BANCO HIPOTECARIO DE LA VIVIENDA

**JUNTA DIRECTIVA**

**MINUTA DEL ACTA DE LA SESION EXTRAORDINARIA N° 49-2019**

**DEL 27 DE JUNIO DE 2019**

**(Acta grabada en soporte digital)**

Minuto: 00:00 Se inicia la sesión a las ­diecisiete horas en la sede del BANHVI, con la asistencia de los siguientes Directores: Irene Campos Gómez, Presidenta; Dania Chavarría Núñez, Vicepresidenta; Guillermo Alvarado Herrera, Marian Pérez Gutiérrez y Eloísa Ulibarri Pernús. Los Directores Jorge Carranza González y Kenneth Pérez Venegas, se incorporan a partir del minuto 21:30.

Asisten también los siguientes funcionarios: Carlos Castro Miranda, Gerente General a.i.; Rodolfo Mora Villalobos, Asesor Legal; y David López Pacheco, Secretario de Junta Directiva. El licenciado Gustavo Flores Oviedo, Auditor Interno, se incorpora a partir del minuto 21:30.

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

#### Asuntos conocidos en la presente sesión

La Junta Directiva conoce los siguientes asuntos en la presente sesión:

1. Propuesta de cartel del concurso público para la contratación del Gerente General.
2. Propuesta de lineamientos para la atención del Impuesto al Valor Agregado, en el trámite de Bonos.
3. Informe sobre el estado de la revisión de la solicitud de reajuste del proyecto Las Brisas II.
4. Informe de la Auditoría Interna “Seguimiento ejecución presupuestaria de los recursos comprometidos FOSUVI periodo 2018”.
5. Informe de la Auditoría Interna “Evaluación sobre pagos por trámite de Subsidios del Bono Familiar de Vivienda, requerido por la Contraloría General de la República”.
6. Criterio jurídico sobre el recurso de apelación interpuesto, contra la adjudicación en el procedimiento de contratación de servicios de asesoría jurídica para la Junta Directiva.

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

**1° Propuesta de cartel del concurso público para la contratación del Gerente General**

Minuto 01:05 Se conoce el oficio GG-ME-0635-2019 del 18 de junio de 2019, mediante el cual, atendiendo lo dispuesto en el acuerdo N° 3 de la sesión 47-2019 del 20 de junio de 2019, la Gerencia General presenta información complementaria con respecto al borrador de cartel del concurso público dirigido a la contratación del Gerente General del Banco, elaborado por la Dirección Administrativa. Dichos documentos se adjuntan al expediente del acta.

Para atender eventuales consultas de carácter técnico sobre el tema, se incorpora a la sesión la licenciada Silvia Mora Moya, Directora Administrativa a .i., quien inicialmente presenta información sobre los costos de las pruebas psicométricas (de personalidad), así como con respecto a las pruebas de liderazgo; y del análisis que se realiza al respecto, se concuerda en la conveniencia de hacer una primera selección de quince candidatos con base en los predictores y aspectos a evaluar que se indican en el cuadro N° 1, omitiendo en esa primera etapa de selección las pruebas psicométricas (cuyo puntaje es de 30%), de forma tal que el puntaje máximo sea de 70% en esa primera etapa. Con lo anterior, a los quince candidatos seleccionados en la primera etapa, se les haría la prueba psicométrica, de forma tal que con los resultados de esa prueba y los demás predictores evaluados, se tengan los cinco candidatos con notas más altas, a quienes se les realizaría la prueba de liderazgo.

Minuto 10:05 Se discute luego, la propuesta de exigir que los candidatos estén incorporados al Colegio de Ciencias Económicas de Costa Rica, determinándose finalmente que una vez analizado el criterio de la Asesoría Legal (oficio AL-OF-046-2019), así como varios pronunciamientos de la Procuraduría General de la República, y otro dictamen emitido por el licenciado Mora Villalobos en otra oportunidad (oficio AL-071-99), lo que corresponde es modificar dicho requerimiento, estableciendo en su lugar, la obligación de estar incorporado al respectivo Colegio Profesional, en los casos que corresponda, y permanecer al día en el pago de las cuotas.

Minuto 26:40 Se analizan otros aspectos del borrador del cartel, determinándose, en primera instancia, la conveniencia de modificar el cuadro N° 2 *Predictores, aspectos a evaluar, indicadores, criterios de valoración y puntajes resultantes de la aplicación de los criterios*, para que dentro de las carreras profesionales, se sustituya el término “ingeniería civil…”, por “ingenierías, arquitectura…”.

Minuto 28:00 Por otra parte y de conformidad con los antecedentes y los argumentos que expone en detalle el Director Alvarado Herrera, se concuerda en la pertinencia de eliminar del apartado *Prohibiciones*, por improcedente, el párrafo que sigue al punto 17.

Minuto 28:00 Se acogen dos mociones del Director Alvarado Herrera relacionadas, la primera, para que en el punto de *Conocimientos complementarios (deseables)*, el cual forma parte del apartado *Perfil del puesto*, debe eliminarse la palabra “Conocimiento” y sustituirla por “Experiencia”, en todos los casos; y la segunda, para adicionar en el antepenúltimo párrafo del apartado *Fase de evaluación*, la última frase para que se lea que la nota será una “guía individual”, que la Junta Directiva considerará para la toma de decisión.

Minuto 45:10 Se acoge además una propuesta del señor Gerente General a.i., en el sentido de omitir la publicación del aviso en el diario oficial La Gaceta, estableciendo que el plazo de diez días hábiles para presentar las ofertas, rige a partir de la fecha de publicación del aviso en un diario de circulación nacional.

Minuto 46:25 De conformidad con el análisis efectuado, la Junta Directiva toma el **Acuerdo N° 1** que se anexa a esta minuta. Acto seguido, se retira de la sesión la licenciada Mora Moya.

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

**2° Propuesta de lineamientos para la atención del Impuesto al Valor Agregado, en el trámite de Bonos**

Minuto 46:45 Se conoce el oficio GG-ME-0677-2019 del 27 de junio de 2019, mediante el cual, atendiendo lo dispuesto en el acuerdo N° 6 de la sesión 47-2019 del pasado 20 de junio, la Gerencia General remite el informe DF-OF-0725-2019 de la Dirección FOSUVI, que contiene una propuesta de disposiciones en torno a la aplicación del Impuesto al Valor Agregado (IVA), a las operaciones financiadas con recursos del FOSUVI. Dichos documentos se adjuntan al expediente del acta.

Para exponer el contenido de dicha propuesta y atender eventuales consultas de carácter técnico sobre el tema, se incorporan a la sesión se incorporan a la sesión el ingeniero Israel D’Oleo Ochoa, funcionario del Departamento Técnico, y la licenciada Martha Camacho Murillo, Directora del FOSUVI, quien luego de repasar los antecedentes legales del tema, expone y analiza con los señores Directores, y con el apoyo del Ing. D’Oleo Ochoa, el planteamiento realizado por la Dirección FOSUVI, con respecto al ajuste del monto del Bono Familiar de Vivienda, con el fin de establecer la reserva del IVA, en los servicios de ingeniería asociados al desarrollo de unidades habitacionales e infraestructura.

Minuto 122:10 De conformidad con el análisis que se realiza a la propuesta de la Administración, se concuerda en la conveniencia de emitir, por ahora, una serie de lineamientos temporales y apremiantes, relacionados con la normativa del IVA en el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, que permitan mantener la continuidad del financiamiento habitacional, mientras son evacuadas las consultas formuladas sobre el tema ante la Dirección General de Tributación.

Minuto 140:00 En consecuencia, se resuelve emitir una serie de lineamientos temporales de inmediata aplicación, y girar instrucciones a la Administración, para que las medidas planteadas en el informe DF-OF-0725-2019, sean retroalimentadas con otros actores del Sistema, a efectos de que antes del 31 de julio de 2019, se presente a este Órgano Colegiado un documento definitivo. Lo anterior, según se consigna en el **Acuerdo N° 2** que se anexa a esta minuta. Acto seguido, se retira de la sesión el ingeniero D’Oleo Ochoa.

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

**3° Informe sobre el estado de la revisión de la solicitud de reajuste del proyecto Las Brisas II**

Minuto 150:50 Se conoce el oficio GG-ME-0676-2019 del 27 de junio de 2019, mediante el cual, atendiendo lo dispuesto en el acuerdo N° 6 de la sesión 38-2019 del pasado 20 de mayo, la Gerencia General remite el informe DF-OF-0724-2019 de la Dirección FOSUVI, que contiene un detalle de la situación del proyecto Las Bisas II.

La licenciada Camacho Murillo expone el contenido del citado informe, destacando las situaciones que han generado tanto retrasos como costos adicionales en el desarrollo del proyecto, así como los asuntos que están pendientes de resolver.

Minuto 158:30 Los señores Directores proceden a analizar la información suministrada por la Administración, coincidiendo en la preocupación por el atraso que se ha dado en la ejecución de las obras, así como por la falta de resolución sobre la solicitud para el pago de costos administrativos de la empresa constructora, los cuales responden al proceso de redefinición de actividades del proyecto.

En razón de lo anterior, se concuerda en la urgencia de resolver dicha solicitud de financiamiento adicional, así como de hacer un análisis conceptual del proyecto, con el propósito de determinar el modelo de ejecución más adecuado, tanto en materia de obras como de costos, ante las nuevas condiciones del condominio y que –según lo hace ver el Director Alvarado Herrera (minuto 162:40)– fueron establecidas en su momento por el mismo BANHVI; y que para valorar este asunto particular, deberá convocarse tanto a la entidad autorizada como a la empresa constructora, para que asistan a una próxima sesión de este Órgano Colegiado.

Minuto 199:30 De conformidad con lo anterior, la Junta Directiva toma el **Acuerdo N° 3** que se anexa a esta minuta. Acto seguido, se retira de la sesión la licenciada Camacho Murillo.

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

**4° Informe de la Auditoría Interna “Seguimiento ejecución presupuestaria de los recursos comprometidos FOSUVI periodo 2018”**

Minuto 201:00 Se conoce el oficio AI-OF-071-2019 del 24 de junio de 2019, mediante el cual, la Auditoría Interna remite el informe FO-FIN-001-2019 denominado “Seguimiento ejecución presupuestaria de los recursos comprometidos FOSUVI período 2018”, el cual contiene los hallazgos y conclusiones derivadas de la evaluación efectuada por esa Auditoría. Dichos documentos se adjuntan al expediente del acta.

Para exponer el contenido del citado informe y atender eventuales consultas de carácter técnico sobre el tema, se incorpora a la sesión la licenciada Johanna Serrano Gutiérrez, funcionaria de la Auditoría Interna, quien procede a presentar los antecedentes, hallazgos y resultados del mencionado informe de auditoría, atendiendo, con el apoyo del señor Auditor Interno, las consultas y observaciones que al respecto van planteando los señores Directores, haciendo énfasis en que los datos del informe no pueden ser comparables con los de informes anteriores, debido a que la Dirección FOSUVI no ha suministrado información a la Auditoría Interna, sobre los saldos contables de los recursos comprometidos a diciembre de 2018.

Minuto 221:00 De conformidad con el análisis que se realiza al referido informe de la Auditoría Interna y a sus recomendaciones, se coincide en la necesidad de completar la información que permita hacer comparables los datos del año 2018 con años anteriores; y en este sentido, se resuelve girar instrucciones a la Dirección FOSUVI, para que de inmediato suministre a la Auditoría Interna, la información que le fue requerida y que todavía no ha entregado a esa Auditoría, la cual es indispensable para completar el informe FO-FIN-001-2019. Lo anterior, según se indica en el **Acuerdo N° 4** que se anexa a esta minuta. Acto seguido, se retiran de la sesión el Director Alvarado Herrera y la licenciada Serrano Gutiérrez.

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

**5° Informe de la Auditoría Interna “Evaluación sobre pagos por trámite de Subsidios del Bono Familiar de Vivienda, requerido por la Contraloría General de la República”**

Minuto 223:10 Se conoce el oficio AI-OF-067-2019 del 14 de junio de 2019, mediante el cual, la Auditoría Interna remite el informe DE-ESP-006-2018 denominado *“Evaluación sobre pagos por trámite de subsidios del Bono Familiar de Vivienda, requerido por la Contraloría General de la República*”, el cual contiene los hallazgos y conclusiones derivadas de la evaluación efectuada por esa Auditoría. Dichos documentos se adjuntan al expediente del acta.

Para exponer el contenido del citado informe y atender eventuales consultas de carácter técnico sobre el tema, se incorpora a la sesión la licenciado Mauricio González Zumbado, funcionario de la Auditoría Interna, quien procede a presentar los antecedentes, hallazgos y resultados del mencionado informe de auditoría, atendiendo, con el apoyo del señor Auditor Interno, las consultas y observaciones que al respecto van planteando los señores Directores.

Minuto 263:10 Se analizan particularmente las recomendaciones 5.1 y 5.2 del informe, referidas, en resumen, a valorar la derogatoria del artículo 113 del Reglamento de Operaciones del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, y el artículo 9 del Reglamento sobre la Organización y Funcionamiento del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, referidos a la prohibición de las entidades autorizadas, para delegar funciones asignadas en materia confección de expedientes de Bono.

Minuto 270:00 De conformidad con el análisis realizado al respecto, la Junta Directiva dispone solicitar el criterio de la Gerencia General sobre las recomendaciones 5.1 y 5.2 del informe de la Auditoría Interna, con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver lo que corresponda. Lo anterior, según se indica en el **Acuerdo N° 5** que se anexa a esta minuta.

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

**6° Criterio jurídico sobre el recurso de apelación interpuesto, contra la adjudicación en el procedimiento de contratación de servicios de asesoría jurídica para la Junta Directiva**

Minuto 271:10 Por razón de la materia y al amparo del artículo 25 de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, la Junta Directiva sesiona únicamente con sus miembros; y por lo tanto se retiran de la sesión los funcionarios Castro Miranda, Flores Oviedo, Mora Villalobos, González Zumbado y López Pacheco; suspendiéndose por consiguiente la grabación de la sesión.

De conformidad con lo dispuesto en el acuerdo N° 3 de la sesión 43-2019, del 06 de junio de 2019, modificado con el acuerdo N° 2 de la sesión 45-2019 del 13 de junio de 2019, la Junta Directiva procede a conocer el oficio de fecha 24 de junio, por medio del cual, la licenciada Ana Marcela Palma, asesora legal externa, emite su criterio sobre la competencia de esta Junta Directiva para resolver el recurso de revocatoria presentado por el señor Ernesto Bertolini Miranda, contra del acto de adjudicación de la licitación abreviada Nº 2019LA-000003-0016400001 promovida por el BANHVI, para la “Contratación de profesional en Derecho para que brinde servicios jurídicos a la Junta Directiva”; y además emite criterio sobre el fondo del recurso, en virtud de considerar que la Junta Directiva es la competente para resolver.

Con base en la discusión que realiza la Junta Directiva, en torno al informe de la licenciada Ana Marcela Palma, se toma el **Acuerdo N° 6**, que se adjunta a la presente minuta.

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

Siendo las veinte horas con quince minutos, se levanta la sesión.

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

BANCO HIPOTECARIO DE LA VIVIENDA

**JUNTA DIRECTIVA**

**ACUERDOS DE LA SESION EXTRAORDINARIA N° 49-2019**

**DEL 27 DE JUNIO DE 2019**

## ACUERDO N°1:

Avalar el cartel del concurso público para la contratación del Gerente General, adjunto al oficio GG-ME-0635-2019 de la Gerencia General, con las siguientes modificaciones:

**1)** Disponer una primera selección de quince candidatos, con base en los predictores y aspectos a evaluar que se indican en el Cuadro N° 1, omitiendo en esa primera etapa de selección, las pruebas psicométricas (cuyo puntaje es de 30%), de forma tal que el puntaje máximo sea de 70% en esta etapa.

**2)** A los quince candidatos seleccionados en la primera etapa, se les hará la prueba psicométrica, de forma tal que con los resultados de esa prueba y los demás predictores evaluados, se obtengan los cinco candidatos con notas más altas, a quienes se les realizaría una prueba de liderazgo.

**3)** En el punto 4 del acápite *Requisitos de los Participantes*, así como del punto 3 del apartado *Fase de Reclutamiento*, deberá eliminarse la obligación de estar incorporado al Colegio de Ciencias Económicas de Costa Rica, estableciendo en su lugar, el requisito de estar incorporado al respectivo Colegio Profesional, en los casos que corresponda, y permanecer al día en el pago de las cuotas.

**4)** Modificar el cuadro N° 2 *Predictores, aspectos a evaluar, indicadores, criterios de valoración y puntajes resultantes de la aplicación de los criterios*, para que dentro de las carreras profesionales, se sustituya el término “ingeniería civil…”, por “ingenierías, arquitectura…”.

**5)** Eliminar del apartado *Prohibiciones*, el párrafo que sigue al punto 17.

**6)** En el punto de *Conocimientos complementarios (deseables)*, el cual forma parte del apartado *Perfil del puesto*, debe eliminarse la palabra “Conocimiento” y sustituirla por “Experiencia”, en todos los casos.

**7)** Adicionar el antepenúltimo párrafo del apartado *Fase de evaluación*, para que la última frase se lea como sigue: “…Esta nota será una guía individual, que la Junta Directiva considerará para la toma de decisión.”

**8)** En el apartado *Normas de Procedimiento*, deberá omitirse la publicación del aviso en el diario oficial La Gaceta, estableciendo que el plazo de diez días hábiles para presentar las ofertas, rige a partir de la fecha de publicación del aviso en un diario de circulación nacional.

## Acuerdo Unánime y Firme.-

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

## ACUERDO N°2:

**CONSIDERANDO:**

**Primero:** Que en el alcance N°202 del diario oficial La Gaceta, del 04 de diciembre de 2018, se publicó la Ley 9635, Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, cuyo título I trata el Impuesto al Valor Agregado (IVA).

**Segundo:** Que en el Transitorio V de dicha Ley y en el Transitorio VII del Reglamento del IVA N° 41779, se indican las condiciones de gradualidad, para la aplicación del Impuesto al Valor Agregado (IVA) en el desarrollo de proyectos de obras civiles.

