría Judicial del Poder Judicial de Costa Rica.

tiempo, se ajustan a lo presupuestado por esta. Además, la planificación de las compras del Estado comprende no solamente la obligación de contar con un programa de adquisiciones proyectado para el año correspondiente, sin que esto implique necesariamente el compromiso de contratar, sino también, como es obvio y requisito que debe incluirse en el programa de adquisiciones, con presupuesto para esas adquisiciones, ya que no es posible iniciar una contratación, sin contar con recursos presupuestarios para ello, salvo en los casos en que la Administración se compromete a obtenerlos en determinado momento, de acuerdo con lo señalado por la ley y la previa aprobación de la Contraloría General de la República.

Sin embargo, saber qué se va a adquirir y contar con los recursos suficientes para ello no es todo lo que la Administración necesita para realizar una compra exitosa que realmente satisfaga el interés, tanto de esta como el interés público, en torno al tema, se mueve una serie de aspectos de planificación, como por ejemplo: la elaboración de especificaciones técnicas por parte de una persona competente para ello, presupuestarios, de tipo administrativo, como solicitudes de permisos, estudios de impacto ambiental, estudios de prefactibilidad etc. que deben tomarse en cuenta antes de iniciar la contratación. No siempre un procedimiento exitoso tiene resultados positivos, precisamente porque no se prevén aspectos básicos y de lógica que se dejan de lado por una serie de motivos, tales como: la falta de previsión, la negligencia, la impericia, la inoportunidad o las malas prácticas administrativas.

La decisión inicial debe contar con una descripción del objeto, las características de los bienes, obras o servicios que se requieran, en general, las especificaciones técnicas. Este punto es fundamental, porque de esto depende una contratación exitosa. Por un lado, tenemos que hay bienes que para su adecuado funcionamiento requieren de algunos elementos accesorios que deben existir en el momento en que el bien es entregado, como por ejemplo, en la compra de software es necesario que exista previo a la entrega, equipo de cómputo compatible con el software adquirido, o bien, equipo médico que debe estar ubicado en cuartos con condiciones específicas para su adecuado funcionamiento.

Por tanto, si este equipo es entregado a tiempo por parte del proveedor, no es aceptable, bajo ninguna circunstancia que no se haya acondicionado el lugar en el cual se va a ubicar; ello es contrario a la lógica y a la razonabilidad, así como perjudicial para los intereses de la Administración contratante y, por ende, es dañoso para el interés público, por cuanto, si el equipo no entra en funcionamiento en el momento en que es entregado, no solamente afecta la posibilidad de hacer valer las garantías de cumplimiento y de buen funcionamiento en el momento oportuno, sino que el interés público se ve insatisfecho, porque el atraso en la entrada en funcionamiento del mismo afecta a la persona usuaria directamente.

También podría ocurrir en el caso de los arrendamientos de locales para ubicar oficinas o consultorios médicos etc., ya que normalmente lo que se arrienda son viviendas y estas deben ser remodeladas para que las oficinas puedan prestar adecuadamente el servicio público. De ahí que si la propia Administración realiza la remodelación, esta debe agilizarla lo antes posible, a fin de que no transcurra mucho tiempo durante el cual se esté pagando la renta por concepto de alquiler, sin que el inmueble esté siendo utilizado para lo cual fue contratado.

Igualmente ocurriría, si la remodelación es contratada a una persona tercera, ya que en este caso lo lógico sería que paralelo al procedimiento de arrendamiento en la medida de lo posible, se esté llevando a cabo el procedimiento para contratar la remodelación y que ello no atrase mucho la entrada en funcionamiento del inmueble arrendado. Debemos recordar que en este último caso, la Administración, por lo general, acude a la

contratación directa para adquirir inmuebles en arriendo, pues estos muchas veces requieren de características tales que solo un proveedor puede cumplirlas.

1. Definición de la necesidad no es lo mismo que el objeto

Un aspecto que afecta las contrataciones del Estado es la falla en la definición de la necesidad por parte de este. Es importante tener presente que la necesidad es lo que debe estar claro para la Administración. Determinar qué es lo que necesita es lo básico para saber con qué se solventará esa necesidad y, de esa forma, no equivocarse en la adquisición de los bienes o servicios.