**Tercero:** Que persisten algunas dudas sobre la aplicación del IVA en el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, especialmente para operaciones de desarrollo habitacional financiadas con recursos del bono familiar de vivienda, las cuales en su momento, deben ser evacuadas o aclaradas por la Dirección General de Tributación, órgano competente en la materia tributaria.

**Cuarto:** Que el BANHVI ha formulado consultas a la Dirección General de Tributación y en ínterin, mientras son evacuadas, se requiere dictar algunas disposiciones o lineamientos temporales que permitan mantener la continuidad del financiamiento habitacional.

**Quinto:** Que mediante oficio DF-OF-0725-2019 del 27 de junio del 2019, la Dirección del Fondo de Subsidios para la Vivienda propone una serie de medidas para atender la normativa del IVA en el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda (SFNV); propuesta sobre la cual esta Junta Directiva considera conveniente que sea retroalimentada con otros actores del Sistema, a efectos de que antes del 31 de julio de 2019, se presente a este Órgano Colegiado un documento definitivo.

**POR TANTO**, se acuerda:

**I.-** Aprobar y emitir los siguientes:

**LINEAMIENTOS TEMPORALES RELACIONADOS CON EL**

**IMPUESTO AL VALOR AGREGADO EN LOS**

**FINANCIAMIENTOS CON RECURSOS DEL FOSUVI**

**1-)** Mediante el Decreto Ejecutivo N° 41779 se emitió el Reglamento de la Ley del Impuesto sobre el Valor Agregado, publicado en el Alcance 129 del periódico oficial La Gaceta del 11 de junio de 2019, cuyo Transitorio VII del Reglamento N° 41779 se indica que:

“De conformidad con lo dispuesto en el Transitorio V de la Ley de Fortalecimiento de la Finanzas Públicas No. 9635, la prestación de servicios de: ingeniería, arquitectura, topografía y construcción de obra civil, a proyectos que estén registrados en el Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos de Costa Rica (CFIA) siempre y cuando los planos asociados a los proyectos hayan sido debidamente visados o registrados por el CFIA al 30 de setiembre de 2019, disfrutarán de los siguientes beneficios tributarios:

1) Exención del 100% del impuesto sobre el valor agregado, durante el plazo que abarca del 1 de julio de 2019 al 30 de junio de 2020.

2) Tarifa del 4% del Impuesto sobre el Valor Agregado durante el segundo año de vigencia de la Ley No. 9635, el cual abarca del 1 de julio de 2020 al 30 de junio de 2021, inclusive.

3) Tarifa del 8% de la tarifa del Impuesto sobre el Valor Agregado durante el tercer año de vigencia de la Ley No. 9635, el cual abarca del 1 de julio de 2021 al 30 de junio de 2022, inclusive.

4) A partir del cuarto año de vigencia de la Ley No. 9635, es decir, a partir del 1 de julio de 2022, todos los servicios indicados en el párrafo primero del Transitorio V de la Ley citada tributarán con la tarifa general prevista en el artículo 10 de la Ley de ese tributo.

5) Los servicios prestados a los proyectos o planos de construcción o de urbanización que se registren a partir del 01 de octubre del 2019, estarán afectos a la tarifa general establecida en el artículo 10 de la Ley No. 9635.

Para efectos del presente Transitorio se entenderán los servicios de ingeniería, arquitectura, topografía y construcción de obra civil, como aquellos servicios que presta un profesional o empresa registrados en el CFIA o aquellos que se encuentren bajo la dirección de un profesional responsable registrado, para llevar a cabo todas las fases de una obra o proyecto, incluyendo todos los servicios necesarios para la preparación de los planos que requiere el CFIA para su visado, desde su concepción hasta la etapa final, según lo requerido en el Reglamento de Consultoría de Servicios en Ingeniería y Arquitectura y sus modificaciones, así como aquellos referidos a contratistas y subcontratistas en el caso de construcciones de obra civil.  En el caso de los subcontratistas será de aplicación el tratamiento dispuesto precedentemente, únicamente en los casos en que ellos facturen servicios prestados al proyecto que disfruta del beneficio de gradualidad previsto.

Asimismo, se entenderá por visado el requerimiento establecido en el artículo 57 incisos a) y b) de la Ley No. 3663 del 10 de enero de 1996 y sus reformas "Ley Orgánica del Colegio Federado de     Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica", y en el artículo 5 de la Ley No. 5361 del 16 de octubre de  1973 "Reforma Ley Colegio Federado Ingenieros y Arquitectos”.

**2-)** Los diferentes actores del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda (SFNV), deberán estar inscritos ante el Ministerio de Hacienda, para emitir facturas: servicios de ingeniería (diseño y planos constructivos, dirección técnica, fiscalización de inversiones, inspección, topografía, subcontratos, entre otros; para los cuales está previsto la aplicación de una gradualidad en el cobro del IVA), además se tienen los servicios legales y servicios sociales, a los cuales no les aplica la gradualidad.

Los distintos actores en las cadenas de producción, cumplen con un papel de agente recaudador de impuestos del Ministerio de Hacienda, (en el tanto se encuentren inscritos y vigentes).

**3.-)** Los distintos actores del SFNV, deberán:

a.  Inscribirse como contribuyente ante el Ministerio de Hacienda.

b.  Emitir facturas timbradas electrónicas.

c.  Presentar declaraciones mensuales ante el Ministerio de Hacienda.

d.  Mantenerse en estado de contribuyente activo y no moroso.

**4.-)** De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 9635 las facturas a extender, deben incluir por separado el precio de venta y el impuesto correspondiente.

**5-)** El cobro del IVA es procedente, únicamente cuando un contribuyente inscrito ante el Ministerio de Hacienda, emite una factura timbrada electrónica que incluya la descripción del servicio brindado, así como del monto separado del impuesto recolectado. Cuando se trate de servicios brindados por empleados de una empresa o institución, no se emite factura electrónica y por lo tanto tampoco tiene asociado el IVA (para efectos de pago o recolección).

**6-)** El BANHVI determinará el mecanismo de reconocimiento del efecto del IVA en los casos tramitados con recursos del SFNV, el cual será comunicado el próximo 31 de julio.

**7-)** El IVA (servicios) asociado a los gastos de formalización de los casos tramitados al amparo del artículo 59 de la Ley del SFNV, serán subsidiados en proporción a los parámetros de financiamiento definidos en el acuerdo 5 de la sesión 11-2015 de la Junta Directiva del BANHVI, del 5 de marzo de 2015. Adicionalmente, las operaciones de artículo 59, tanto individuales como de proyectos, que previo al 1° de julio de 2019 se encuentren en estado aprobado o emitido, podrán ser ajustadas con el fin de reconocerles el ajuste por concepto de IVA en los gastos de formalización, y para tal fin, se autoriza a la Dirección FOSUVI, para que en dichos casos el reconocimiento se realice de oficio, a nivel administrativo.

En los casos de bono ordinario, el pago de los gastos de formalización son financiados con los recursos de los beneficiarios, razón por la cual estos deberán asumir la variación resultante por concepto del IVA asociado.

**8.-)** De acuerdo con el Transitorio V de la Ley Nº 9635 y el Transitorio VII del Reglamento Nº 41779, los distintos actores en el trámite del subsidio del Bono Familiar de Vivienda (BFV), podrán acogerse a la gradualidad en el pago del IVA en la construcción de obras civiles, existiendo un plazo para la realización de dicha gestión hasta el 30 de setiembre de 2019, por lo que el BANHVI reconocerá un monto adicional al subsidio por el concepto de dicho tributo, para las operaciones que se tramiten y construyan con fecha posterior al 1 de octubre de 2019.

**9.-)** Las Entidades Autorizadas deberán comunicar a las empresas constructoras, desarrolladoras, tramitadoras y demás actores interesados, que para los casos individuales y proyectos que se encuentren en fase de maduración, se deberán realizar las gestiones de exoneración de todos los estudios registrados ante el CFIA, hasta la presentación de los planos en APC, de acuerdo con la circular RES-D-GH-031219 de la Dirección General de Hacienda, según lo contemplado en el Transitorio VII del Reglamento N° 41779, pues el SFNV no reconocerá el IVA (servicios) en las operaciones de BFV que pudiendo ser exoneradas, no se hayan realizado las gestiones respectivas.

**10.-)** Las Entidades Autorizadas, deberán comunicar a las empresas constructoras, desarrolladoras, tramitadoras y demás actores interesados, que deberán velar por la aplicación de las tarifas del IVA graduales consideradas en el Transitorio VII del Reglamento N° 41779, pues basado en dicha normativa, es que se realizará el reconocimiento por concepto de IVA (servicios). En los casos en que las facturas de servicios se emitan con tarifas de IVA, superiores a las contempladas en el transitorio referido, el SFNV únicamente reconocerá el monto que oficialmente debió haber sido cobrado, por lo que la diferencia no será asumida con recursos del SFNV.

**11.-)** De acuerdo con el Transitorio XIV de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, el BANHVI se encuentra exonerado del pago del IVA durante el año 2019. Queda sujeto a dicho pago a partir del 1 de enero del 2020. Este punto está en consulta ante la Dirección General de Tributación.

**12.-)** La sola firma de los contratos para el financiamiento de proyectos, entre el BANHVI y la entidad autorizada y entre ésta y el desarrollador/constructor, no genera el pago del IVA. Lo genera el hecho generador del impuesto que es la venta de bienes y la prestación de servicios que se lleve a cabo con motivo de la ejecución de dichos contratos. Este punto está en consulta ante la Dirección General de Tributación.

**13.-)** La entidad autorizada viene a ser un administrador de los recursos, actúa a nombre del BANHVI y los canaliza al desarrollador. Cada proyecto es una iniciativa propuesta por el desarrollador, quien lo lleva a cabo por su cuenta y riesgo. Por lo tanto, todas las facturas asociadas a servicios, se emiten a favor del desarrollador o constructor.

**14-)** En los contratos de fideicomiso que firmen los desarrolladores/constructores para garantizar los financiamientos que reciben con cargo a los recursos del FOSUVI, las partes firmantes deben estar a lo que, respecto al IVA, defina o establezca el Fiduciario que al efecto seleccionen, especialmente en lo que se refiere al pago de comisiones fiduciarias y a los gastos legales que genere el fideicomiso.

**15-)** Las comisiones que, a favor de las entidades autorizadas, estén previstas en la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, con cargo a los recursos del FOSUVI, están sujetas al pago del IVA a partir del 1° de enero del 2020. En todo caso, la Entidad Autorizada debe emitir y remitir al BANHVI, la factura timbrada electrónica indicando que está exenta.

**16-)** Todos los sujetos que intervienen en las operaciones del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y que vayan a recibir recursos con cargo al FOSUVI destinados a un desarrollo habitacional, deberán estar inscritos ante el Ministerio de Hacienda para emitir las facturas timbradas electrónicas y cumplir con las obligaciones conexas del IVA.

**17-)** Las primas de seguros de viviendas declaradas como de interés social están exentas del pago del IVA. Esto aplica en cuanto a todo tipo de aseguradoras autorizadas para operar en el país.

**18-)** **Vigencia:** Las presentes disposiciones estarán temporalmente en vigencia mientras la Dirección General de Tributación evacua las consultas en trámite sobre exoneraciones tributarias. En el momento en que estén emitidos los pronunciamientos correspondientes, de ser necesario, se harán las adecuaciones del caso. De determinarse que no procede o procedía en ciertos casos el pago del IVA, se deberá formular el reclamo para su reintegro. En los casos en que el BANHVI tenga la legitimación para formular el reclamo, lo hará directamente, caso contrario, girará las instrucciones para que el legitimado al efecto lo lleve a cabo.

**II.-** Se instruye a la Administración, para que de forma inmediata, discuta en la mesa de trabajo establecida para este tema, el mecanismo más ágil y efectivo para analizar y recibir la retroalimentación de los diferentes actores del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, sobre la propuesta operativa contenida en el oficio DF-OF-0725-2019 de la Dirección FOSUVI, a efectos de que antes del 31 de julio de 2019, se presente a este Órgano Colegiado un documento definitivo.

## Acuerdo Unánime y Firme.-

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

## ACUERDO N°3:

Conocido el informe GG-ME-0676-2019 de la Gerencia General, sobre el desarrollo del proyecto Las Brisas II, se instruye a la Administración, para que de inmediato ejecute las siguientes acciones:

1) Presente a esta Junta Directiva, la propuesta que corresponda, sobre la solicitud tramitada por la entidad autorizada, para el pago de costos administrativos de la empresa constructora, los cuales responden al proceso de redefinición de actividades del proyecto. Debido a la necesidad de resolver este asunto en el menor plazo posible, deberá contemplarse la presentación de propuestas parciales de financiamiento adicional, conforme se vaya avalando la pertinencia de los diferentes costos.

2) Realice un análisis conceptual del proyecto, con el propósito de determinar el modelo de ejecución más adecuado ante las nuevas condiciones del condominio, tanto en materia de obras como de costos. Para valorar este asunto particular, deberá convocarse tanto a la entidad autorizada como a la empresa constructora, para que asistan a una próxima sesión de este Órgano Colegiado.

## Acuerdo Unánime y Firme.-

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

## ACUERDO N°4:

Instruir a la Dirección FOSUVI, para que de inmediato suministre a la Auditoría Interna, la información que le fue requerida y que todavía no ha entregado a esa Auditoría, la cual es indispensable para completar y hacer comparable con datos de años anteriores, el informe FO-FIN-001-2019, denominado “Seguimiento ejecución presupuestaria de los recursos comprometidos FOSUVI período 2018”.

## Acuerdo Unánime y Firme.-

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

## ACUERDO N°5:

Instruir a la Administración, para que rinda criterio a esta Junta Directiva, sobre las recomendaciones 5.1 y 5.2 del informe N° DE-ESP-006-2018 de la Auditoría Interna *“Evaluación sobre pagos por trámite de subsidios del Bono Familiar de Vivienda, requerido por la Contraloría General de la República*”.

Para presentar el respectivo criterio, se otorga a la Administración un plazo de hasta el próximo 11 de julio, fecha en la cual se estará retomando el análisis del citado informe de la Auditoría Interna y se tomarán las decisiones que sean pertinentes.

## Acuerdo Unánime y Firme.-

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***

## ACUERDO N°6:

**Banco Hipotecario de la Vivienda. Junta Directiva.** San José, a las veinte horas del veintisiete de junio de dos mil diecinueve.

**Recurso de Revocatoria** interpuesto por **JOSÉ ERNESTO BERTOLINI MIRANDA**, en contra del acto de adjudicación de la licitación abreviada Nº 2019LA-000003-0016400001 promovida por el Banco Hipotecario de la Vivienda (BANHVI) para la “Contratación de profesional en Derecho para que brinde servicios jurídicos a la Junta Directiva”, recaído a favor de **CHRISTIAN CAMPOS MONGE**, por un monto de ₵90.750,00 la hora profesional por un máximo de 200 horas.

**RESULTANDO:**

I.- Mediante escrito presentado en fecha 27 de mayo del 2019, el oferente **JOSÉ ERNESTO BERTOLINI MIRANDA** presentó recurso de revocatoria en contra del acto de adjudicación de este concurso.

II. Que el día 5 de junio del 2019, la Proveeduría del BANHVI confirió audiencia al adjudicatario **CHRISTIAN CAMPOS MONGE** para que se refiriera al recurso interpuesto y para que ofreciera la pruebas que consideradas oportunas.

III. Que, dentro del plazo conferido, el adjudicatario atendió la citada audiencia.

IV. Que mediante la contratación directa Nº 2019CD-000076-0016400001 “Contratación de un abogado externo” se contrató como la asesora legal externa a Ana Marcela Palma, para pronunciarse sobre la competencia de la Junta Directiva para resolver el recurso de revocatoria presentado por el señor BERTOLINI MIRANDA y para emitir criterio sobre el fondo del recurso en caso de considerar que dicha Junta Directiva fuera competente.

V. Que mediante oficio de fecha 24 de junio, la asesora legal externa emitió su criterio, el cual fue conocido por esta Junta Directiva en la sesión N° 49-2019 del 27 de junio de 2019.

VI. En el presente proceso se han observado las prescripciones legales y reglamentarias pertinentes y esta resolución se dicta dentro del término reglamentario.

**CONSIDERANDO:**

**I.‑ SOBRE LOS HECHOS PROBADOS.**  Para la resolución de este asunto se tienen por probados los siguientes hechos: **1)** Que el Banco Hipotecario de la Vivienda -en adelante BANHVI- promovió, mediante publicación en la plataforma del Sistema Integrado de Compras Pública (SICOP), la Licitación Abreviada Nº 2019LA-000003-0016400001, para la “Contratación de profesional en Derecho con especialidad Derecho Público” en fecha 29 de marzo (véase el expediente electrónico). **2)** Que a la fecha de apertura fijada para el día 10 de abril del presente año a las 14:00 horas se recibieron seis ofertas: Oferta Nº 1 JUAN CARLOS GUTIÉRREZ GONZALEZ por un monto de ₵91.000,00, por hora profesional, la oferta Nº 2 de EDGARDO VINICIO ARAYA SIBAJA por un monto de ₵90.750,00, por hora profesional, la oferta Nº 3 de JOSÉ ERNESTO BERTOLINI MIRANDA por un monto de ₵90.750,00, por hora profesional, la oferta Nº4 de CONSORCIO ALG GAEQ JC. por un monto de **₡42,840,000.00 (cuarenta y dos millones ochocientos cuarenta mil colones)**, la Oferta No.5 por BATALLA LEGAL LIMITADA por un monto de ₵ 90.750 por hora y oferta Nº 6 de CHRISTIAN ENRIQUE CAMPOS MONGE por un monto de ₵90.750,00, por hora profesional; (véase el expediente electrónico.) **3)** Que en lo que interesa el pliego de condiciones de esta licitación estableció: **a)** **01)** **Objeto de la contratación**. Contratación de un profesional en Derecho (persona física), con amplia experiencia en Derecho Público y que por ende tenga amplio conocimiento teórico y práctico respecto a la aplicación de la Ley General de Administración Pública y normativa que rige para las Instituciones Públicas del país, para que brinde horas de asesoría legal a la Junta Directiva del Banco Hipotecario de la Vivienda (BANHVI) en el momento que ésta así lo requiera, para la atención de todos aquellos asuntos en los que medie inhibición por parte de la Asesoría Legal del BANHVI o en los que se requiera un criterio jurídico complementario en temas específicos; **b)** **02) Requisitos de elegibilidad**. El abogado interesado en participar en este concurso deberá presentar una declaración jurada en la cual acredite cumplir con los siguientes requisitos: 2.1 Estar debidamente incorporado y al día con el pago de las respectivas cuotas al Colegio de Abogados y no estar inhabilitado para el ejercicio del cargo. 2.2 Contar con un mínimo de 15 años de experiencia en Derecho Público. 2.3 Estar en pleno ejercicio de los derechos civiles y no ser deudor moroso del Fisco (Hacienda Pública) lo cual también abarca a las corporaciones municipales y a las instituciones de seguridad social. 2.4 No estar ligado con los miembros de la Junta Directiva, gerente general, subgerentes o con los funcionarios del BANHVI, interinos o en propiedad, por razón de matrimonio, unión de hecho, ascendencia, descendencia o parentesco colateral, hasta el tercer grado inclusive. 2.5 Indicar que al momento de presentar la oferta no se encuentra brindando servicios profesionales al BANHVI en el trámite de procesos judiciales, asesorías o procedimientos administrativos. 2.6 No estar cubierto por las prohibiciones establecidas en los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa. 2.7 No ser funcionario, empleado, directivo o profesional en Derecho o notariado, de planta o externo, de entidades autorizadas activas del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda o de empresas constructoras o desarrolladoras de proyectos de vivienda de interés social que tengan en curso financiamientos o solicitudes de financiamiento con recursos del BANHVI. 2.8 No estar cubierto o afectado por el régimen de prohibiciones y de incompatibilidades contemplado en los artículos 17 y 18 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Por consiguiente, que no es funcionario público. 2.9 Deberá comprometerse a no revelar a terceros, en ningún momento, la información y documentación a la que tenga acceso con motivo de los trabajos que desarrolle en el Banco, mientras dure su relación contractual con el Banco y hasta por los cuatro años posteriores al fenecimiento de la relación contractual. Los documentos que emita serán propiedad del BANHVI. 2.10 Deberá contar con una experiencia mínima de 3 años en la atención de gestiones y/o resolución de asuntos sustantivos relacionados con la legislación del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda; **c) 04) Naturaleza del cargo**: El profesional en Derecho que resulte adjudicatario deberá desempeñar sus funciones de manera independiente durante todo el tiempo que brinde sus servicios. El nombramiento y desempeño del cargo es a título personal. **05) Plazo de la contratación.** El plazo de la contratación será de 2 (dos) años a partir del comunicado de aprobación interna del contrato de esta licitación. Durante cada año se podrá utilizar un total máximo de 200 horas. La contratación podrá prorrogarse por un único periodo igual de 2 años, siempre y cuando la Junta Directiva así lo autorice, previo a la finalización del contrato; **d) 06) Precio de la oferta**. El precio de la oferta debe ser unitario, firme, total y definitivo durante la vigencia de la oferta, debiendo consignarlo por hora profesional y hasta por el máximo de horas establecidas en el objeto contractual. La oferta podrá consignarse en moneda nacional o en dólares estadounidenses. Para la conversión de la oferta en moneda extranjera, se utilizará como referencia el tipo de cambio de venta del dólar registrado para el día de recepción y apertura de las ofertas y para efecto de pago se tomará como referencia el tipo de cambio de venta oficial del dólar registrado para la fecha de la factura. **Deberá tomarse en cuenta que el BANHVI no reconocerá ningún cargo extra que no haya sido incluido en la oferta, por lo que elementos de costo tales como transporte, viáticos, fotocopias, servicios secretariales, papelería e impresión y cualesquiera otros conceptos en que el profesional prevea incurrir no se podrán cotizar de manera separada y deberán formar parte del precio único**, firme y definitivo que se cotice. (Énfasis agregado) EL BANHVI está exento de impuestos según la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda; **e) 07) Honorarios profesionales**. Deberá justificar su oferta económica, de manera que el costo de la hora promedio no podrá ser **menor** a la tabla de honorarios o aranceles definida por el Colegio de Abogados de Costa Rica, caso contrario su oferta será descalificada. (Énfasis agregado); **f) 10) Reunión previa o convocatoria a sesión de Junta Directiva.** Se realizará una reunión previa para los casos que le fueren asignados, a fin de detallar los alcances del trabajo a realizar. Dicha reunión será gestionada por la secretaría de la Junta Directiva. De igual forma, podría ser citado a las sesiones de Junta Directiva cuando sea necesario, a fin de atender consultas, discutir el caso o gestión que le fuere encomendado, así como para hacer la presentación del informe final; **g) II MECANISMO DE EVALUACIÓN**. Se procederá a realizar la calificación de cada oferta bajo la siguiente metodología de evaluación:

|  |  |
| --- | --- |
| **a.** Precio  | 35% |
| **b.** Años de experiencia  | 30% |
| **c.** Experiencia en asesoría a órganos de igual o superior nivel | 10% |
| **d.**  Experiencia en el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda | 15% |
| **e.** Formación académica | 10% |
| **Total** | 100% |

(Véase el expediente electrónico)

**4)** Que **el oferente CHRISTIAN ENRIQUE CAMPOS MONGE,** indicó en oferta, en lo que interesa: **a)** Se acepta sin reservas de ningún tipo, todas las condiciones dispuestas en el cartel. • El profesional a cargo es el suscrito, Dr. Christian Campos Monge, cédula 1-0886-0315, abogado, con estudios de posgrado (maestrías y doctorado en el campo del derecho público administrativo), carné 11822 del Colegio de Abogados. **b)** Nuestro desglose o estructura de costos es:

|  |  |
| --- | --- |
| ***Descripción*** | ***Monte*** |
| COSTOS DIRECTOS | 65% |
| Mano de obra directa | 45% |
| Insumos directos | 20% |
| COSTOS INDIRECTOS | 25% |
| Mano de obra indirecta | 20% |
| Insumos indirectos | 5% |
| IMPREVISTOS | 0 |
| UTILIDAD | 10% |
| PRECIO TOTAL | 100% |

El cuadro de costos, se explica así:

2211 Que nuestro precio es 75% Costos Directos y Utilidad ii) Que el valor de costos indirectos es de 25%. El anterior y éste son el 100%; **c) 06) Precio de la oferta** (…) El precio es 90.750 colones. Y las horas totales son las que ese Banco requiere, conforme el cartel. (Véase el expediente electrónico) **5)** Que el oferente Nº **JOSÉ ERNESTO BERTOLINI MIRANDA** indicó en la oferta en lo que interesa: **a) 01) OBJETO DE LA CONTRATACIÓN** 1. La presente oferta se refiere a la prestación de servicios (por hora) de asesoría legal a la Junta Directiva del Banco Hipotecario de la Vivienda (BANHVI) en el momento que ésta así lo requiera, para la atención de todos aquellos asuntos en los que medie inhibición por parte de la Asesoría Legal del BANHVI, o en los que se requiera un criterio jurídico complementario en temas específicos 2. Para efectos de la presente oferta, se reconocen y aceptan todas las condiciones, normas y trámites que el Banco Hipotecario de la Vivienda (BANHVI) tiene establecidos sobre el particular; **b) 06) PRECIO DE LA OFERTA**. El monto por hora profesional ofertado es de NOVENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA COLONES (¢90.750), que corresponde al monto mínimo estipulado en el Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, promulgado por el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto Ejecutivo Nº 41457-JP, del 17 de octubre del 2018, publicado en La Gaceta, Alcance Nº 23, el 1 de febrero del 2019. Declaro que el precio por hora aquí ofertado es unitario, firme, total y definitivo durante la vigencia de la oferta y hasta por el máximo de horas establecido en el cartel (objeto contractual); **c) 07) HONORARIOS PROFESIONALES**. Conforme a lo indicado en el punto anterior, el monto por hora ofertado corresponde al monto mínimo estipulado en el Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado vigente; d) No consta que en la oferta se haya incluido un desglose del precio. (Véase el expediente electrónico) **6)** Que en el expediente electrónico apartado de “Resultado de la solicitud de verificación o aprobación recibida” se indica en lo que interesa: “*Se recibieron 6 ofertas, de las cuales 2 de ellas son de una consorcio o persona jurídica por lo que no cumplen ya que el cartel solicitaba que ofertara una persona física.*

*De las cuatro ofertas que quedaron en disputa, se revisaron y tres de ellas no cumplen por cuanto según el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y la resolución R-DCA-0258-2018 de la Contraloría General de la República es un deber del oferente para contratos de obra pública y de servicios, presentar el desgloce (sic) de la estructura de precio y no lo presentaron. Según lo anterior solo la oferta del señor CHRISTIAN ENRIQUE CAMPOS MONGE cumple técnicamente con todo lo que solicita el cartel. Ver documento adjunto*.” En este mismo apartado consta archivo de Excel en la consta la comparación de las ofertas y el resultado puntual del estudio de admisibilidad. (Véase el expediente electrónico: Número de secuencia 426792/Solicitud de aprobación a recomendación de adjudicación-Contratación profesional en Derecho/<https://www.sicop.go.cr/moduloBid/common/review/EpExamRcvResultQ.jsp?examSeqno=425184&examStaffId=G3007078890053>) **7)** Que mediante oficio **DAD-PRO-OF-029-2019** del 29 de abril de 2019, la Proveeduría institucional emitió la **recomendación de adjudicación** que en lo que interesa estableció: “…*Se señalaron las 14:01 horas del 10 de abril del 2019 como hora y fecha para la apertura de ofertas. Efectuado el acto de apertura, se recibieron ofertas de: Batalla Legal Limitada, Christian Enrique Campos Monge, Edgardo Vinicio Araya Sibaja, Juan Carlos Gutiérrez González, Consorcio ALG GAEQ JC y José Ernesto Bertolini Miranda. Se procedió con la revisión legal y técnica de las ofertas. Con relación a las ofertas de los oferentes Batalla Legal y el Consorcio ALG, éstas fueron descalificadas ya que ambas son contrarias a lo señalado en el numeral 4) del cartel, el cual indica en lo conducente lo siguiente: ... “El nombramiento y desempeño del cargo es a título personal. No se recibirán ofertas en consorcio y queda absolutamente prohibida la delegación de funciones, la subcontratación o la cesión de derechos de todo tipo, parcial o total, incluyendo los económicos****”. Por su parte, en lo que respecta a las ofertas de los licenciados Juan Carlos Gutiérrez González, Edgar Vinicio Araya Sibaja y José Ernesto Bertolini Miranda, éstos omitieron realizar el desglose porcentual de su oferta económica, requisito que no es susceptible de subsanación*** *dado que contraviene lo atendido en resolución de la Contraloría General de la República RDCA-0258-2018 del 13 de marzo del 2018,* ***y en lo estipulado en el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa****, mismo que señala: … “El oferente deberá presentar el desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que lo componen. Esta disposición será obligatoria para los contratos de servicios y de obra pública.”.. Se continuó con la revisión de la oferta del señor Christian Campos Monge, al cual se le previno la presentación del título que lo acredita como especialista en Derecho Público. El licenciado Christian Campos Monge atendió (sic) en tiempo y forma a la prevención realizada, evidenciando en su respuesta que cuenta con el grado académico de Doctor en Derecho Público. Siendo la única oferta elegible, se procedió con la aplicación del mecanismo de evaluación previsto en el cartel, obteniéndose los siguientes resultados: En lo que respecta al precio, el licenciado Campos Monge ofertó la suma de ¢90,750 por hora profesional tal y como lo dispone el Arancel de Honorarios del Colegio de Abogados, con lo cual obtuvo un 35%. Por su parte, en lo que concierne a la cantidad de años de experiencia en Derecho Público, el licenciado Campos Monge declaró contar con 20 años de experiencia con lo cual obtuvo un 15%. Con relación a la experiencia en asesoría en Derecho Público a Juntas Directivas, obtuvo un 10% al acreditar 5 órganos colegiados a lo cuales brindó asesoría dentro del plazo de 10 años previos a la apertura de esta licitación. En lo que respecta a la experiencia en la atención de gestiones y/o resolución de asuntos sustantivos relacionados con la legislación del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda acreditó 4 años de experiencia con lo cual obtuvo un 5%. Por último, obtuvo un 10% al acreditar el grado académico de Doctorado en Derecho Público. Se concluyó así como una calificación de 75%. (…) Una vez verificada la legalidad de la documentación aportada así como al cumplimiento de los requerimientos, y aplicado el mecanismo de evaluación previsto en el cartel a la única oferta elegible, el área de Proveeduría recomienda la adjudicación de este concurso al licenciado Christian Enrique Campos Monge, para que brinde los servicios de asesoría jurídica a la Junta Directiva del BANHVI, por un costo de ¢90,750 la hora profesional, según los términos del cartel y la oferta*.” (Énfasis agregado. Véase el expediente electrónico). **8)** Que la Dirección Administrativa mediante oficio **DAD-OF-075-2019** del 29 de abril del 2019 dirigido a la Gerencia General, coincidió literalmente con lo señalado en el criterio del área de Proveeduría mediante oficio **DAD-PRO-OF-029-2019** del 29 de abril de 2019, y recomendó la adjudicación a favor del oferente CHRISTIAN CAMPOS MONGE. (Véase el expediente administrativo) **9)** Que mediante **Memorando GG-ME-0452-2019 del 29** de abril se remitió a los miembros de la Junta Directiva el resultado del procedimiento de contratación de servicios de asesoría jurídica para la Junta Directiva y se remitió el oficio **DAD-OF-075-2019** de la Dirección Administrativa. (Véase el expediente electrónico) **10)** Que la Junta Directiva en la sesión 34-2019 del 6 de mayo de 2019 adoptó el acuerdo Nº 8 en el cual indicó: “*Conocido el oficio* ***GG-ME-0452-2019*** *de la Gerencia General, sobre el resultado del procedimiento de contratación de servicios de asesoría jurídica para la Junta Directiva, y siendo que tres de las ofertas fueron descalificadas, por incumplir con el desglose porcentual de la oferta, se instruye a la Administración para que el próximo lunes 13 de mayo, presente a esta Junta Directiva su criterio sobre las citadas descalificaciones, en relación con lo indicado en las siguientes disposiciones del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: - “****Artículo 26.-Desglose del precio****. (…) Podrá subsanarse la omisión del desglose de la estructura de precios, únicamente si ello no genera una ventaja indebida para el oferente incumpliente.” - “****Artículo 163.- Contrato de Servicios****. Para la contratación de servicios técnicos o profesionales, a cargo de personas físicas o jurídicas, la Administración, deberá seguir los procedimientos de licitación pública, abreviada o contratación directa, según corresponda. Ese tipo de contrataciones no originará relación de empleo público entre la Administración y el contratista, y deberá remunerarse conforme las respectivas tarifas, cuando los servicios se encuentren regulados por aranceles obligatorios. Caso contrario el cartel deberá solicitar un desglose del costo de los servicios, detallado en costos directos, indirectos y utilidades. (…)”* ***Acuerdo Unánime y Firme****”*. (Véase el expediente electrónico) **11)** Que mediante oficio **DAD-OF-082-2019 del 10 de mayo de 2019,** la Directora Administrativa, en atención al acuerdo Nº 8 de la sesión 34-2019 del 6 de mayo de 2019, emitió criterio **en ampliación al oficio DAD-OF-075-2019** del 29 de abril, en particular sobre los alcances de los artículos 26 y 171 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y su incidencia en la descalificación de tres de las ofertas presentadas dentro de dicha licitación. En lo que interesa, el oficio señaló: “*I. El artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece, en lo conducente, la obligatoriedad para los contratos de servicios de presentar un desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que lo componen. Para el caso que nos ocupa, el punto 7) del cartel señala que la oferta económica debía justificarse, de manera que el costo de la hora promedio no podría ser menor a la tabla de honorarios o aranceles definida por el Colegio de Abogados. Es decir, que los honorarios debían ser como mínimo lo definido en el arancel, caso contrario serían sujetos a descalificación. Sin embargo, el cartel no limitó la posibilidad a los participantes de cobrar un monto superior a dicho mínimo, razón por la cual se hace necesario que las ofertas presenten el desglose indicado en dicho numeral. En esa misma línea, la falta de presentación de dicho desglose hace incierta la distribución de los principales componentes de la oferta para el resto de participantes, y el otorgar una oportunidad para su subsanación, claramente otorga una ventaja indebida al resto de oferentes que incurrieron en dicha omisión, pues éstos podrían acomodar la distribución de porcentajes a su conveniencia, tomando como referencia la información ya suministrada por el participante que hubiere atendido dicho requisito, desde el momento de presentación de su oferta. II. Siendo consecuentes con lo antes señalado y de conformidad con el criterio R-DCA-0213-2018 del 01 de marzo del 2018 de la Contraloría General de la República, la posibilidad de subsanación señalada en el artículo 26 del Reglamento, se refiere a la presentación del presupuesto detallado partiendo de que en la oferta se hubieren referenciado los porcentajes de la estructura del precio, dado que éste vendría a ser una desagregación de los diferentes rubros que integran cada proporción, los cuales constituirían información complementaria a la misma. III. Por otro lado, el criterio R-DCA-0258-2018 del 13 de marzo del 2018 del Órgano Contralor advierte sobre la obligación de los oferentes de atender a lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento en aplicación supletoria del artículo 129 de la Constitución Política que reza: ”Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma la autorice”. De igual forma, aclara que de acuerdo al artículo 4 del Reglamento, el cartel se encuentra en un rango inferior al propio Reglamento, de modo que las disposiciones reglamentarias deben ser observadas y particularmente el artículo 26 ya mencionado. IV. Por su parte, el artículo 171 del Reglamento se refiere al caso de ofertas sujetas a aranceles, pero dentro de procedimientos en los cuales se hubiera indicado en el cartel que la oferta fuera exclusivamente el monto tasado en la tabla, situación que no fue la contemplada en el cartel de esta licitación, dado que quedó abierta la posibilidad para los profesionales de cotizar por encima de un costo mínimo. Aunado a esto, uno de los factores contemplados en el mecanismo de evaluación fue precisamente el precio, lo cual confirma que la oferta no necesariamente correspondía al mínimo definido en la tabla, sino que ésta podría ser superior y por ende sujeta a comparación con otras ofertas. V. En resumen, se expone que de conformidad con el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cartel es el reglamento específico de esta licitación y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables a este procedimiento. Dicho cartel dejó abierta la posibilidad a los oferentes de cotizar más allá del monto tasado por un arancel, razón por la cual el desglose de su oferta se hace indispensable, muy al contrario en el supuesto que el cartel hubiere sido enfático en indicar que solamente se cancelarían los honorarios contemplados en el arancel, en cuyo caso dicho desglose hubiere carecido de mérito y por ende no hubiere agregado valor incluirlo dentro de mecanismo de evaluación de este procedimiento de contratación*.” Dicho oficio fue remitido a la Junta Directivasegún **Memorando GG-ME-0497-2019** de la misma fecha. (Véase el expediente electrónico) **12)** Que en fecha 20 de mayo de 2019, en la **sesión Nº 38-2019, la Junta Directiva del BANHVI adoptó el acuerdo Nº 13**, el cual consigna en lo que interesa: “**CONSIDERANDO QUE**: **1)** El procedimiento que se realiza para la contratación de servicios de asesoría jurídica, tramitada bajo el número 2019LA-000003-001640001, tiene como objeto la contratación de un profesional en Derecho, para que brinde horas de asesoría legal a la Junta Directiva en el momento que ésta así lo requiera. El plazo de la contratación es de dos años y durante cada año, se podrá utilizar un total máximo de 200 horas. El precio de la oferta es unitario, firme, total y definitivo, debiéndose consignarse por hora profesional y hasta por el máximo de horas establecidas en el objeto contractual. Debe justificarse la oferta económica, de manera que el costo de la hora promedio, no puede ser menor a la tabla de honorarios o aranceles definida por el Colegio de Abogados de Costa Rica, caso contrario la oferta sería descalificada. **2)** El artículo 171 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa regula lo concerniente a la contratación de servicios profesionales, y en el caso a cargo de personas físicas señala, que deberá remunerarse conforme las respectivas tarifas, cuando los servicios se encuentran regulados por aranceles obligatorios. Igualmente señala el citado artículo 171 que, en caso contrario, el cartel debe solicitar un desglose del costo de los servicios, detallado en costos directos, indirectos y utilidades. **3)** La Administración ha señalado, que la contratación se realiza por lo indicado en el artículo 26 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, donde se señala que el oferente deberá presentar el desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que lo componen. No obstante, en el cartel no fue solicitado expresamente. Igualmente señala el artículo 26, que la omisión del desglose de la estructura de precios podría subsanarse, siempre que ello no genere una desventaja indebida para el oferente incumpliente. **4)** La justificación solicitada a la Administración sobre una posible ventaja indebida, consignada en el informe DAD-OF-082-2019 de la Dirección Administrativa, de ella no se puede desprender una clara afectación. **5)** El cartel de licitación específicamente indica: "Deberá justificar su oferta económica, de manera que el costo de la hora promedio no podrá ser menor a la tabla de honorarios o aranceles definida por el Colegio de Abogados de Costa Rica, caso contrario su oferta será descalificada", por lo que parece que, si no se manifestaron sobre el precio, están de acuerdo con cobrar la tarifa del Arancel, por cómo se planteó en el cartel; además que el precio no es punto de descalificación, pero sí de evaluación de la oferta. **6)** De la observancia de las ofertas presentadas por personas físicas se desprende: dos de las ofertas presentan la tarifa mínima del arancel, una oferta presenta una tarifa menor al mínimo del arancel, y por último una oferta presenta el desglose de la estructura de la oferta. **7)** Las dos ofertas que se ajustaron al mínimo de la tarifa regulada por el arancel de honorarios del Colegio de Abogados no pueden desagregarse en una estructura de costos, debido a que corresponde únicamente a honorarios profesionales, por lo tanto, el desglose es innecesario. **POR TANTO.** Se acuerda objetar la resolución de adjudicación del concurso de la contratación tramitada bajo elnúmero 2019LA-000003-001640001; por lo indicado en los considerandos; ya que para la JuntaDirectiva no es claro que: 1. Sea obligatorio presentar el desglose de precios en ofertas quecotizan la tarifa establecida por el Colegio de Abogados y 2. Que, en caso de ser requerido, éste requisito no sea subsanable. **Acuerdo Unánime y Firme**. **13)** Que mediante resolución **GG-RE-0536-2019** de las dieciséis horas del veintidós de mayo de 2019 la Gerencia General por resolución final, adjudicó la Licitación Abreviada Nº 2019LA-000003-0016400001 a favor del oferente CHRISTIAN CAMPOS MONGE. En lo que interesa dicha resolución dispuso: “***CONSIDERANDO****: (…)* ***9)*** *Que una vez presentados los resultados del procedimiento de contratación a la Junta Directiva junto con la información complementaria solicitada en acuerdo 8 de sesión 34-2019 antes citado, dicho Órgano Colegiado mediante acuerdo N°13 de la sesión 38-2019 del pasado 20 de mayo dispuso no compartir el criterio de la Administración. No obstante, este procedimiento de contratación en cuanto a su validez y eficacia no contemplaba la aprobación o aval de la Junta Directiva de este Banco, motivo por el cual dicho acuerdo, aunque respetable, no incide ni puede incidir en los alcances del presente acto de adjudicación. 10) Que este Despacho en atención al artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, al artículo 86 del Reglamento a esa ley y al principio de legalidad, avala la recomendación de la Dirección Administrativa, toda vez que considera que la oferta del licenciado Christian Campos Monge es la única que cumple a cabalidad con todos los requerimientos del cartel, con la normativa de contratación vigente, así como criterios de la Contraloría General de la República.* ***Por tanto****; por las razones expuestas, motivos de interés público invocados y con base en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 86 del Reglamento a dicha Ley, este Despacho resuelve: A) Adjudicar el procedimiento de Licitación Abreviada Nº 2019LA-000003-0016400001 tramitado en la plataforma SICOP, para la “Contratación de un profesional en Derecho con amplia experiencia en Derecho Público y que por ende tenga amplio conocimiento teórico y práctico respecto a la aplicación de la Ley General de Administración Pública y normativa que rige para las Instituciones Públicas del país, para que brinde horas de asesoría legal a dicha Junta en aquellos asuntos en los que medie inhibición por parte de la Asesoría Legal del BANHVI o en los que se requiera un criterio jurídico complementario en temas específicos”, al licenciado Christian Enrique Campos Monge, cédula de identidad número 108860316 por un costo de ¢90,750 la hora profesional, según los términos del cartel y la oferta. B) Se hace saber que contra la presente resolución procede recurso de revocatoria, dentro de los cinco días hábiles siguientes al día de su comunicación*.” **14)** Que la citada resolución de adjudicación fue notificada por medio del SICOP en fecha 22 de mayo de 2019 según consta en expediente electrónico Acto de Adjudicación/Información de Publicación/ <https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ610.jsp?cartelNo=20190302107&cartelSeq=00&cartelCate=1>. **15)** Que en fecha 27 de mayo de 2019, el oferente JOSÉ ERNESTO BERTOLINI MIRANDA interpuso recurso de revocatoria en contra del acto de adjudicación de este concurso En su recurso el oferente BERTOLINI MIRANDA solicita expresamente que el recurso sea conocido y resuelto por la Junta Directiva del BANHVI conforme a lo establecido en el artículo 194 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. (Véase el expediente electrónico: Listado de recursos/ <https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_POQ400.jsp?isPopup=Y&cartelNo=20190302107&cartelSeq=00&reqNew=2>. **16)** Que la institución promovió la contratación directa Nº 2019CD-000076-0016400001 “Contratación de un abogado externo” a través de la cual se contrató como la asesora legal externa a Ana Marcela Palma, para pronunciarse sobre la competencia de la Junta Directiva para resolver el recurso de revocatoria presentado por el señor BERTOLINI MIRANDA y para emitir criterio sobre el fondo del recurso en caso de considerar que dicha Junta Directiva fuera competente. (Véase el expediente electrónico de la contratación directa Nº 2019CD-000076-0016400001 en el SICOP) **17)** Que mediante oficio de fecha 24 de junio, la asesora legal externa emitió su criterio que en lo que interesa dispone: “A partir de todos los elementos de hecho y fundamentos de Derecho expuestos, esta Asesoría Jurídica externa concluye que particularmente con fundamento en el artículo 182 de la Constitución Política, los artículos 2 inciso h) 4, 5, 18, 42 inciso j), 64, 65, 66, 84, 85, 88, 91 y 92 de la Ley de Contratación Administrativa y los numerales 2, 31, 80, 81, 171, 184, 185, 188 incisos a), b), y d), 193, 194 y 195 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, existe suficiente mérito para que la Junta Directiva resuelva de la siguiente manera: 1) Declarar parcialmente con lugar el recurso de revocatoria interpuesto por JOSÉ ERNESTO BERTOLINI MIRANDA, en contra del acto de adjudicación de la licitación abreviada Nº 2019LA-000003-0016400001 promovida por el Banco Hipotecario de la Vivienda (BANHVI) para la “Contratación de profesional en Derecho para que brinde servicios jurídicos a la Junta Directiva”./ 2) Anular el acto de adjudicación recaído a favor de recaído a favor de CHRISTIAN CAMPOS MONGE./ 3) Ordenar a la Proveeduría y dependencias competentes proceder con el nuevo estudio de las ofertas y continuar con el procedimiento para dictar una nueva decisión final”. **18)** Que el citado criterio fue conocido por esta Junta Directiva en la sesión Nº 49-2019 y fue acogido según consta en el presente acuerdo.