El objeto contractual va en función de la necesidad, por ejemplo, en la compra de esposas para uso de las autoridades policiales, la necesidad de la Administración es **“La Adquisición de un dispositivo para inmovilizar a las personas detenidas”**; el **objeto** son las esposas propiamente dichas, pero al momento de hacer la compra, es necesario que se especifiquen claramente las características que las mismas deben tener, en cuanto a cantidad, material en que están hechas, tipo o modalidad de dispositivo etc.

Para que la compra sea un éxito, depende mucho de lo que se indique en el cartel de licitación, ya que lo descrito en las especificaciones técnicas, es lo que ofertarán los potenciales proveedores, por ende, un cartel mal elaborado trae como consecuencia la adquisición de un bien o servicio que no cumple las expectativas de la Administración, por cuanto las especificaciones técnicas estuvieron mal elaboradas y, por ende, no se satisface la necesidad, porque el objeto estuvo mal especificado.

Aunado a este tema, es necesario que la persona funcionaria de la Administración que elabore las especificaciones técnicas sea experta en el área del bien o servicio que se vaya a contratar, ya que con ello podemos medianamente asegurarnos de que la descripción del objeto está de acuerdo con los requerimientos del área que tiene la necesidad. En este sentido, soy del criterio de que tanto quien elabore las especificaciones técnicas como quien reciba el bien o servicio al momento de hacer el recibido conforme, deben ser personas funcionarias competentes con la pericia suficiente para describir un objeto de acuerdo con la necesidad del área que lo requiere, así como para dar el recibido conforme, por cuanto el recibido conforme, como parte de la fase de ejecución contractual, tiene un impacto trascendental en el cumplimiento del cometido de la Administración, el cual es la adquisición del bien o servicio requerido para satisfacer una necesidad pública.

2. Consideraciones en torno a la ejecución contractual

El Reglamento de la Contratación Administrativa regula la ejecución contractual a partir de su artículo 192 y siguientes. Antes bien, diremos que la Administración en la decisión inicial debe disponer de una persona encargada del contrato, cuya designación es importante cuando por la magnitud del negocio o porque así sea conveniente al interés público o institucional, tal designación resulte conveniente para la adecuada ejecución contractual.

Al respecto, el ordenamiento dispone que la persona funcionaria competente valorará el cumplimiento de requisitos; dispondrá la confección de un cronograma de tareas responsables de su ejecución y velará por el debido cumplimiento del contrato que llegue a realizarse. Esta figura, a nuestro entender, es de vital importancia para que la ejecución contractual se realice de la mejor manera, por cuanto la labor de esta persona encargada es de tipo fiscalizador; pero al mismo tiempo, es colaboradora de la Administración en el

cumplimiento de las obligaciones contraídas por esta, y una de las más importantes es precisamente facilitarle a la persona contratista adjudicada el cumplimiento de las obligaciones de esta, ya que si por un lado el o la contratista debe entregar lo pactado, en los contratos administrativos, la Administración también se compromete a cumplir una serie de obligaciones a fin de que el negocio llegue a buen término.

En este sentido, la Ley dispone en sus artículos 15 y 16 la obligación de cumplimiento por parte de la Administración en los compromisos adquiridos válidamente por esta, así como prestar la colaboración necesaria para que el o la contratista ejecute de la mejor forma el objeto pactado.

Por su parte, el artículo 16 establece el deber de la Administración de tramitar cualquier gestión que el o la contratista formule cuando sea necesario, para la ejecución del contrato. En esta norma encontramos la figura del silencio positivo plasmada en el sentido de que si la Administración no resuelve motivadamente en 30 días hábiles la gestión que formule el o la contratista, de acuerdo con lo estipulado en este artículo, operará el silencio positivo y la gestión se tendrá por acogida, y esto traerá como consecuencia la eventual responsabilidad de la persona funcionaria de acuerdo con lo señalado en el artículo 96 de la Ley de Contratación Administrativa, responsabilidad que además puede ser civil y penal, según la gravedad de los hechos. Cabe agregar en este apartado que lo dispuesto en este artículo respecto del silencio positivo no opera para la materia de reajuste de precios.

La figura de la persona encargada de contrato es importante, la cual puede ser una persona funcionaria o bien un departamento, sección, oficina u órgano creado al efecto por la Administración respectiva, y con competencia para ello, con conocimientos técnicos de la necesidad para cuya satisfacción fue promovida la contratación, todo ello con el fin de que se encargue de la fiscalización y cumplimiento de obligaciones contractuales.