**II. Sobre la admisibilidad del recurso de revocatoria y el análisis del plazo de presentación:** El artículo 91 de la Ley de Contratación Administrativa establece que cuando, por el monto, no proceda el recurso de apelación, podrá solicitarse la revocatoria del acto de adjudicación, dentro de los cinco días hábiles siguientes al día en que se comunicó. En el presente asunto, el monto adjudicado corresponde a ¢90.750,00 por hora profesional para la prestación de servicios profesionales por un plazo de (dos) años, siendo que, durante cada año, se podrán utilizar un total máximo de 200 horas (hecho probado Nº 10 c). De esta forma, el monto máximo de la contratación corresponde a la suma de ¢36.300.000,00, monto que según la regla del artículo 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa debe tomarse como referencia para definir la competencia para el conocimiento de cualquier recurso interpuesto contra el acto final del procedimiento. A partir de lo anterior, hay que considerar que el Banco Hipotecario para la Vivienda está ubicado en el estrato E de los límites económicos de la contratación administrativa, fijados mediante resolución R-DC-14-2019 de la Contraloría General de la República. En dicho estrato E, el recurso de apelación procede a partir de un monto impugnado mayor a ¢88.900.000,00 para contrataciones que no tengan por objeto un contrato de obra pública como sucede en el presente asunto. En consecuencia, conforme a los artículos 84 y 91 de la Ley de Contratación Administrativa y los numerales 182, 183 y 193 de su Reglamento, resulta procedente el recurso de revocatoria en razón de la cuantía. Ahora bien, siendo que la notificación del acto final se dio el día 22 de mayo del 2019 (hecho probado Nº 11) y el recurso de revocatoria fue presentado en fecha 27 de mayo del mismo año (hecho probado Nº 12), ha sido interpuesto dentro del plazo previsto en los artículos 91 de la Ley de Contratación Administrativa y 193 de su Reglamento.

**III.** **Sobre la competencia de la Junta Directiva del BANHVI para conocer y resolver el recurso de revocatoria:** El dictamen externo solicitado ha rendido criterio sobre este tema, posición que esta Junta Directiva avala y adopta para la resolución del asunto. Así las cosas, se tiene que revisado el expediente electrónico de la licitación en referencia, se ha corroborado que, el oferente José Ernesto Bertolini Miranda interpuso -en fecha 27 de mayo pasado- un recurso de revocatoria en contra del acto de adjudicación del concurso, en el cual solicita expresamente que su acción recursiva sea conocida y resuelta por la Junta Directiva del BANHVI, conforme a lo establecido en el artículo 194 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (hecho probado Nº 15).Al respecto, en lo que se refiere al trámite de los recursos de revocatoria dentro del régimen recursivo de la contratación administrativa, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa señala:

Artículo 194.-Trámite. El recurso será presentado y tramitado ante el órgano que dictó la adjudicación. Sin embargo, **cuando este órgano no sea el Jerarca de la Administración respectiva, el recurrente podrá solicitar que su gestión sea conocida y resuelta no por la instancia que dictó el acto de adjudicación, sino por el Jerarca respectivo**. En todos los casos habrá una única instancia. (Énfasis agregado).

Ahora bien, para analizar si la pretensión del recurrente es válida y en el caso concreto procede que la Junta Directiva se pronuncie sobre el recurso de revocatoria interpuesto, hay que tener presente que es la Ley No. 7052 del 13 de noviembre de 1986, la que creó el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda (SFNV), de la cual entre otras cosas se desprende:

1. El Sistema Financiero Nacional para la Vivienda con el objetivo principal de fomentar el ahorro y la inversión nacional y extranjera, para recaudar recursos financieros y procurar la solución del problema habitacional existente en el país, incluido el tema de los servicios. Dicho Sistema está integrado por el BANHVI y las entidades autorizadas, previstas en la ley.
2. El BANHVI es una entidad de Derecho Público, de carácter no estatal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, y es el ente rector del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda que opera como un banco de segundo piso —es decir sin operaciones directas con el público—, bajo la supervisión de la Superintendencia General de Entidades Financieras y fiscalizado por esta Contraloría General y es el ente rector del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda (SFNV) dedicado exclusivamente al financiamiento de vivienda para los sectores de menores ingresos del país y de la clase media.
3. El artículo 12 de la Ley Nº 7052 define los órganos que integran su estructura organizativa y señala que son:

a) La Junta Directiva.

b) La Gerencia General.

c) La Auditoría Interna.

ch) Las demás dependencias que se establezcan en el reglamento o que cree la Junta Directiva.

1. Dentro de las funciones que el artículo 26 del mismo cuerpo legal le asigna a la Junta Directiva se encuentran:

“(…)

*b) Determinar la política del Banco y del Sistema en general, aprobar sus planes de trabajo anuales, supervisar la ejecución de éstos y coordinar las actividades del Banco con los sectores público y privado.*

*c) Velar porque se cumplan los fines y las responsabilidades que esta ley le asigna al BANHVI.*

*ch) Dictar las normas que se requieran para la administración interna y la organización de las dependencias y los servicios del Banco, para lo cual designará a los funcionarios y empleados del Banco que firmarán comprobantes, recibos, cheques, letras, correspondencia, contratos, valores inmobiliarios y otros. Además fijará los límites y condiciones dentro de los cuales actuarán esos funcionarios.*

*(…)*

*e) Nombrar y remover al gerente general, a los subgerentes y al auditor interno, para lo cual se requerirán cinco votos, y asignarles sus respectivas funciones.*

*(…)*

*p)* ***Conocer en alzada de los recursos que se presenten contra las resoluciones dictadas por la Gerencia General*** *o la Auditoría Interna, y declarar agotada la vía administrativa*.

(…)

u) Las demás funciones que según la ley le correspondan **en su carácter de órgano supremo** del Banco.”

A partir de las funciones que la Ley Nº 7052 le reconoce a la Junta Directiva, no cabe duda de que éste es el órgano superior jerárquico de dicha entidad. Según el artículo 28 de la citada Ley, la Junta Directiva puede nombrar a un gerente general quien tiene a su cargo la administración general del Banco, de acuerdo con esa misma ley, sus reglamentos y las políticas que fije la Junta Directiva. El numeral 29 del mismo cuerpo legal, estipula que el gerente general es el funcionario de mayor jerarquía administrativa del Banco y el responsable ante la Junta Directiva de la eficiente y correcta operación técnica y administrativa del Banco; debe ejercer las funciones que sean inherentes a su condición de administrador y jefe de personal administrativo del Banco, debe vigilar la organización, operación y coordinación de todas sus dependencias y cumplir los acuerdos de la Junta Directiva y las leyes y reglamentos aplicables (inciso c). Además, según el inciso k) de la misma norma, debe ejercer las demás funciones que le correspondan de conformidad con esa ley, sus reglamentos y otras disposiciones legales que fueren aplicables. Por otra parte, en materia de contratación administrativa, por acuerdo Nº 3, artículo 5 de la Sesión Nº 39-200 de la Junta Directiva, se aprobaron las “**Normas sobre la distribución de competencias para la contratación administrativa del Banco Hipotecario de la Vivienda”,** las cuales establecen en el artículo 1 (que según la información suministrada por la Secretaría de la Junta Directiva es el que está vigente), en lo que interesa:

***Artículo 1****: En los procedimientos de contratación administrativa que celebre el Banco Hipotecario de la Vivienda,* ***corresponderá a la Gerencia General*** *el dictado del acto inicial del procedimiento, incluyendo la confección y publicación del cartel cuando proceda,* ***y el dictado del acto de adjudicación, cuando se trate de licitaciones públicas, licitaciones por registro, licitaciones restringidas y contrataciones directas****, en este último caso con la excepción que se dirá en el artículo siguiente*. (Énfasis agregado)