Tal y como se mencionó anteriormente, esta persona encargada está en la obligación de verificar el buen cumplimiento de las etapas del negocio por parte del o de la contratista, de la devolución de todo aquello que se haga en oposición a lo acordado, o bien hacerlo ver a las instancias competentes a fin de que se tomen las medidas pertinentes, tales como: la ejecución de garantías, cláusulas penales por atrasos en la ejecución del contrato o las multas previstas en su caso. Por ello la participación de esta persona encargada es trascendental para que la Administración no se vea perjudicada en sus intereses y obviamente no haya desmejora en el servicio público que se presta, sin duda alguna la responsabilidad de esta persona encargada es muy grande, y debe asumirse con la seriedad que ello implica, implementando los controles necesarios para que el cumplimiento del contrato se haga de la mejor manera, lo cual es parte del control interno con que debe contar la Administración en este proceso, así lo establece el artículo 7 de la Ley General de Control interno.

Siempre en relación con este tema, debemos recordar que la recepción de un bien, obra o servicio que no se ajuste a lo pactado, sin advertirlo expresamente a los superiores, origina responsabilidad de toda índole, tal y como se desprende del artículo 96 bis de la Ley de Contratación Administrativa y del artículo 51 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública; en este último caso, está previsto como un delito, aspecto que debe no solo ser de conocimiento de los que asumen estos roles, sino también de cualquier persona funcionaria que, en el ejercicio de sus funciones, deba recibir objetos contractuales.

Respecto de las obligaciones de los órganos administrativos encargados de la ejecución de los contratos, el tema del control es vital. Debe recordarse que el control interno se ejerce en todas las etapas de los procesos que

desarrolla la Administración (ya que el control debe ser completo). En la etapa de la ejecución contractual, el control interno es un medio para el logro de los objetivos contractuales, la satisfacción de la necesidad y, obviamente, la protección del patrimonio público. Por esta razón, es una faceta trascendental en la gestión administrativa y en esta etapa es un elemento facilitador que permite llevar a buen puerto los objetivos de la contratación.

De conformidad con el tema que viene tratado en cuanto a la recepción de los objetos contractuales, tenemos que los artículos 194 y 195 del Reglamento de la Contratación Administrativa disponen:

“Artículo 194.- Recepción provisional.

El contrato administrativo se ejecutará conforme a las reglas de la buena fe y a los términos acordados por las partes.

*La **recepción provisional**, del objeto se entenderá como el recibo material de los bienes y servicios, en el lugar estipulado, o en su defecto en el fijado en el cartel. Para ello, el contratista deberá coordinar con la Administración, la hora y demás condiciones necesarias para la recepción, cuando sea pertinente, o bien informar cuando se ha procedido con la entrega, en aquellos casos en que se utilice una modalidad distinta. El funcionario encargado del trámite, acompañado de la respectiva asesoría técnica, deberá levantar un acta en la cual consignará las cantidades recibidas, la hora, fecha y la firma de los presentes. Para esta diligencia podrá utilizarse como acta una copia del detalle del pedido u orden de compra.*

*La **recepción provisional** podrá darse sin condicionamiento alguno o bien bajo protesta, en cuyo caso, la Administración indicará al contratista por escrito, con el mayor detalle posible los aspectos a corregir y el plazo en que deberá hacerlo, el cual no podrá exceder de la mitad del plazo de ejecución original. La **recepción provisional** excluye el cobro de multas, salvo que se haya hecho bajo protesta.*

*Una vez concluida la **recepción provisional**, la Administración dentro del mes siguiente o dentro del plazo estipulado en el cartel, procederá a revisar los bienes y servicios recibidos y a realizar cualquier prueba o análisis necesarios, requiriendo el aval técnico de sus unidades internas o incluso de asesoría externa. En caso de advertir problemas con el objeto, la Administración lo comunicará de inmediato al contratista, con el fin de que éste adopte las medidas necesarias para su corrección, dentro del plazo indicado en el párrafo anterior, asimilándose la situación a una recepción provisional bajo protesta. Tratándose de incumplimientos graves la Administración podrá iniciar el procedimiento de resolución contractual, si así lo estima pertinente, sin necesidad de conceder un plazo adicional para corregir defectos.*

Vencido el plazo para corregir defectos, sin que éstos hayan sido atendidos a satisfacción, la Administración decidirá de frente a su gravedad y al interés público si solo ejecuta la garantía de cumplimiento o si también inicia el respectivo procedimiento de resolución contractual. Si los daños sufridos exceden el monto de la garantía, la entidad adoptará las medidas administrativas y judiciales pertinentes para su plena indemnización.”

“Artículo 195.- Recepción definitiva.

*La **recepción definitiva** del objeto será extendida dentro del mes siguiente a la recepción provisional o dentro del plazo establecido en el cartel o bien, vencido el plazo para corregir defectos. 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. A partir de este momento, comenzarán a regir las garantías de funcionamiento ofrecidas por el contratista y no correrán multas.*

Para ello se levantará un acta en que quede constancia clara de la forma en que se ejecutó el contrato, indicando al menos, tiempo de ejecución y las prórrogas concedidas, cuando fuera pertinente, forma en que se cumplieron las obligaciones, garantías ejecutadas o penalidades impuestas, ajuste a las muestras aportadas.

*En caso de objetos y servicios muy simples y a criterio de la Administración, la recepción provisional podrá coincidir con la **recepción definitiva** y así se hará constar en la respectiva acta.*

*Todo pago a cargo de la Administración se realizará luego de la **recepción definitiva** de los bienes y servicios.*

*La **recepción definitiva** no exime al contratista de responsabilidad por vicios ocultos". (La negrita es de la redactora).*

De estas normas se extraen varios aspectos dignos de destacarse:

* Por un lado, la recepción del objeto contractual se encuentra dividida en dos etapas: una primera es la recepción provisional y una segunda es la recepción definitiva. Salvo en objetos y servicios muy simples y a criterio de la Administración, la recepción provisional y la definitiva pueden coincidir, lo cual debe quedar constando en un acta.

* Ahora bien, se desprenden de lo consignado en el artículo 194 del reglamento, algunos puntos importantes, por ejemplo, la recepción provisional del objeto contractual es la recepción material de los bienes y servicios en el lugar pactado, o en el fijado en el cartel; para ello el o la contratista debe coordinar con la Administración la hora y demás condiciones necesarias para la recepción. En cuanto a este punto, es necesario señalar que en aquellos casos en que la Administración no disponga de una persona funcionaria encargada de la recepción, quien además debe estar acompañada de asesoría técnica, se está incurriendo con ello en una falta al deber que tiene de facilitarle a la persona contratista y no entorpecer el cumplimiento de las obligaciones de este en la ejecución del contrato, ya que la presencia de la persona funcionaria competente y de la persona asesora técnica no fueron establecidos en la normativa por una decisión antojadiza de la persona legisladora, sino por una necesidad de que la Administración reciba los bienes de la mejor manera para que no se incurra en errores al momento de la entrega. Recordemos que la recepción provisional da paso a la corrección de errores, motivo por el cual la presencia de personas competentes y con pericia es trascendental.

* El reglamento prevé que *"una vez concluida la **recepción provisional**, la Administración dentro del mes siguiente o dentro del plazo estipulado en el cartel, procederá a revisar los bienes y servicios recibidos y a realizar cualquier prueba o análisis necesarios, requiriendo el aval técnico de sus unidades internas o incluso de asesoría externa".* En esta etapa, la presencia de personas técnicas en la materia de que se trate, es inexcusable e imprescindible para dar el visto bueno. No es concebible bajo ningún concepto la

ausencia de personas expertas, ya que sin el aval técnico no puede haber certeza acerca del objeto recibido y, por ende, no puede hacerse el recibido a satisfacción. Si es del caso y fuera necesario la Administración puede contar con asesoría externa, aspecto que debe ser considerado por las Administraciones Públicas para dar el recibido conforme, ya que de esa revisión puede concluirse que deben corregirse problemas del objeto, y se debe comunicar esto al o a la contratista a fin de que los corrija, o bien de advertirse problemas graves, se debe ejecutar la garantía o iniciar el procedimiento de resolución contractual, e incluso, cobrar daños y perjuicios en la vía judicial para lograr su plena indemnización.