Véase que la norma sigue haciendo referencia a los tipos de procedimientos vigentes antes de la reforma a la Ley de Contratación Administrativa que se dio con la Ley Nº 8511 del 16 de mayo del 2006, por lo que no menciona a la licitación abreviada que es el procedimiento llevado a cabo en este caso. No obstante, lo relevante es que es la Gerencia General, el órgano al cual se le asignan las competencias para el inicio y la adjudicación prácticamente de todos los procedimientos ordinarios y excepcionales de contratación administrativa que impulse el BANHVI. En esa línea, siguiendo lo que disponen el artículo 91 de la Ley de Contratación Administrativa y el numeral 194 de su Reglamento, el recurso de revocatoria debería ser presentado y tramitado ante el órgano que dictó la adjudicación, en este caso la Gerencia General que, mediante la resolución GG-RE-0536-2019 de las dieciséis horas del veintidós de mayo de 2019, adjudicó en efecto, la licitación abreviada de comentario a favor de Christian Campos Monge según consta en el expediente administrativo. Sin embargo, los mismos artículos 91 y 194 citados establecen que cuando el órgano que adjudicó no es el Jerarca de la Administración respectiva, el recurrente puede solicitar que su gestión sea conocida y resuelta no por la instancia que dictó el acto de adjudicación, sino por el Jerarca respectivo. En este asunto, el recurrente Bertolini Miranda ha planteado la petición expresa de que su gestión recursiva sea resuelta por la Junta Directiva, que según los artículos 12 y 26 de la Ley Nº 7052, es el jerarca supremo del BANHVI. Si bien la Ley Nº 7052 define al Gerente General como el funcionario de mayor jerarquía administrativa del Banco, en materia de contratación administrativa esa Ley no le da competencias específicas al Gerente. En cambio, ha sido la propia Junta Directiva como máximo jerarca institucional, con las atribuciones de dictar las normas que se requieran para la administración interna y la organización de las dependencias del Banco; la posibilidad de designar a los funcionarios y empleados del Banco que firmarán los contratos; siendo el órgano que puede fijar los límites y condiciones dentro de los cuales actuarán esos funcionarios y que es que nombra y remueve al gerente general, lo que en consecuencia determina -en criterio de esta asesoría legal externa- que igualmente el órgano que en su condición de jerarca reconocida por la Ley, tiene la atribución de resolver en los recursos que se presenten contra las resoluciones dictadas por la Gerencia General (artículo 26 inciso p) de la Ley Nº 7052). Por esa razón, habiendo solicitado el recurrente de manera expresa que su recurso de revocatoria sea resuelto por la Junta Directiva, existe suficiente fundamento legal para que dicho órgano colegiado proceda a resolver. El Adjudicatario hace alusión a los audios y minutas de las sesiones Nº 33,34, 37, 38 y “otras” de la Junta Directiva para el año 2019, donde se afirma que estuvo agendado el conocimiento del procedimiento de contratación administrativa que nos ocupa. Por esa razón, ha instado a no elevar este asunto a conocimiento del jerarca superior del BANHVI, porque en su criterio los miembros de este órgano han conocido, deliberado, y hasta han decidido, en relación con el fondo del asunto que planteó el Sr. Bertolini en su recurso. Al respecto, siendo el objeto de la licitación, la contratación de los servicios de asesoría jurídica para esta Junta Directiva, es lógico suponer que el asunto sea llevado a conocimiento de ese órgano jerárquico superior como principal interesado en la contratación con el propósito de que se le pueda dar seguimiento al tema. No obstante, en nuestro criterio, las valoraciones sobre el procedimiento de concurso, emitidas por los distintos directivos en las sesiones donde se ha conocido el caso, no pueden tenerse como un adelantamiento de criterio que les impida ahora valorar el recurso y valorar el dictamen externo solicitado para tomar una decisión. En el expediente electrónico consta que en el caso concreto, la Junta Directiva adoptó el acuerdo Nº 38-2019 de la sesión del 20 de mayo del presente año, donde la *acordó objetar la resolución de adjudicación*; acto que supone esta asesoría legal -por la fecha de ese acuerdo y la fecha de la resolución de la Gerencia General que adjudicó el concurso-, a saber la resolución GG-RE-0536-2019 del 22 de mayo del presente año, fue solo una decisión que transmitió dudas sobre el estudio de admisibilidad y de evaluación de las ofertas, pero que no tuvo incidencia directa en la decisión que finalmente adoptó la Gerencia General, puesto que aun con el acuerdo dicha Gerencia adjudicó igualmente el concurso en apego a su propio criterio y a las recomendaciones existentes. Ahora bien, si con ocasión de la presentación de un recurso de revocatoria contra esa adjudicación la Junta Directiva decide contratar a un asesor legal externo para que emita criterio, se entiende que lejos de replicar comentarios o valoraciones hechas a lo largo del conocimiento del caso, lo que se pretende es obtener un criterio objetivo que de forma externa se pronuncie sobre el tema para erradicar cualquier posible subjetividad y arbitrariedad. De ahí que la otra decisión de la Junta Directiva que consta que ha sido tomada con respecto a este caso, y que es precisamente la de promover la contratación directa Nº 2019CD-000076-0016400001, lejos de generar un conflicto y un motivo para cuestionar la participación de la Junta Directiva al resolver el recurso de revocatorio, es muestra del interés por dotar de objetividad al proceso de la toma de decisión que por la Ley Nº 7052, artículo 26 inciso p), le corresponde en concordancia con el artículo 194 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Por demás, a nivel judicial existen precedentes que podrían aplicar al caso que indican:

“Revisado el expediente, se observa que el presente asunto fue tramitado en su totalidad por la juzgadora (…), quien a esas fechas fungía como Jueza Tramitadora de este Tribunal. No obstante, a la fecha de resolución del presente asunto, se encuentra nombrada de forma interina en la Sección Sexta de este Tribunal y a quien por turno le ha correspondido conocer del fallo del presente asunto. Tal circunstancia, es criterio de los integrantes de esta Cámara que **no compromete la objetividad e imparcialidad de esta Autoridad Jurisdiccional**, **en tanto en lo actuado no se emitió ningún juicio sobre el fondo del asunto, ni se resolvió ninguna incidencia sobre el objeto de este proceso**. Simplemente se dictaron resoluciones de orden interlocutorio para la prosecución del proceso, en las cuales por su naturaleza no se realiza un ejercicio de fondo del asunto. Lo anterior con fundamento en lo dispuesto en el artículo 96 del Código Procesal de esta Jurisdicción, el cual dispone: "Lo actuado o manifestado por la jueza o el juez tramitador durante el proceso, no prejuzgará el fondo del asunto, ni será motivo de impedimento, excusa o recusación." (Véase la sentencia No.148-2018, Sección VI, TCA, de las catorce horas con quince minutos del treinta de noviembre del dos mil dieciocho).

En todo caso, la validez de la decisión que aquí adopta la Junta Directiva, está ligada al cumplimiento de los elementos del acto administrativo contemplados en la Ley General de la Administración Pública como en el texto de esta resolución consta. De conformidad con lo anterior, se concluye que la Junta Directiva del BANHVI es competente para conocer y resolver el recurso de revocatoria presentado por el señor José Ernesto Bertolini Miranda, en contra del acto de adjudicación de la licitación abreviada Nº 2019LA-000003-0016400001, por lo que se continúa con el análisis del recurso.

**IV. Sobre la solicitud de prueba para mejor resolver:** El artículo 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que regula el trámite del recurso de apelación ante la Contraloría General de la República, establece que dicho órgano contralor “*deberá manifestarse expresamente, antes de la resolución final, sobre las solicitudes de prueba de las partes, cuando lo hubiere, admitiéndolas o denegándolas, mediante resolución motivada*.” Aun cuando estamos ante el conocimiento de un recurso de revocatoria y no de apelación, dado que el artículo 193 del mismo Reglamento, remite a las reglas del recurso de apelación para el análisis de la legitimación, fundamentación y procedencia del recurso de revocatoria, esta Junta Directiva debe pronunciarse -antes de referirse al fondo del asunto- sobre la solicitud de prueba para mejor resolver que plantea el Recurrente. El **OFERENTE BERTOLINI MIRANDA** señaló en su recurso de revocatoria que “*Dada la naturaleza compleja y la trascendencia de interés público de lo que aquí se discute, como prueba para mejor resolver, solicito se requiera el criterio técnico de la Comisión de Aranceles del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, a fin de que dictamine sobre la pertinencia y legalidad de la desagregación o descomposición de la tarifa mínima del servicio profesional de abogacía, por hora profesional, en costos directos, indirectos y utilidad, donde el costo directo de remuneración u honorario contemplado por el profesional oferente es considerablemente inferior al piso de la tarifa*.” Al respecto, el **ADJUDICATARIO CHRISTIAN CAMPOS MONGE** -en su respuesta a la audiencia de traslado del recurso- afirma que “*olvida el recurrente que la contratación administrativa es una competencia asignada constitucionalmente a la Contraloría General de la República y es ésta, no una Comisión de un Colegio profesional, la que informa de qué forma es que se aplican las normas de la Ley y Reglamento de Contratación Administrativa. Tan solo pensar la sugerencia del recurrente, de que esa Gerencia pida un criterio a un colegio gremialista para que, en su deseo sin duda alguna, le dé un criterio que favorezca a su oferta a contrapelo de la clara y contundente jurisprudencia de la Contraloría General, es del todo improcedente*.” **CRITERIO DE LA JUNTA DIRECTIVA**: Existen abundantes antecedentes administrativos y judiciales que advierten que la carga de la prueba la lleva sobre sí el recurrente, con lo cual es el señor BERTOLINI MIRANDA quien debe presentar los criterios técnicos, jurídicos, económicos y en general la prueba idónea necesaria para demostrar todas sus afirmaciones, con base en lo que establece el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa y los numerales 185, 188 incisos a, b y d y 193 de su Reglamento. De ahí que si cuestiona el tema de la estructuración del precio del Adjudicatario acudiendo a un razonamiento que pretende interpretar lo que pueda decir el Colegio de Abogados de Costa Rica, es su deber demostrar -con prueba idónea- lo que dice. El recurrente no puede trasladarle la carga de la prueba al órgano decisor. Por demás en atención a las valoraciones y los fundamentos jurídicos que se desarrollan más adelante en esta resolución se entiende que no hay mérito suficiente para solicitar el criterio de la Comisión de Aranceles del Colegio de Abogados de Costa Rica, primero porque como se ha dicho esa es una gestión que debió llevar a cabo del Recurrente de considerarlo necesario y en segundo lugar, porque como será evidenciado en el Considerando del análisis de fondo de esta resolución, con los fundamentos de hecho y de derecho existentes para este caso, es posible adoptar una decisión final suficientemente motivada en los términos de los artículos 132, 133 y 136 de la Ley General de la Administración Pública, sin que sea necesario acudir a un órgano externo para que emita un pronunciamiento sobre uno de los temas de discusión de este caso. En consecuencia, se rechaza la solicitud de prueba para mejor resolver planteada por el recurrente.