* Por otro lado, la recepción definitiva opera una vez vencido el mes siguiente a la recepción provisional o dentro del plazo fijado en el cartel, o vencido el plazo para corregir defectos. Sin embargo, tal y como lo establece la normativa, dicha recepción no excluye la ejecución de la garantía de cumplimiento, si el objeto contractual presenta irregularidades o no es conforme con lo previsto en el contrato, es a partir de este momento cuando regirán las garantías de buen funcionamiento.

* Un aspecto muy importante plasmado en esta norma es el que señala que solo después de la recepción definitiva de los bienes y servicios, la Administración realizará los pagos a su cargo.

* Aunado a lo anterior y en relación con el tema de la recepción del objeto contractual, no podemos dejar de lado lo dispuesto en el artículo 151 que se refiere específicamente a la recepción en contratos de obra pública, según el cual concluida la obra, el contratista comunicará esto a la Administración para que se establezca una fecha para la recepción. Inicialmente esta recepción será provisional, y en el acto, se levantará un acta suscrita por la persona funcionaria competente y el o la contratista, consignándose las circunstancias relacionadas con el estado de la obra, si el recibo está a plena satisfacción de la Administración. Ahora bien, si el recibo se hace bajo protesta o si hay incumplimientos importantes, la obra no se aceptará en ese momento. La recepción provisional es posible cuando las obras estén en un nivel aceptable de finalización, y le falten pequeños detalles de acabados o defectos menores que se deben corregir y así deberá constar en el acta. Efectuada la recepción provisional, no correrán multas por atraso en la entrega. La Administración cuenta con dos meses a partir de esta para hacer la recepción definitiva, salvo plazo distinto en el cartel. Es importante indicar que, en consonancia con lo que viene expuesto, la Administración, según esta norma, solo puede recibir la obra en forma definitiva, después de que se hayan hecho estudios técnicos que acrediten el cumplimiento de los términos de la contratación, sin dejar de lado las eventuales responsabilidades de las partes y, particularmente, las que se generen de vicios ocultos de la obra. La recepción definitiva no exime a la persona contratista de responsabilidad por incumplimientos o vicios ocultos.

En muchos casos, las Administraciones no realizan el recibido conforme de los bienes o servicios contratados, de la manera en como la normativa lo prevé, siendo esta la forma idónea de hacerlo, pues en muchos casos, se dan situaciones donde quien recibe los bienes no tiene ningún conocimiento de lo que está recibiendo, o el que tiene es muy escaso, incluso es posible que tanto para consignar las especificaciones técnicas como para el recibido conforme, la funcionaria o funcionario acceda a información general que encuentra en Internet, y esto no es aceptable, por cuanto las compras del Estado responden a necesidades públicas para brindar un mejor servicio y, en muchos casos, los objetos contractuales que se adquieren protegen bienes jurídicos tutelados como la vida o la integridad física de las personas.

Por tanto, la adquisición de bienes con características definidas por personas funcionarias sin la pericia suficiente o recibidos por estos puede hacerlos incurrir en responsabilidad y, por ende, a la Administración. Por eso la norma de recepción provisional establece la posibilidad incluso de acudir a personas asesoras externas, cuando lo adquirido tiene especificaciones muy particulares y sea necesario el apoyo de una persona experta.

Esto nos lleva a la conclusión de que la elaboración de las especificaciones técnicas y el recibido conforme de los bienes o servicios adquiridos están estrechamente ligados, ya que la pericia de quienes participen en estas etapas es la que permitirá a la Administración adquirir bienes y servicios de calidad y que respondan a las necesidades públicas que se pretenden satisfacer.

3. La garantía de cumplimiento **Pena convencional provisional**

Ahora bien, en el tema de las garantías que respaldan las contrataciones del Estado, hay algunos aspectos que deben analizarse a fin de tener claros ciertos puntos que resultan de interés. En un primer término, tenemos la garantía de cumplimiento, la cual tiene como propósito proteger a la Administración de eventuales incumplimientos en la ejecución del contrato en los que los o las contratistas puedan incurrir.

No es aceptable que la Administración vea a la garantía de cumplimiento como una tabla de salvación, cuando ya tiene claro que es muy probable que el o la contratista vaya a incurrir en responsabilidad, con esto queremos decir que, si bien es cierto, la garantía protege a la Administración, **esta no hace contratos para ejecutar garantías**, sino para ver satisfecho un interés público y responder a una necesidad.