**V. Sobre la legitimidad de JOSÉ ERNESTO BERTOLINI MIRANDA para presentar recurso de revocatoria y el análisis de fondo del recurso:** Tal y como disponen la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, además del análisis de admisibilidad relacionado con los aspectos formales de la presentación del recurso de apelación o de revocatoria contemplados en los artículos 186, 187 y 194 del citado Reglamento; la resolución de la acción recursiva contra un acto final de un procedimiento de contratación administrativa debe igualmente analizar la legitimación que el recurrente demuestre con la presentación de su recurso. Dispone el artículo 85 de la Ley de Contratación Administrativa que: “*Toda persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo podrá interponer el recurso de apelación. Igualmente, estaba legitimado para recurrir quien haya presentado oferta en nombre de un tercero, que ostente cualquier tipo de representación*.” En la misma línea, el artículo 184 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa señala: “*Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo*…” Ahora bien, el interés legítimo, actual, propio y directo en esta materia está definido por lo que señala el artículo 188 incisos a) y b) del mismo Reglamento, que establecen: “***Supuestos de improcedencia manifiesta****. El recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta, en cualquier momento del procedimiento en que se advierta, en los siguientes casos:* ***a)*** *Cuando se interponga por una persona carente de interés legítimo, actual, propio y directo.* ***b)*** *Cuando el apelante* ***no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso, no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación, de acuerdo con los parámetros de calificación que rigen el concurso****. Debe entonces el apelante acreditar en el recurso su aptitud para resultar adjudicatario*.” (Énfasis agregado). Es decir que la legitimación del recurrente depende exclusivamente de que éste logre demostrar con su recurso, que su oferta cumple con todas las condiciones invariables o requisitos de admisibilidad previstos en el cartel de la contratación y en consecuencia se trata de una oferta elegible; y por lo otro lado, que además de esa condición, el recurrente demuestre que su oferta tiene el mejor derecho a la readjudicación, esto de acuerdo con los factores del sistema de calificación del pliego de condiciones. Este es el ejercicio fundamental que se hace al analizar la legitimación del accionante, quien está obligado a acreditar en su recurso que se trata de una oferta elegible que además supera a todos los demás competidores con la mejor calificación, lo que le garantiza su mejor derecho. Toda vez que el artículo 193 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que el recurso de revocatoria se rige en cuanto a la legitimación, fundamentación y procedencia por las reglas del recurso de apelación, le corresponde a este órgano decisor analizar si el recurrente BERTOLINI MIRANDA cuenta con legitimación para cuestionar la adjudicación de este procedimiento licitatorio. En el caso concreto, consta que el recurrente presentó oferta a esta licitación (hecho probado Nº 2) y que fue descalificado por el estudio técnico al no haber presentado dentro de su plica el desglose del precio. Dicha descalificación se basa en un análisis jurídico que concluye que el oferente -al no desglosar su precio- incumplió un requisito de admisibilidad de las ofertas previsto en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que además se consideró que no es subsanable (hechos probados Nº 6, 7, 8 y 11). El recurso como tal, según el desarrollo que hace el señor BERTOLINI MIRANDA, cuestiona dicha conclusión. Hay que señalar que, siendo el tema del desglose del precio el único incumplimiento que se le atribuye al oferente, el análisis del recurso por el fondo tiene incidencia directa en el mejor derecho que eventualmente el recurrente puede llegar a ostentar. Esto porque en el caso de admitirse su recurso por el fondo, su oferta sería elegible y por lo tanto debería ser evaluada y comparada con las restantes ofertas que tengan la misma condición, para definir entonces al adjudicatario. De esta manera, se entiende necesario entrar a analizar los extremos del recurso de revocatoria. Así las cosas, se tiene que el **RECURRENTE** argumenta que: **A) SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE SU OFERTA**: **1)** Que cuenta con interés legítimo actual, propio y directo para interponer el recurso por haber presentado oferta a la licitación, por cumplir con la totalidad de requisitos exigidos en el cartel y porque resultaría adjudicatario de aplicarse las reglas del concurso, la normativa y la jurisprudencia aplicables. **2)** Que, de acuerdo con el objeto de la contratación, el cartel contempló como mecanismo de remuneración, un honorario por hora profesional. **3)** Que la remuneración de los honorarios por servicios profesionales de abogacía y notariado se encuentran regulados en un Arancel que es de acatamiento obligatorio, según el artículo 1 del Decreto Ejecutivo Nº 41457-JP. **4)** Que en esta contratación resulta aplicable el artículo 171 párrafo segundo del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **5)** Que la exclusión de su oferta es improcedente, pues para la contratación de servicios profesionales que se tramita, existe la regulación del artículo 171 que prevalece como norma específica, sobre la norma general del artículo 26 del mismo Reglamento. Que el artículo 171, indica claramente que la prestación de servicios profesionales que se encuentran regulados por aranceles obligatorios deben remunerarse de conformidad con las tarifas ahí expresadas. En consecuencia, no procede el desglose del costo del servicio como requisito de admisibilidad de la oferta, por la sencilla razón de que no hay nada que desglosar, habida cuenta que el monto de la remuneración se encuentra expresamente tasado, porque deriva de la aplicación de una tarifa mínima preestablecida y no de la voluntad del oferente. Adicionalmente, la misma norma señala que solo en el evento de que el costo del servicio no esté regulado por arancel obligatorio, que no sería el caso -según su criterio-, procede la exigibilidad del desglose del costo, lo cual debería solicitarse expresamente en el cartel. **6)** Que el cartel no solicitó en ninguna cláusula la exigibilidad de presentar el desglose del precio. **7)** Que si bien es cierto el punto 06) del cartel en su párrafo tercero indicó que “*el BANHVI no reconocerá ningún cargo extra que no haya sido incluido en la oferta, por lo que elementos de costo tales como transporte, viáticos, fotocopias, servicios secretariales, papelería e impresión y cualesquiera otros conceptos en que el profesional prevea incurrir no se podrán cotizar de manera separada y deberán formar parte del precio único, firme y definitivo que se cotice*”, de dicha disposición no es posible entender que se estuviera estableciendo como requisito de admisibilidad, el desglose del precio. **8)** Que, en su criterio, el esquema de desglose del precio en costos directos, indirectos y utilidad que prevé el artículo 171 es incompatible con la naturaleza misma del concepto de “honorarios profesionales” que es la figura -según su posición- definida en el punto 07) del cartel para la remuneración de los servicios. **9)** Que de acuerdo con la resolución de la Sala Constitucional Nº 4637-99, la oferta de servicios profesionales es completamente distinta e incompatible con la oferta de bienes y servicios comerciales, lo que sería congruente con las dos distintas regulaciones que establece el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, una general, contenida en el artículo 26, dirigida a regular la oferta de bienes y servicios comerciales; y una especial, contenida en el artículo 171, orientada a regular los servicios técnicos y profesionales. Además, según lo dicho por el órgano constitucional, los criterios que deben tener en cuenta los agremiados al Colegio de Abogados para prestar sus servicios son únicamente los establecidos, con carácter obligatorio, en el Arancel vigente. **9)** Que de acuerdo con los artículos 5 y 7 del Decreto Ejecutivo Nº 41457 y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, existe un monto mínimo o piso de remuneración por hora que el profesional oferente no puede reducir, aunque sí, razonablemente lo puede aumentar, en función de la naturaleza o complejidad del tema, urgencia y/o especialidad, conforme a principios y/o parámetros establecidos en el propio Arancel, pero que en ningún caso puede ser descompuesto en una estructura del precio en costos directos, indirectos y utilidad; pues ello es incompatible con la naturaleza misma de los honorarios profesionales. En su criterio, la dilución de cualquier factor de gasto (tales como los indicados en el párrafo tercero del punto 06 del cartel) en el monto de los honorarios, a efectos de justificar un monto igual o mayor al prescrito en el Arancel, resultaría nulo de pleno derecho por ser sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, en su conjunto, y contrario al artículo 1 del citado Arancel por ser de aplicación obligatoria. **10)** Que en los contratos de provisión de bienes y servicios la exigibilidad del desglose del precio radica en la necesidad de verificar la razonabilidad del precio ofertado y por otro lado, para los efectos del restablecimiento del equilibrio económico del contrato por medio del reajuste de precios, en la etapa de ejecución contractual. En su criterio, esas necesidades no existen en el caso de los servicios profesionales porque el parámetro de razonabilidad ya lo ha dado el Arancel y porque el reajuste de precios, -según su parecer- no aplica para servicios profesionales tarificados. **11)** Que según lo establecido en el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, la omisión del desglose de la estructura de precios sí es subsanable en tanto no genere una ventaja indebida para el oferente. Aunque considera que el desglose de precios que se echa de menos en su oferta es improcedente, en el evento de que sí fuera exigible, la exclusión de su oferta del concurso estaría viciada de nulidad puesto que la Administración no admitió ninguna subsanación ni motivó el por qué la citada omisión, representa una ventaja indebida. En su oferta expresamente consignó que el precio ofertado es el monto por hora profesional de noventa mil setecientos cincuenta colones, que corresponde al monto mínimo estipulado en el Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado. El recurrente cita como respaldo de sus argumentos el oficio Nº 2016 (DJ-0786) del 1 de marzo de 2010, la resolución R-DCA-0258-2018. **B) SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA OFERTA DEL ADJUDICATARIO: 1)** **EL RECURRENTE** argumenta que la oferta del Adjudicatario es inadmisible porque el precio ofertado de ¢90.250 (sic) lo descompone según el desglose que aparece en la oferta. En su criterio, el Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, no permite su desagregación o descomposición, pues el monto mínimo fijado por hora profesional lo es para cubrir únicamente el tiempo dedicado por el propio profesional y no otros extremos, que tendrían que ser considerados en forma adicional y siempre por encima de aquel, pues de lo contrario se estaría permitiendo el cobro de un monto real de honorario más bajo del piso establecido, aunque el monto final coincida con el piso del honorario. Según el contenido de la oferta del Adjudicatario, el peso específico del profesional oferente + la utilidad es tan solo del 55% del total de precio ofertado, lo que implicaría una remuneración u honorario considerablemente menor del estipulado en el Arancel, pues todo lo demás son gastos extra-honorario. Por eso, en su posición, el Adjudicatario incumple ya no solo con el Arancel sino, además, con lo prescrito en el punto 07) del cartel, según el cual es causa de descalificación cualquier remuneración del profesional (por honorario y sin incluir ningún otro extremo) que sea menor a la establecida por el Colegio de Abogados en el Arancel vigente. Adicionalmente, señala que el Adjudicatario utiliza un mecanismo espurio que plantea otro problema y es que el oferente adjudicado tendría derecho a aplicar el reajuste de precios por incrementos en sus costes directos e indirectos, que corresponden a un 45% del total de su oferta, lo que sería contrario a la naturaleza del honorario profesional (en los términos y con los alcances expuestos supra) y su mecanismo de ajuste (vía propio Arancel). Finalmente, también conlleva una infracción directa de lo estipulado en el artículo 4 del Arancel, conforme al cual “los honorarios corresponden al profesional o profesionales que han sido requeridos por el cliente”, quedando expresamente prohibido al profesional “compartir sus honorarios con otros profesionales que no sean abogados”. Ergo, con mayor razón queda igualmente prohibido compartirlos con quienes ni siquiera son profesionales y tan solo son empleados o dependientes del oferente adjudicado, quien según el desglose de su oferta destinará hasta un 25% del monto ofertado para tal propósito. **EL ADJUDICATARIO** al contestar la audiencia de traslado del recurso, sobre el tema de fondo, indicó: **1)** Que el recurso de revocatoria debe ser rechazado ad portas porque considera que la oferta del recurrente es inelegible. **2)** Que el cartel del presente concurso no dispuso que el pago de honorarios era solo el valor de la hora que dispone el Arancel. Por el contrario, el cartel dejó abierto que los oferentes ofertaran el mínimo de la tabla o un valor superior, tanto que el precio fue incluido como uno de los elementos del sistema de calificación de ofertas. **3)** Que siendo esto así, opera la obligación del artículo 26 RLCA, sobre el deber de los oferentes de presentar el desglose de la estructura de precios. Argumenta que el órgano contralor ha resuelto que el desglose es obligatorio el desglose, y que su ausencia no es subsanable. **4)** Que el artículo 171 del mismo Reglamento señala que los servicios deben pagarse conforme al Arancel, pero, debe estar claro que, si en el cartel se coloca en precio en competencia, los oferentes podían escoger ofrecer el valor mínimo u otro, y es ahí donde, cualquier quebranto a las reglas del cartel, en su criterio, sería un fraude de ley y un rompimiento del bloque de legalidad que rige el concurso. **5)** Que el artículo 26 RLCA, y las resoluciones de la Contraloría General, nunca flexibilizan las regulaciones al punto de decir que, si un cartel pide precio con valor mínimo de la hora profesional, en ese caso, no cabe presentar un desglose. Todo lo contrario, la jurisprudencia de la CGR es contundente en decir que lo pida o no un cartel, en contrataciones de obras y servicios, es exigible siempre el desglose de los precios. **6)** Que, contrario a como lo señalan dos directoras en las sesiones de la Junta Directiva del Banco, los artículos 26 y 171 RLCA aplican como los ha explicado la CGR; amén de que no es el Colegio de Abogados el que tiene, sobre los 90750 colones de valor actual de la hora, un desglose de precios. Es cada abogado el que, según sus análisis, memoria de cálculo, y riesgos, el que señala qué % será para mano de obra, qué otro % es para costos directos, qué % es para utilidad, etc. Cada profesional es, por tanto, el único responsable de señalar cómo se conforma su desglose, y lograr determinar que el precio que da, sí es razonable, sabiendo que, en el caso de servicios de abogacía, nunca puede cobrar menos del valor por hora que dice el Arancel. **7)** Que, el recurrente acepta que no desglosó su precio con la oferta, lo cual la hace una oferta inelegible. **B) SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA OFERTA DEL ADJUDICATARIO: El Adjudicatario** no se refiere a los argumentos del recurrente en contra de su oferta. **CRITERIO DE LA JUNTA DIRECTIVA:** Para el análisis de los citados argumentos es indispensable partir de lo que señala el cartel de la licitación, como reglamento específico de la contratación (artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). El objeto, fue definido en términos muy genéricos de la siguiente manera: “***Objeto de la contratación****. Contratación de un profesional en Derecho (persona física), con amplia experiencia en Derecho Público y que por ende tenga amplio conocimiento teórico y práctico respecto a la aplicación de la Ley General de Administración Pública y normativa que rige para las Instituciones Públicas del país,* ***para que brinde horas de asesoría legal a la Junta Directiva del Banco Hipotecario de la Vivienda (BANHVI) en el momento que ésta así lo requiera****,* ***para la atención de todos aquellos asuntos en los que medie inhibición por parte de la Asesoría Legal del BANHVI o en los que se requiera un criterio jurídico complementario*** *en temas específicos”.* Lo anterior según una serie de condiciones definidas también en el pliego, de la siguiente manera: “***04) Naturaleza del cargo****: El profesional en Derecho que resulte adjudicatario deberá desempeñar sus funciones de manera independiente durante todo el tiempo que brinde sus servicios. El nombramiento y desempeño del cargo es a título personal. (…) .* ***05) Plazo de la contratación.*** *El plazo de la contratación será de 2 (dos) años a partir del comunicado de aprobación interna del contrato de esta licitación. Durante cada año se podrá utilizar un total máximo de 200 horas. La contratación podrá prorrogarse por un único periodo igual de 2 años, siempre y cuando la Junta Directiva así lo autorice, previo a la finalización del contrato (…)* ***10) Reunión previa o convocatoria a sesión de Junta Directiva.*** *Se realizará una reunión previa para los casos que le fueren asignados,* ***a fin de detallar los alcances del trabajo a realizar****. Dicha reunión será gestionada por la secretaría de la Junta Directiva.* ***De igual forma, podría ser citado a las sesiones de Junta Directiva cuando sea necesario, a fin de atender consultas, discutir el caso o gestión que le fuere encomendado, así como para hacer la presentación del informe final***”***.*** (Véase el hecho probado Nº 3) Como puede verse el objeto en su generalidad advierte: 1) Que el servicio es de asesoría jurídica; 2) Que el Contratista desempeñará sus funciones de manera independiente, por un plazo de dos años prorrogable por dos años más, durante el cual puede ser llamado a prestar servicios tanto por medio de una convocatoria o reunión previa, como también, puede ser citado “*cuando sea necesario*”. Es decir, que se requiere una disponibilidad del profesional por el periodo del contrato. Asimismo, de las cláusulas cartelarias se entiende que es hasta la convocatoria o sesión previa con el abogado contratado, cuando se le detallarán los alcances del trabajo a realizar. Se destaca lo anterior, puesto que todas esas son condiciones que normalmente se valoran al momento de participar y al momento de definir el costo que se cobrará por el servicio de asesoría legal a prestar. En ese contexto, sobre el tema del precio, el cartel estableció: “***06) Precio de la oferta****. El precio de la oferta debe ser unitario, firme, total y definitivo durante la vigencia de la oferta,* ***debiendo consignarlo por hora profesional*** *y hasta por el máximo de horas establecidas en el objeto contractual. La oferta podrá consignarse en moneda nacional o en dólares estadounidenses. Para la conversión de la oferta en moneda extranjera, se utilizará como referencia el tipo de cambio de venta del dólar registrado para el día de recepción y apertura de las ofertas y para efecto de pago se tomará como referencia el tipo de cambio de venta oficial del dólar registrado para la fecha de la factura.* ***Deberá tomarse en cuenta que el BANHVI no reconocerá ningún cargo extra que no haya sido incluido en la oferta, por lo que elementos de costo tales como transporte, viáticos, fotocopias, servicios secretariales, papelería e impresión y cualesquiera otros conceptos en que el profesional prevea incurrir no se podrán cotizar de manera separada y deberán formar parte del precio único****, firme y definitivo que se cotice. (Énfasis agregado) EL BANHVI está exento de impuestos según la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda;* ***e) 07) Honorarios profesionales****.* ***Deberá justificar su oferta económica,*** *de manera que el costo de la hora promedio* ***no podrá ser menor a la tabla de honorarios o aranceles definida por el Colegio de Abogados de Costa Rica****, caso contrario su oferta será descalificada*. (Énfasis agregado, hecho probado Nº3). Adicionalmente, dentro de los factores de evaluación se incluyó el precio por un porcentaje del 35%. Todo lo anterior indica que, a través de esta licitación abreviada, el BANHVI decidió contratar a un abogado a título personal, para prestar servicios de forma independiente, para asesorar a la Junta Directiva en situaciones donde medie inhibición de la Asesoría Legal institucional o cuando se requiera un criterio jurídico complementario. Para pagar esos servicios, el Banco decidió solo tomar como referencia mínima el valor de la hora profesional fijada por el Arancel del Colegio de Abogados -en tanto como veremos esta es una tarifa mínima obligatoria- pero dejando libertad para cotizar un monto mayor, en la medida en que se valoraba -dentro del sistema de calificación- al profesional que presentara la menor oferta económica con un 35% del 100% de los puntos posibles de obtener. El Banco no dio más elementos que la delimitación genérica del objeto, el plazo, la cantidad de horas por año y en cuanto a los parámetros de gasto, solo advirtió en el pliego, que no reconocería ningún cargo extra no incluido en la oferta de manera que todos los costos (transporte, viáticos, fotocopias, servicios secretariales, papelería e impresión, inclusive la disponibilidad -agregamos aquí-) deberían formar parte del precio único y firme cotizado, siempre respetando el valor mínimo de la hora profesional, que ya de por sí es de acatamiento obligatorio por decreto ejecutivo. Siguiendo esa línea, el pliego también solicitó “*justificar la oferta económica*” (Hecho probado Nº 3). Teniendo claro ese contexto, hay que analizar lo que argumenta el Recurrente como también el motivo de su descalificación que se basa en la no presentación del desglose del precio pese a que cotizó el mismo monto por hora profesional del Adjudicatario. El oferente BERTOLINI MIRANDA asegura que el cartel contempló como mecanismo de remuneración un honorario por hora profesional según lo que dispone el Decreto Ejecutivo Nº 41457. En ese punto en concreto, para esta Junta Directiva esa afirmación no es del todo exacta ni correcta. El cartel tomó como referencia mínima obligatoria el monto fijado en el Decreto Ejecutivo Nº 41457 como valor mínimo de la hora profesional por los servicios de abogado a contratar. No obstante, como bien lo apunta el Adjudicatario, el cartel no impidió la cotización de un monto superior -aspecto que tampoco prohíbe el Arancel del Colegio de Abogados-; y por el contrario, el pliego admitió la posibilidad de cotizaciones mayores a esa suma tanto así que decidió premiar al mejor precio comparativo entre todos los oferentes elegibles a través del sistema de evaluación. Véase que esa actuación por sí misma no violenta lo que establece el Arancel de honorarios por servicios profesionales de abogacía y notariado ni está en contra del artículo 1 de ese Decreto Ejecutivo, en tanto el artículo 7 señala: “***Retribución de los servicios mediante pago de hora profesional.*** *Los honorarios profesionales deberán ser cancelados de conformidad con los montos establecidos en el presente Arancel. Se podrá convenir con los clientes la retribución de honorarios mediante el pago de las horas profesionales invertidas en las labores que les corresponda realizar; en tanto,* ***la suma total de las mismas no sea inferior al monto mínimo establecido en cada caso en el presente Arancel****.* ***El monto mínimo a cobrar*** *por hora profesional no podrá ser menor a* ***noventa mil setecientos cincuenta colones***.” El mismo Arancel reconoce que podrían los profesionales cobrar montos superiores cuando en el artículo 5, dispone en lo que interesa: “…*Los honorarios profesionales* ***no podrán ser inferiores a los porcentajes o montos mínimos establecidos en el presente Arancel****. Sin embargo,* ***según la naturaleza del asunto y su grado de complejidad, el profesional y su cliente podrán convenir montos superiores a los establecidos en este Arancel****, siempre que conste en convenio escrito que contenga: el objeto detallado del servicio, el monto de los honorarios y su forma de pago*.” Entendemos aquí que admitiendo el BANHVI la complejidad de una contratación que exige a un profesional tener una amplia disponibilidad para atender asuntos de la Junta Directiva, donde puede o no haber una convocatoria previa, donde será hasta ese momento mismo en el que se defina el alcance real de su participación en los asuntos por analizar y que será una relación contractual que puede extenderse de dos a cuatro años; permitió la cotización superior al mínimo fijado por el Colegio de Abogados para la tarifa por hora profesional. Si bien es cierto lo que afirma el Recurrente en cuanto a que el Arancel es de acatamiento obligatorio, lo es solo -en el caso de los abogados- con respecto a un mínimo de tarifa, sin que el Decreto Ejecutivo prohíba la negociación por un monto superior. En esa línea, es solo parcialmente cierto lo que afirma el Recurrente en cuanto a que el concurso se rige por el honorario por hora profesional definido por el Colegio, puesto que el precio es evaluable en los términos del artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Si esta contratación se rigiera en realidad por la tarifa fijada para la hora profesional de los abogados, el precio no sería un factor de evaluación y simplemente sería una condición impuesta. Es decir sería una condición invariable que se acepta o no en las ofertas como pasa en otras contrataciones donde -ya sea por imposición normativa, no es posible cobrar más de la tarifa fijada por el órgano competente (caso de los servicios de Notariado y los actos notariales específicamente tasados) o por decisión voluntaria de la Administración contratante, que no se evalúa el precio (artículo 54 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). De ahí que toma relevancia la justificación de los honorarios cobrados que pidió el cartel (hecho probado Nº 3 e) como más adelante explicaremos. En esa medida, lleva razón el Adjudicatario. Ahora bien, el Recurrente argumenta de igual forma que en esta contratación aplica de forma prevalente el artículo 171 párrafo segundo sobre el artículo 26 ambos del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, siendo por lo tanto improcedente su exclusión por omitir el desglose de su precio. En su posición, el desglose del precio no fue un requisito obligatorio solicitado en el cartel y en todo caso, dicho desglose en costos directos, indirectos y utilidad es incompatible con la naturaleza misma del concepto de honorarios profesionales, que, según su parecer, es la figura definida para la remuneración de los servicios a contratar. Como hemos visto ya, el Adjudicatario afirma todo lo contrario en el tanto entiende que el artículo 26 ibídem -que solicita el desglose del precio en contratos de obras y de servicios, es exigible en esta contratación porque el cartel colocó al precio como un factor de competencia, teniendo los oferentes la posibilidad de escoger entre el valor mínimo u otro precio. En su criterio, la jurisprudencia de la CGR es contundente en decir que lo pida o no el cartel, en contrataciones de obras y servicios es exigible el desglose del precio. En su criterio, no es el Colegio de Abogados el que tiene, sobre los 90.750 colones de valor actual de la hora, un desglose de precios. Es cada abogado el que, según sus análisis, memoria de cálculo, y riesgos, el que señala qué % será para mano de obra, qué otro % es para costos directos, qué % es para utilidad, etc. En cambio, es cada profesional, el único responsable de señalar cómo se conforma su desglose para lograr determinar que el precio que da, es razonable o no, sabiendo que, en el caso de servicios de abogacía, nunca puede cobrar menos del valor por hora que dice el Arancel. Este es, el punto central de toda la discusión del caso y lo que determinará la legitimación del recurrente. Analizadas ambas posiciones, lo primero que resalta la asesoría jurídica externa a cargo de la revisión del recurso, es que ambos oferentes llevan la razón en parte sobre sus aseveraciones y esta conclusión se fundamenta en el estudio mismo de los artículos 26 y 171 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. La licitación que nos ocupa tiene por objeto la contratación de servicios profesionales (hecho probado Nº1). Por ello el marco normativo específico está dado por lo que disponen los artículos 64, 65 y 66 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 171 de su Reglamento. Ésta última norma de forma complementaria debe integrarse con lo que dispone el artículo 26 del mismo cuerpo reglamentario, en el tanto se refiere al tema del precio para este tipo de contratos. El artículo 66 de la Ley de Contratación Administrativa avala lo actuado por el BANHVI y lo que también permite el Arancel del Colegio de Abogados, es decir considerar el factor precio como parte de los elementos a tomar en cuenta para seleccionar al mejor contratista. El numeral 171 citado, a su vez delimita la naturaleza jurídica de la relación que surge de este tipo de contrataciones y determina la forma en la cual es posible remunerar estos los servicios. Expresamente indica el artículo, en su párrafo dos:

 Ese tipo de contrataciones no originará relación de empleo público entre la Administración y el contratista, y **deberá remunerarse conforme las respectivas tarifas, cuando los servicios se encuentren regulados por aranceles obligatorios**. **Caso contrario el cartel deberá solicitar un desglose del costo de los servicios, detallado en costos directos, indirectos y utilidades**. (Énfasis agregado)

La norma anterior es necesariamente aplicable al caso concreto por el objeto mismo de la contratación, de ahí que conviene verificar cómo se aplica y se cumple lo que el Reglamento preceptúa para el caso concreto. Así las cosas, tenemos que de la literalidad de la norma se desprende que la contratación administrativa de servicios profesionales o técnicos debe remunerarse:

* En un caso, conforme las r**espectivas tarifas cuando los servicios se encuentre regulados por aranceles obligatorios**: los servicios de abogacía están regulados por un Arancel obligatorio según lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo Nº 41457. El cartel respeta el Arancel, en la medida en que solicita que las horas profesionales cotizadas se ajusten al mínimo que dispone el artículo 7 de dicho Decreto (hecho probado Nº 3 d) y e), pero permite la libre cotización por encima del mínimo, porque el mismo Arancel también lo contempla como posible según el artículo 5.
* Caso contrario, dice el artículo 171, es decir cuando no aplica un arancel obligatorio, el cartel deberá solicitar un desglose del costo de los servicios, detallado en costos directos, indirectos y utilidades.