Por tanto, debe hacerse conciencia de que lo primordial en un contrato público es su efectivo cumplimiento y no la ejecución de las garantías. No es posible pensar en que **“ahí está la garantía”** como una fórmula para escudar incumplimientos contractuales que la misma Administración podía haber evitado si hubiera ejercido el control suficiente sobre determinada contratación, aunado al hecho de que la garantía solo constituye el importe mínimo del daño ocasionado al Estado. La determinación administrativa de ejecutar una garantía (como acto de la Administración) debe ser razonada y proporcionada en sus consecuencias, confiriéndole al menos a quien se afecta con lo resuelto, el debido proceso.

La doctrina sustentada por Dromi señala que la garantía de cumplimiento tiene la naturaleza de una pena convencional provisional, por cuanto

en los casos de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, el acreedor –la Administración comitente– puede ejecutar la garantía como importe mínimo del daño. Ahora bien, si el daño ocasionado por el incumplimiento es superior a la pena pactada, puede exigir el resarcimiento integral, puesto que la pretensión dirigida a la pena tiende a ser una facilidad pero no una limitación de la pretensión de indemnización. (Dromi, J. R., 1995, p. 527-528).

El artículo 34 de la Ley de la Contratación establece que la garantía de cumplimiento se define entre un cinco por ciento y un diez por ciento del monto del contrato, monto que se determina en el cartel, de acuerdo con la complejidad del contrato para, como ya se dijo, asegurar el resarcimiento de cualquier daño eventual o perjuicio

ocasionado por la persona adjudicataria, y se ejecutará por el monto necesario para resarcir a la Administración por los daños y perjuicios imputables al contratista.

4. La garantía de fabricación no es un contrato de mantenimiento

En relación con la garantía sobre los bienes adquiridos por la Administración (garantía de fabricación), la Administración no puede buscar una finalidad distinta que la protección contra fallas del equipo derivadas de su fabricación.

La Contraloría General de la República en la resolución número RSL-216-99 **de las 15:40 horas del 28 de mayo de 1999** señaló:

*La Administración no está autorizada a buscar un contrato de mantenimiento preventivo y correctivo del equipo, en forma encubierta, porque esa no es la función natural de una garantía de esta naturaleza. Para asegurar la continuidad en el funcionamiento del equipo durante el período de vida útil, la Administración debe asegurarse que los equipos cuenten con el respaldo de un taller serio radicado en el país, que brinde tiempos de respuesta razonables, de acuerdo con la ubicación que tenga el equipo en el territorio nacional. Tampoco este Despacho encuentra válido que se establezcan puntajes a garantías efímeras que, con el paso del tiempo, se conviertan en garantías en el papel, las cuales la Administración no podrá hacer efectivas, porque el contratista con un tiempo tan prolongado como el que puntúa el cartel, podría acudir al expediente de alegar que la falla se debe a un uso anormal del equipo, o bien, sencillamente que la garantía, por lo dinámico que resulta el mercado y el avance tecnológico en este tipo de equipo, esté referida a un equipo obsoleto. En este orden de ideas, debemos advertir a la Administración, como lo hemos indicado en nuestro oficio N°1390/99, que el sistema de evaluación debe buscar la valoración de factores trascendentes, cualidad que no queda reflejada en este sistema, en particular en lo que hace a la valoración de la garantía de fabricación del equipo, por las razones ya expresadas. En tal caso, podría la Administración determinar un plazo razonable de garantía, por vía de cláusula invariable (v.gr. nos parece muy razonable que se exija una garantía mínima de un año), pero el plus, hasta un margen razonable en relación con la vida útil del equipo, sí podría ser puntuable, por ejemplo, en relación con el plus hasta completar tres años, para evitar la desnaturalización y que se ven desvirtúen los sistemas de evaluación en manos de proveedores inescrupulosos, que ofrecen condiciones **que, de antemano, saben que no tienen ningún respaldo real, con el único afán de ganar puntaje.***

5. El plazo de entrega

En la contratación administrativa, el plazo de entrega de los bienes o servicios adquiridos por la Administración es un aspecto esencial que debe estar definido de manera clara y detallada, no solo por razones de seguridad jurídica, sino también porque la Administración busca trabajar de manera planificada y programada. No es concebible un contrato donde no se haya establecido el plazo dentro del cual se deba cumplir la prestación, ya sea que la Administración lo haya definido o bien lo haya hecho el o la oferente.