Básicamente la norma delimita dos posibilidades de remuneración y en consecuencia de cotización y valoración del precio en la contratación de servicios técnicos o profesionales: 1.con tarifa obligatoria o 2.sin tarifa obligatoria. ¿Pero qué pasa cuando el objeto de la contratación mezcla ambas condiciones y posibilidades como ocurre en el caso concreto? ¿Cuáles requisitos son aplicables y qué condiciones se deben exigirse a cada tipo de cotización? Esas son interrogantes que deben tenerse en cuenta en el análisis del asunto. Si vemos la forma en la que el BANHVI redactó el cartel, permitió la cotización a partir del mínimo obligatorio para los servicios de abogados -que es el único monto tasado- y también permitió la cotización por encima del mínimo donde ya no hay tasación fija alguna que sea obligatoria. Sabemos ya que en el caso de los servicios de abogados el Arancel es obligatorio solo con respecto al mínimo y en cambio no impone un tope máximo ni una regulación al respecto. De ahí que, en criterio de la asesoría legal externa que analizó el recurso, el cartel de la licitación abreviada Nº 2019LA-000003-0016400001 contempló y permitió -sin estipularlo de forma clara y precisa y tal vez sin una verdadera conciencia sobre las implicaciones que esto tendría- las dos formas distintas de remuneración y cotización que establece el artículo 171 en párrafo segundo. La mejor prueba de ello son las ofertas mismas recibidas y el resultado del proceso de evaluación. Como se puede verificar en el expediente administrativo, el oferente CHRISTIAN CAMPOS MONGE al contestar el punto 06 del precio de la oferta, indicó textualmente: “*El precio es 90.750 colones. Y las horas totales son las que ese Banco requiere, conforme el cartel*.” (Hecho probado Nº 4c) No hizo referencia en ningún momento a la tarifa del Arancel del Colegio de Abogados, aunque el monto evidentemente coincide con el mínimo que establece dicho Arancel en su artículo 7. En la misma oferta, el Adjudicatario CAMPOS MONGE incluyó un desglose de la estructura de su precio en los siguientes términos:

“*Nuestro desglose o estructura de costos es*:

|  |  |
| --- | --- |
| ***Descripción*** | ***Monte*** |
| COSTOS DIRECTOS | 65% |
| Mano de obra directa | 45% |
| Insumos directos | 20% |
| COSTOS INDIRECTOS | 25% |
| Mano de obra indirecta | 20% |
| Insumos indirectos | 5% |
| IMPREVISTOS | 0 |
| UTILIDAD | 10% |
| PRECIO TOTAL | 100% |

*El cuadro de costos, se explica así:*

*2211 Que nuestro precio es 75% Costos Directos y Utilidad.*

*ii) Que el valor de costos indirectos es de 25%. El anterior y éste son el 100*%.” (Hecho probado Nº 4 b). Por su parte, el Recurrente BERTOLINI MIRANDA presentó su oferta económica en los siguientes términos: “*06) PRECIO DE LA OFERTA. El monto por hora profesional ofertado es de NOVENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA COLONES (¢90.750), que corresponde al monto mínimo estipulado en el Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, promulgado por el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto Ejecutivo Nº 41457-JP, del 17 de octubre del 2018, publicado en La Gaceta, Alcance Nº 23, el 1 de febrero del 2019. Declaro que el precio por hora aquí ofertado es unitario, firme, total y definitivo durante la vigencia de la oferta y hasta por el máximo de horas establecido en el cartel (objeto contractual). 07) HONORARIOS PROFESIONALES. Conforme a lo indicado en el punto anterior, el monto por hora ofertado corresponde al monto mínimo estipulado en el Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado vigente*.” (Hecho probado Nº b) y c) Con su propuesta, como él mismo lo reconoce en su recurso no presentó el desglose del precio por encontrarlo innecesario en aplicación del párrafo segundo del artículo 171 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Es decir que, en su plica, abiertamente señala que cotiza la hora fijada en el Arancel del Colegio de Abogados, situación que además reafirma con todas sus argumentaciones expuestas en el recurso, cuando inclusive señala que al cotizar la hora profesional definida en el Decreto Ejecutivo Nº 41457, no aplica ni el estudio de razonabilidad de precios ni ningún reajuste o revisión más allá del que haga el propio Colegio Profesional. De acuerdo con esto, tenemos que la oferta del Adjudicatario CAMPOS MONGE respeta el mínimo de la hora profesional del Colegio de Abogados (sin hacer referencia a dicha condición ni al Arancel) y presenta su desglose del precio porque -siguiendo su dicho- aun coincidiendo su propuesta económica con el monto mínimo del Arancel para la hora profesional, es él quien decide qué porcentajes y rubros están incluidos en su propuesta. Al no contraponerse ni a lo que dice el Arancel ni a lo que establece el pliego de condiciones, su oferta hasta este punto es válida. Ahora bien, en el caso del Recurrente BERTOLINI MIRANDA, expresamente se acoge a la tarifa del Arancel del Colegio de Abogados y, pese a que es permitida una cotización por encima del mínimo, se adhiere a dicha tarifa y considera innecesaria obvia la presentación del desglose del precio, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 171 *ibídem*. Para la asesoría legal externa y para esta Junta Directiva, esa actuación es igualmente válida porque si el oferente se ajustó al mínimo legal permitido y no cobra nada adicional, no tiene sentido alguno solicitar el desglose como así lo reconoce el artículo 171. Es cierto que el artículo 26 dispone: “*El oferente deberá presentar el desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que lo componen. Esta disposición será obligatoria para los contratos de servicios y de obra pública; además, para cualquier otro objeto contractual que lo amerite cuando así lo exija el cartel exige.”* Sin embargo, esa norma no puede leerse e interpretarse de forma aislada sin considerar lo que señala el artículo 171 párrafo segundo del mismo Reglamento por un simple principio de hermenéutica jurídica e integración de las normas del bloque de legalidad. Especialmente por la forma en la que el cartel dejó establecido tanto el objeto como las condiciones de valoración del precio. Véase que el propio pliego de condiciones no exige el desglose como tal, sino que lo que exige es la justificación de la oferta económica, aspecto que ambos oferentes cumplen. El Adjudicatario CAMPOS MONGE justifica su precio con un desglose de la estructura de éste y el Recurrente BERTOLINI MIRANDA, justifica el suyo apegándose al Arancel. No queda demostrado aquí lo que afirma el Adjudicatario en cuanto a que ni el artículo 26 ni la Contraloría General de la República flexibilizan en ningún caso las regulaciones al punto de decir que, si un cartel pide precio con valor mínimo de la hora profesional, en ese caso, no cabe presentar un desglose. El artículo 26 se refiere a la estructura del precio, es una norma inmersa en el desarrollo de la regulación del precio de las ofertas y debe leerse en concordancia con la norma específica que regula el tipo de contratación que corresponde al objeto del concurso (en este caso el artículo 171). Y en cuanto a la Contraloría General, no se cita ni un solo precedente que afirme lo dicho por el Adjudicatario. De ahí que, tomando en consideración la forma en la que fueron presentadas estas dos ofertas y las reglas que establece el artículo 171 ibídem, concluimos que estamos ante dos ofertas que se ajustan tanto a lo solicitado en el cartel como a lo requerido en el ordenamiento jurídico en sus artículos 171 y 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Viendo integralmente lo que disponen las citadas normas jurídicas y lo que ofertaron ambos concursantes, tiene total sentido la cláusula cartelaria que pedía la justificación de la oferta económica (cláusula 07 Honorarios profesionales, hecho probado Nº 3 e), puesto que según se escogiera cotizar, de acuerdo al Arancel -caso del Recurrente- o por libre cotización respetando siempre el mínimo del Arancel -caso del Adjudicatario-, los oferentes en cualquier caso tendrían que justificar su precio. La pregunta aquí es, ¿cuál es la justificación válida según el tipo de cotización permitida por el cartel? Es en la respuesta a dicha cuestión que la asesoría legal externa contratada, concluye que hay un error de apreciación y de análisis jurídico en el que incurren los órganos encargados del estudio de las ofertas, que los llevó a distorsionar la aplicación del principio constitucional de igualdad de trato, en el tanto intentan analizar la admisibilidad de ofertas diferentes con los mismos parámetros normativos pese a estar en supuestos de hecho distintos, regulados de forma diferenciada. Tanto en el análisis de las ofertas que consta en el expediente electrónico como en los oficios de la Proveeduría DAD-PRO-OF-029-2019, de la Dirección Administrativa DAD-PRO-OF-075-2019 y DAD-OF-082-2019 y en la resolución que adjudica el concurso GG-RE-0536-2019 (hechos probado Nº 6, 7, 8, 9, 11 y 13) se insiste en descalificar a la oferta del Recurrente BERTOLINI MIRANDA y a otros dos de los oferentes, solo por el hecho de omitir el desglose del precio dado que entienden que “*es un deber del oferente para contratos de obra pública y de servicios presentar el desglose de la estructura del precio*”. Como apoyo de su decisión citan como referencia la resolución R-DCA-0258-2018. Al respecto hay que señalar que prácticamente solo uno de los criterios emitidos en el estudio de las ofertas -propiamente el oficio DAD-OF-082-2019- analizó el texto del artículo 26 en relación con el artículo 171 en su párrafo segundo. Los criterios previos que descalifican a tres de los oferentes incluyendo al Recurrente, no señalan ni analizan cuál es la trascendencia del incumplimiento y dónde estaría el vicio sustancial que obligaría a la descalificación de dichas ofertas por la mera omisión del desglose, como si el desglose del precio fuera un fin en sí mismo y un requisito de acatamiento obligatorio imprescindible en todos los casos, cuando el requerimiento se utiliza tanto para analizar la razonabilidad del precio, como ante la necesidad eventual de reajustar el precio del contrato antes incrementos de los costos, sin dejar de lado que la redacción del artículo 171 advierte que hay situaciones en donde el desglose es innecesario, por cuanto el precio se considera razonable por estar razonado en un decreto ejecutivo, caso en el cual además el precio se reajustará al ritmo de lo que establezca el arancel. No debe olvidarse que según lo dispone el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en aplicación del principio constitucional de eficiencia, solo serán “*declaradas fuera del concurso,* ***las que incumplan aspectos esenciales de las bases de la licitación******o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico****. Los incumplimientos intrascendentes no implicarán la exclusión de la oferta, pero así deberá ser razonado expresamente en el respectivo informe”*. En ese sentido, la Contraloría General de la República en situaciones similares ha señalado que “…*Como puede observarse, el criterio técnico citado concluye que la oferta de la apelante sí presenta incumplimiento en este punto. Entonces,* ***resulta necesario analizar la importancia o relevancia de dicho incumplimiento, ya que no todo incumplimiento acarrea necesariamente la exclusión de las ofertas****. En este sentido, el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece que “Serán declaradas fuera del concurso las que incumplan aspectos esenciales de las bases de la licitación o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico. Los incumplimientos intrascendentes no implicarán la excusión de la oferta ...” La doctrina que subyace en el citado artículo* ***conlleva a que cuando se verifique un incumplimiento en una plica, en relación con las condiciones cartelarias, se debe efectuar un ejercicio en el cual se pondere la trascendencia del incumplimiento, ello con fundamento en el principio de eficiencia y de conservación de los actos, y proceder a descalificar únicamente aquella oferta que presente un incumplimiento de carácter esencial*** *con respecto al objeto de la licitación, pero no si el incumplimiento es intrascendente*”. (Énfasis agregado. Véase la resolución R-DCA-403-2008 de las diez horas del ocho de agosto del dos mil ocho). Dicho análisis de trascendencia del desglose del precio para el caso de tres de los oferentes y en particular para el caso del Recurrente, se echa de menos en el estudio de ofertas. Pese a que el cartel propició ambos tipos de cotizaciones -por el mínimo de la hora profesional del Arancel y por un monto superior a éste- ante la falta de claridad del mismo pliego de condiciones sobre los criterios aplicables para analizar la razonabilidad de los precios en cualquiera de esas dos condiciones, los órganos encargados del estudio aplican una lógica que los lleva a entender que aun cuando el Adjudicatario y el Recurrente han cotizado **el mismo precio** (uno por su libre decisión y otro por apegarse al Arancel), solo está justificado el precio del oferente que desglosó un monto que coincide justamente con la tarifa mínima fijada por el Colegio Profesional competente para la hora profesional. Pero en cambio, entienden que el precio fijado según el Arancel no tiene justificación por no haberse presentado el desglose según el artículo 26; cuando el artículo 171 párrafo segundo lo ve innecesario si se trata de servicios regulados por aranceles obligatorios. Es cierto que aquí se permitió cotizar por encima del mínimo y en esa medida el monto superior al mínimo no es una tarifa regulada. Sin embargo, no es cierto que si se cotiza el precio apegado a la tarifa mínima del Colegio sea necesario presentar el desglose para tenerlo por justificado. El profesional que se ajusta a la tarifa mínima está reconociendo y haciendo suya la fijación tarifaria mínima obligatoria, asumiendo que con el monto que el Colegio Profesional fijó, estarán cubiertos sus costos y su utilidad. En ese escenario, la omisión del desglose no puede suponer una indefinición de la estructura del precio porque ésta ya está dada por el propio Arancel. En ese caso, el análisis de trascendencia del incumplimiento tendría que haber sopesado cómo lesiona la oferta del señor BERTOLINI MIRANDA al interés público, al interés institucional y a la igualdad de trato. Y si ese análisis se hace ahora, podemos ver que, ni el interés público ni el institucional han sido vulnerados porque el costo de la hora profesional no ha sido determinado libremente por el oferente a partir de criterios o elementos oscuros u ocultos, o sin mayor estudio, propiciando una falta de transparencia o posibles abusos por precio excesivo o ruinoso; ni mucho menos puede dar lugar a considerar que se trata de un precio desleal. De hecho, la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-073-2001 del 19 de marzo de 2001, cita a la Sala Constitucional y señala en lo que interesa que:

(…) Debe advertirse que por "honorarios" se entiende la retribución o estipendio que recibe por su trabajo quien ejercer o practica una profesión liberal (médico, arquitecto, abogado, ingeniero, entre otros), a manera de sueldo (...) En realidad, este concepto lleva implícito el concepto de una retribución que se da y recibe, dada la jerarquía de quien realiza la tarea específica que debe ser remunerada." (Resolución Nº 04668-98 de las diecisiete horas treinta y tres minutos del treinta de junio de mil novecientos noventa y ocho, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia) que devengarán los profesionales en Derecho por sus actuaciones como abogados o como notarios, en relación con quienes soliciten o se beneficien con sus servicios" (Artículo 1º del decreto Nº 20307-J citado). Al respecto, la propia Sala Constitucional ha reafirmado lo siguiente: "El arancel de honorarios de abogados que el Colegio propone al Poder Ejecutivo y que éste promulga por vía de decreto, **tiene el propósito de establecer criterios que los agremiados deben tener en cuenta al momento de pactar la prestación de sus servicios**. En algunos casos se fijan reglas porcentuales, mientras que en otros sólo se señala sumas mínimas. **Sin perjuicio del acuerdo que pueda mediar entre las partes para determinar sumas mayores** (en particular mediante el llamado contrato de cuota litis, y sólo por este mecanismo), **lo cierto es que en cualquiera de estos supuestos, la fijación opera como un mínimo o "piso" que el profesional no está autorizado a reducir, con el propósito de evitar una competencia desleal y ruinosa, que a la postre pueda perjudicar no sólo la calidad del servicio que el cliente tiene derecho a exigir, sino también el decoro y la dignidad profesional** (...) Es esencial recalcar, entonces, que **el señalamiento de honorarios profesionales en los términos expresados va dirigido tanto al profesional -permitiéndole fijar un criterio para la negociación de la retribución a que justamente tiene o tendrá derecho a percibir- como al cliente, para que, como lo sostiene el Colegio de Abogados, tenga así un punto de partida para conocer de antemano el valor de los servicios que requiere, evitando circunstancias en las que pueda ser víctima de abusos**.- (Resolución Nº 04637-99 de las quince horas con cuarenta y dos minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve).”