La Contraloría General ha indicado que el plazo de las contrataciones ha de ser real y ejecutable, porque de lo contrario el oferente, se podría estar colocando desde un inicio y como futuro contratista en una “situación de incumplimiento contractual y como tal, contrariando las reglas de la buena fe negocial, principio rector en derecho civil de esta materia, por disposición de la Sala Constitucional en su voto número 998-98”. (RSL 385-99 de las 15:30 horas del 3 de septiembre de 1999).

Este aspecto es muy relevante, porque los carteles de licitación muchas veces no contemplan plazos reales o, bien, las mismas personas contratistas ofrecen plazos que tampoco lo son, ya que el plazo de entrega, pese a ser un requisito esencial, no implica que deba ser siempre definido por la Administración de forma taxativa, pues ello depende del objeto contractual, o de la urgencia que tenga la Administración de contar con un determinado bien o servicio, la cual también debe estar respaldada con una cláusula penal ante un eventual incumplimiento.

A menudo ocurre que se pactan plazos que no se acercan ni siquiera al que realmente se requiere para entregar un objeto contractual en perfectas condiciones, se juega con los plazos y con las prórrogas sin que se cumpla realmente con lo establecido en el artículo 198 del Reglamento de la Contratación que establece plazos y razones específicas en virtud de las cuales procede una prórroga, como por ejemplo, cuando la misma Administración ha incurrido en atrasos en el cumplimiento de sus obligaciones, teniendo esto un impacto en las prestaciones a ejecutar por parte de la persona contratista, retrasando el cumplimiento por parte de este, aunado al hecho de que la normativa no establece una limitación en esta materia, entonces, los y las contratistas y la Administración entran en un juego de ampliaciones de plazos que, en muchos casos, no proceden, porque la razón real por la cual el plazo se acabó y no se ha terminado de ejecutar el contrato es que el inicialmente pactado no era el real.

Por esta razón, la aspiración de establecer un plazo para conocer a partir de qué momento se podrá disponer del objeto o servicio contratado, para satisfacer la necesidad pública, no se alcanza, por ello que el establecimiento del plazo debe quedar correlativamente asegurado con el establecimiento de una cláusula penal que sancione un eventual incumplimiento, ya que la ausencia de sanciones podría fomentar una conducta irresponsable de parte de quien se limite a formular un plazo de entrega con el único fin de ganar puntaje, a sabiendas de que no va a poder cumplir con él.

No debe olvidarse, en consonancia con lo anterior, que en materia de prórrogas la Administración puede autorizarlas cuando existan demoras ocasionadas por ella misma o causas ajenas al o a la contratista, debiendo ser solicitadas dentro de los diez días hábiles siguientes al conocimiento del hecho que provoca la extensión del plazo, y la Administración tiene igual plazo para determinar si procede o no. El Reglamento señala que en caso de que la solicitud se haga fuera del plazo, pero estando el contrato aún en ejecución, la Administración puede autorizar la prórroga, si existe suficiente fundamento para ello y siempre que esté vigente el plazo contractual. (Artículo 198 del Reglamento)

Ahora bien, ¿cuándo inicia la ejecución del contrato? El numeral 192 del reglamento establece que la Administración deberá girar la orden de inicio del contrato dentro del plazo establecido en el cartel y a falta de estipulación cartelaria, lo hará dentro de los quince días hábiles siguientes contados a partir de la notificación a la entidad contratante, del refrendo o de que se dé la aprobación interna, según corresponda. Dicho plazo puede ser extendido y para ello la Administración deberá emitir una resolución razonada que exponga las razones, y que esta se adopte antes del vencimiento del plazo inicial. En cuanto a los contratos de obra la norma señala en

el párrafo segundo que la orden de inicio debe dictarse dentro de los quince días hábiles siguientes al refrendo de la Contraloría o de la aprobación interna, con la finalidad de que el o la contratista inicie las labores propias de la obra dentro del mes siguiente a dicho refrendo.

Finalmente es importante traer a colación que el plazo de entrega en los contratos de suministros es distinto al plazo de ejecución en los contratos de obra o de prestación de servicios. La diferencia fundamental radica en que todos los contratos en general pueden depender de un plazo inicial antes de su ejecución; pero la ejecución misma puede ser inmediata (entrega de la cosa) o continuada a través del tiempo, hasta su finalización (período que dura la prestación del servicio o la construcción de la obra). (Contraloría General de la República R- DAGJ de las 15:00 horas del 14 de diciembre de 1999).

6. Pago a contratos irregulares

El último aspecto importante que se va a tratar en este breve estudio es el relacionado con aquellos casos de contratos administrativos que, por algún motivo, no se encuentran conforme al Ordenamiento Jurídico, ya sea porque iniciaron ejecutándose sin el refrendo contralor, el cual nunca lograron obtener, o porque se realizó sin cumplir con el procedimiento debido (por regla, la licitación), o bien, casos en los que a pesar de haber vencido el plazo, por mucho tiempo más el contrato continuó ejecutándose.

En todos los casos en que por una u otra razón existe una **contratación irregular** es necesario tomar en consideración que el pago que la Administración haga de estas, no es en realidad un “pago” propiamente dicho, sino una indemnización por el provecho que pueda haber obtenido aquella, lo contrario sería incumplir con el régimen de la contratación administrativa general sin ninguna sanción para nadie.

*Por ello, el reconocimiento que haga la Administración en tales casos, es sólo **indemnizatorio**, motivado en principios de equidad y de no enriquecerse incausadamente; no se trata así, del pago de un contrato válidamente atribuido al particular. Esa noción de indemnización, excluye, por principio, el reconocimiento del **lucro**, según la doctrina que informa el numeral 194.2. de la Ley General de la Administración Pública, de modo que, la Administración, bajo su entera y absoluta responsabilidad, debe determinar el costo puro y simple del bien o servicio, de acuerdo con los parámetros de mercado aplicables a la actividad, en forma razonada y documentada, rebajando, cuando así se haya indicado en la oferta, lo correspondiente a utilidad (siempre que corresponda a un margen razonable en relación con la actividad de que se trate), o bien, rebajando un porcentaje fijo a título de lucro de la operación, que razonablemente estableció la **legislación anterior** (artículo 272 del Reglamento de la Contratación Administrativa), en un 10% del monto total que comprenda esa contratación irregular. En conclusión, el fundamento para indemnizar a particulares por la ejecución de contrataciones irregulares está fundado en principios jurídicos de **equidad** y el de no **enriquecimiento sin causa**, aplicables en la especie, por integración del ordenamiento jurídico administrativo, según lo previsto en el numeral 7º en relación con el 16.1. de la Ley General de la Administración Pública. Así, como indicamos en nuestro oficio 4414 (DCGA-457-97) de 15 de abril de 1997, “la **compensación económica que se otorgue, deberá ser a título de indemnización y no de ‘pago’** (puesto que) **el pago es un consecuencia***

directa de una obligación válidamente originada y en esta clase de casos, no podemos establecer esa condición.” Finalmente, como consecuencia necesaria y paralela de una erogación de esta naturaleza, (como ya indicamos en nuestros oficios 14803/96 y 4414/97) es necesario determinar de inmediato a los funcionarios responsables de que el hecho se haya dado, para sentar las sanciones disciplinarias y pecuniarias del caso . Oficio 8814 de 16 de julio de 1997 (DGCA 921-97).

Concluimos este breve estudio, indicando que depende de la propia Administración que sus contrataciones finalicen exitosamente. Es claro que la etapa de procedimiento es esencial para lograr la satisfacción del interés público; pero la ejecución contractual es una etapa muy importante que requiere del ejercicio de un control eficiente por parte de los órganos o personas funcionarias encargadas de la fiscalización de la ejecución, y no se trata de un control a posteriori donde se busque solamente la ejecución de garantías, cláusulas penales o resoluciones contractuales, porque el Estado no contrata para eso, sino de un efectivo control que debe ejercerse desde el momento en que al iniciarse la ejecución, la Administración enfoque sus fortalezas para fiscalizar el cumplimiento de lo pactado, así como dar respuesta en la tramitación de toda gestión formulada por el o la contratista, necesaria para la efectiva ejecución del contrato.