Siendo consecuentes con la posición de la Sala Constitucional que reproduce el Abogado del Estado, si el profesional -en este caso el Sr. BERTOLINI MIRANDA- se apegó a la fijación tarifaria efectuada por el propio Colegio, debe necesariamente entenderse que esa tarifa es la mínima razonable para ese gremio y para dichos servicios, por ser la admitida legalmente reconocida como válida para remunerar la hora de ese profesional. Por lo tanto, es innecesario el estudio de razonabilidad del precio. Al haber renunciado el Recurrente a cobrar costos adicionales y al haberse ajustado a la tarifa del Colegio, en su caso -como lo reconoce el artículo 171 párrafo segundo- el desglose es innecesario. Si la Administración insiste en querer conocer el desglose de su estructura de precios, tendría que preguntarse para qué lo utilizaría y tendría que solicitarle al propio Colegio de Abogados, la descomposición de la tarifa. Lo anterior no solo sería algo novedoso, sino también irrelevante si se tiene claro que la razonabilidad viene dada por el propio parámetro que el colegio profesional definió y porque cualquier reajuste o revisión solo será posible si el mismo Colegio aplica un mecanismo de ajuste. La Dirección Administrativa del BANHVI señaló en la etapa de estudio, que la oferta económica del Recurrente debía justificarse. En el caso del oferente BERTOLINI MIRANDA, según consta en el expediente, está debidamente justificada porque claramente manifiesta que “*El monto por hora profesional ofertado es de NOVENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA COLONES (¢90.750), que corresponde al monto mínimo estipulado en el Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, promulgado por el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto Ejecutivo Nº 41457-JP, del 17 de octubre del 2018, publicado en La Gaceta, Alcance Nº 23, el 1 de febrero del 2019*.” (Hecho probado Nº 5 b). Como se ve, su justificación está en el propio Arancel. Continúa señalando el oficio DAD-OF-082-2019 de la Dirección Administrativa, que los honorarios debían ser como mínimo lo definido en el arancel pero que estaba permitida la posibilidad del cobro de un monto superior, razón -per se- que en su criterio hace que fuera necesaria la presentación del desglose que pide el artículo 26 del Reglamento. En todo ello lleva la razón esa dependencia, salvo por el hecho de que interpreta incorrectamente lo permitido por el cartel y lo regulado por el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En los términos en que la Sala Constitucional explica el propósito de la fijación de honorarios que hace el Colegio, debe concluirse que el desglose se requiere -en este concurso- si se cotiza un monto superior al mínimo, no si se cotiza el mínimo fijado por el Arancel, según lo que establece el artículo 171 párrafo segundo. Insiste la Dirección Administrativa en señalar que, “*la falta de presentación de dicho desglose hace incierta la distribución de los principales componentes de la oferta para el resto de participantes, y el otorgar una oportunidad para su subsanación, claramente otorga una ventaja indebida al resto de oferentes que incurrieron en dicha omisión, pues éstos podrían acomodar la distribución de porcentajes a su conveniencia, tomando como referencia la información ya suministrada por el participante que hubiere atendido dicho requisito desde el momento de presentación de su oferta*”. Véase que lo anterior no se cumple en el caso del Recurrente, porque aunque la distribución de los componentes de la oferta no se conoce (solo la tiene el Colegio Profesional que fijó la tarifa), ese hecho mismo no convierte al precio ofertado en precio inaceptable porque no puede ser calificado ni de ruinoso, ni de excesivo ni fijado en condiciones de competencia desleal, sino todo lo contrario porque no es un precio fijado por el oferente a su voluntad, dado que él libremente lo que decidió fue ajustarse a la tarifa mínima que el Colegio de Abogados fijó. Tampoco el Recurrente tiene necesidad de descomponer el precio ni de manipular sus elementos habiendo visto los de sus competidores, porque ya ha dicho de antemano en su oferta que se ajusta al Arancel y por lo tanto su tarifa será revisada solo con los mecanismos que ese instrumento jurídico prevé. Por esa razón, se entiende que no lleva razón la Dirección Administrativa ni la Gerencia General en su análisis de la oferta del Recurrente. Por demás, se cita la resolución R-DCA-0213-2018, la cual se resuelve un recurso de apelación presentado en un procedimiento cuyo objeto era la construcción de infraestructura vial y obras conexas -no de contratación de servicio de abogados-, como se desprende del propio texto de la resolución para la licitación abreviada Nº 2017LA-000010-0003400001 promovida por la Municipalidad de Montes de Oca. Hay que destacar que en esa resolución la Contraloría General señaló:

(…) De lo expuesto, se concluye que la “HOJA DE PRESUPUESTO GENERAL” suministrada por la Administración como parte del cartel no corresponde a un presupuesto detallado según las fuentes técnicas consultadas. En ese sentido, cabe señalar que la tabla incorporada al pliego cartelario más bien corresponde a un presupuesto por unidad de obra, en el cual no es necesario detallar o desglosar los componentes de obra en los diferentes costos que los componen, por ejemplo materiales, mano de obra y maquinaria; al respecto el Decreto Ejecutivo N°18636-MOPT “Arancel de Servicios Profesionales de Consultoría para Edificaciones”, en su artículo 4.- Alcances y honorarios de los servicios de Consultoría, inciso CH. Proyectos, c) Presupuesto, indica que “el presupuesto por unidad de obra se trata de una estimación de costos de las diferentes unidades de obra que componen el proceso de construcción, tales como: Movimiento de tierra, trabajos preliminares, cimientos, columnas, paredes, vigas, entrepisos techos, instalaciones sanitarias, instalaciones eléctricas y acabados” (el destacado no es del original). Así las cosas, si bien lo que el cartel solicitó no fue el presupuesto detallado, los oferentes no pueden desconocer la disposición contenida en el artículo 26 del RLCA que, como ha sido señalado líneas atrás, para contratos de obra pública y de servicio, exige presentar el desglose de la estructura de precio junto con un presupuesto detallado. Al respecto, es preciso resaltar que la Constitución Política en su numeral 129 asienta la regulación de que: “Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice”, de donde deriva que las normas jurídicas, una vez emitidas de conformidad con el ordenamiento jurídico, han de ser acatadas. Ahora bien, en la materia de contratación administrativa propiamente dicha, el numeral 4 del RLCA establece la jerarquía de las normas y dispone: “Artículo 4º- Régimen jurídico. La actividad de contratación administrativa se rige por las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo./ La jerarquía de las normas se sujetará al siguiente orden (…) c) Ley de Contratación Administrativa (…) f) Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (…) h) El cartel o pliego de condiciones…” De lo anterior es claro que el cartel se encuentra en un rango inferior al RLCA, de modo que las disposiciones reglamentarias deben ser observadas y, particularmente, el artículo 26 del RLCA que entre otras cosas, dispone: “El oferente deberá presentar el desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que lo componen. Esta disposición será obligatoria para los contratos de servicios y de obra pública (…) (Destacado agregado). Como se puede apreciar, la **presentación del desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto detallado y completo se torna obligatoria para los contratos de servicio** y de obra pública. En el caso particular se observa que la adjudicataria presentó la tabla que se incorporó en el cartel denominada “**HOJA DE PRESUPUESTO GENERAL**” (hecho probado 2) que no es el presupuesto detallado que se debe aportar junto con la oferta, lo que ocasiona que se dé un quebranto a lo dispuesto en el artículo 26 del RLCA. Establecido lo anterior, **resulta oportuno determinar si la subsanación del presupuesto detallado es o no posible**. Al respecto, en la resolución R-DCA-316-2015 de las quince horas veintisiete minutos del veinticuatro de abril del dos mil quince, este órgano contralor señaló:

Es por ello que, **si bien anteriormente este órgano contralor ha estimado que el presupuesto detallado es insubsanable, este órgano contralor estima que esa tesis debe dimensionarse bajo una lectura armónica de los principios de eficiencia e igualdad, en la medida que no es cualquier omisión del presupuesto detallado la que acarrea en sí misma una ventaja indebida. Sobre el particular, es fundamental que en cada caso se analice la ventaja indebida en los términos que exigen los artículos 80 y 83 párrafo segundo del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; toda vez que la omisión del presupuesto por sí sola no podría acarrear la exclusión automática de una oferta, sino cuando concurran circunstancias que generen una ventaja indebida porque coloca en una posición de ventaja al oferente que subsana frente al resto de participantes** […] Es por ello que debe justificarse en cada caso, por qué se estima que la omisión del presupuesto representa una ventaja indebida, pues en criterio de este órgano contralor el presupuesto detallado no podría responder a un precio total cotizado diferente al indicado en la estructura del precio, ni contener rubros que no sean consistentes o coherentes con dicha estructura, por lo que si bien el presupuesto detallado resulta subsanable en tanto encuentra su límite en la estructura del precio. Es por ello que, en ese sentido, se rectifica expresamente la resolución No. R-DCA-405-2013 de las diez horas del ocho de julio del dos mil trece, en el tanto se estimó que el presupuesto detallado resulta del todo insubsanable.” Establecido que el presupuesto detallado es subsanable, emerge otro aspecto a dilucidar como lo es el momento para realizar tal subsanación. (Énfasis agregado)

Como puede verse, la resolución no está analizando el tema del desglose del precio en un contrato de servicios sino más bien la presentación de un presupuesto detallado. Si bien el órgano contralor sí reitera lo que indica el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el mismo precedente hay que contextualizarlo según el análisis del caso concreto; aspecto que fue omitido en el estudio de las ofertas. En esa línea, se reitera que, con las particularidades del caso concreto, la forma en la que el cartel permitió la cotización de ofertas y la manera en la cual fue planteada la oferta del Recurrente, no puede entenderse que la omisión del desglose lesione el interés público pese a lo que pueda decir el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa el cual no debe ser interpretado de forma aislada. El desglose del precio que exige el artículo 26 para los contratos de obra pública y de servicios -cuando así proceda en concordancia con el artículo 171- tiene como propósito resguardar a la Administración y permitirle contar con elementos para el estudio de razonabilidad del precio y para eventuales reajustes por intangibilidad patrimonial. Al respecto la Contraloría General de la República, refiriéndose al desglose de la estructura del precio y a los elementos del precio, en el oficio Nº 2435 (DCA-0879-2007) del 09 de marzo de 2007, señaló que:

 (…) En la práctica, hemos visto que esos mismos elementos son los que se consideran, en términos generales en los carteles, para efecto del estudio de los precios cotizados y como respuesta a su inquietud, debemos decir que **esos elementos se pueden considerar como punto de partida en el desglose del precio, sin que sean los únicos ni excluyentes de cualquier otro que, según la naturaleza del servicio a contratar**, la Administración solicite. / La intención de desagregar el precio en estos elementos y a su vez cada uno de estos rubros —según el detalle que cada Administración licitante considere pertinente de acuerdo al objeto contractual—, **lleva como fin último el asegurarle a la entidad no solo la aplicación de una fórmula de revisión del precio objetiva y que verdaderamente restablezca el equilibrio financiero económico de la relación contractual, sino también facilitarle un mecanismo que le permita hacer un estudio pormenorizado del precio que los distintos participantes le cotizan, en lo que se refiere a la obligación que tiene de verificar su razonabilidad** descartando la existencia de un posible precio ruinoso o un precio excesivo (artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). / Ese análisis puntual, le permitirá saber con certeza qué es lo que va a pagar, cuáles son los costos de los componentes involucrados, entiéndase insumos, gastos administrativos y sus porcentajes. También, en esa línea, resulta totalmente válido conocer cuánto del precio corresponde al porcentaje de utilidad, sin que ello signifique aquí, que este rubro deba desagregarse para conocer detalles del quehacer empresarial que el oferente no pretenda revelar (…) (Énfasis agregado).

Véase aquí que la misma Contraloría General admite que según el objeto de la contratación pueden considerarse otros elementos para determinar la razonabilidad del precio sin que el desglose y la estructura del precio sea los únicos ni excluyentes de otros posibles, según la naturaleza del servicio a contratar.

Además, en consonancia con lo dicho, reiteró el órgano contralor, en el oficio Nº 09026 (DCA-2289) del 2 de setiembre del 2014, que:

(…) el artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, resultó ser la respuesta a una necesidad identificada en los procesos de contratación administrativa, en **cuanto a garantizar que la Administración cuente con los elementos suficientes para analizar la razonabilidad de los precios que son cotizados por parte de los oferentes en un procedimiento de contratación. Asimismo, fungen como un elemento de una relevancia trascendental en la aplicación de las fórmulas tendientes a mantener el equilibrio económico del contrato**. (Énfasis agregado).

En la contratación que nos ocupa, ambos temas -razonabilidad de precios y posibles revisiones- en aquellos casos en que los oferentes se apegaron a la tarifa mínima del Arancel, están resguardados por la fijación y el mecanismo de reajuste previsto por el propio Colegio Profesional, lo que en consecuencia determina que su descalificación no tenga ningún fundamento jurídico válido, porque la mera omisión del desglose en la oferta del señor BERTOLINI MIRANDA, no tiene trascendencia jurídica ni representa un vicio sustancial en los términos del artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 83 de su Reglamento. Si se tratara de una cotización superior al mínimo del Arancel -condición también permitida por el pliego de condiciones-, está claro que la omisión del desglose del precio sería un defecto de la oferta porque sería un elemento indispensable para estudiar la razonabilidad del precio ofertado y para tener los elementos que permitieran el análisis de eventuales revisiones del precio durante la ejecución del contrato que no estaría incluido en la propuesta. Pero en el caso de la cotización del mínimo fijado por el Arancel, se reitera que el desglose es irrelevante si, como hemos planteado en esta resolución, se analiza el propósito que cumpliría en la oferta del Recurrente, y su trascendencia para efectos del análisis y la comparación con la misma oferta del Adjudicatario que se suscribió por el mismo monto. Hay que precisar aquí, en cuanto a la igualdad de trato entre los oferentes, que la omisión del desglose del Recurrente en nada perjudica a los competidores que hubieran cotizado un precio superior como tampoco al Adjudicatario que cotizó el mismo precio -solo respetando el mínimo del Arancel, sin apegarse a éste-, según lo que se deduce de sus afirmaciones. Lo anterior queda demostrado cuando se comparan ambas ofertas en el elemento precio. En ambos casos el precio respeta el mínimo del artículo 7 del Arancel y se ajusta a las cláusulas 06 y 07 del pliego de condiciones. Como hemos dicho, uno presenta el desglose y el otro se atiende a la fijación que el colegio profesional hizo al fijar la tarifa mínima por hora profesional, con lo cual ambos están justificados y en ambos se puede constatar la razonabilidad según el criterio de la Sala Constitucional con respecto a los honorarios. Con respecto al reajuste, se da una situación interesante. En el caso del Adjudicatario, al plantear una estructura del precio, y al utilizar un precio que casualmente es igual al mínimo del arancel del Colegio de Abogados y establecer los costos asociados a la ejecución contractual; considerando que el contrato es plurianual, tendría la posibilidad de presentar reajuste de precios cuando demuestre que sus costos han variado en función de lo que establezcan los indicadores económicos nacionales asociados a su precio. Pero en el caso del Recurrente, de nuevo, el artículo 171 del reglamento es claro en el sentido de que los oferentes que se sometan al cobro de un arancel no están obligados a presentar un desglose del costo del servicio, como bien lo plantea en su oferta y el reajuste del precio estaría -en principio- asociado solo a los cambios que dicte para tal efecto el Colegio de Abogados. Ahora, hay que recordar que, por el principio constitucional de intangibilidad patrimonial, en ambos casos, de presentarse un desequilibrio económico del contrato que no sea atribuible al Contratista, con independencia de la forma en la que el precio fue justificado -según lo permitido en este cartel, ya sea vía Arancel o vía desglose- la Administración deberá proceder con la revisión del precio. Si en un caso -el del Adjudicatario- ya tiene el desglose de precio ofertado esto facilitará la comprobación del desequilibrio que siempre le corresponde demostrar al Contratista. Por otro lado, si como en el caso del Recurrente lo que se aplicó fue el Arancel, la demostración del costo extraordinario que desequilibra la ecuación financiera, igualmente estará en manos del Contratista quien tendría que debe demostrar que el monto fijado por la tarifa mínima no le remunera todos los costos ni le retribuye la utilidad pactada. Es decir, que en ambos casos la posibilidad de reajuste sigue estando garantizada igualmente por la Constitución Política (artículo 182), por la Ley de Contratación Administrativa (artículo 18) y por el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (artículos 2 inciso g) y 31) sin que necesariamente la forma en la cual se justificó el precio condicione o determine la procedencia o no de la revisión del precio que como derecho constitucional procede siempre que el Contratista demuestre que han variado los costos relacionados con el servicio, mediante los mecanismos pertinentes según el caso concreto, aspecto solo podrá conocerse cuando se dé en la práctica. A partir de lo anterior, es posible afirmar que tanto la oferta adjudicada como la presentada por el recurrente, llevan razón en la forma en como plantean el precio y ambas estarían apegadas a la legalidad. Dado que el contrato se puede extender hasta por dos años, es difícil suponer que un contratista pueda mantener el precio del contrato sin ajustes en momentos en que los costos en que tenga que incurrir para desarrollarlo vayan subiendo. Así las cosas, aquel que cotizó en función de un arancel tiene una tarifa ajustable automáticamente (lo que en todo caso tampoco le impide solicitar reajustes diferentes si llega a demostrar variaciones en sus costos debidamente justificados); en el tanto el otro oferente que cotizó a partir de una tarifa no referenciando al Arancel, gestionará los reajustes según la información de su desglose y según la prueba que logre presentar. En este último caso, además, hay que considerar que, si el Colegio reajusta la tarifa, pese a que dicho profesional no cotizó en apego al Arancel sino solo en respeto a éste, igualmente su precio estaría automáticamente reajustado porque no podría estar por debajo del mínimo fijado por el Colegio Profesional. Con lo cual, puede verse que efectivamente en el tema de la revisión del precio, en la etapa de ejecución podrían presentar algunas particularidades tanto en un escenario como en otro, lo que en todo caso no deriva de lo que dicen las ofertas sino más bien de lo propiciado y permitido por el mismo cartel de la licitación -precio mínimo y precio en competencia-, por el artículo 171 párrafo segundo del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por los artículos 2 inciso g) y 18 de ese mismo Reglamento, el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 182 de la Constitución Política. Por esa razón, al aplicar el principio de eficiencia (artículo 4 LCA) que comporta, entre otras cosas, una posición interpretativa de frente a las inconsistencias, omisiones o falta de pericia de parte de los oferentes, que obliga a descalificar únicamente a aquellas ofertas que incurran en una infracción sustancial a las condiciones del pliego de condiciones o al ordenamiento jurídico, en nuestro criterio no se debió excluir de la licitación a la oferta del Recurrente porque no hay un motivo justificado ni a nivel jurídico ni a nivel económico. No siendo requerido para su caso el desglose del precio de la oferta, es innecesario referirse a los argumentos sobre la eventual subsanación del requisito, puesto que como ha quedado demostrado, el oferente sí justificó su precio y para tener por acreditada su razonabilidad, basta por tener por aplicado el Arancel del Colegio de Abogados en su propuesta, siendo innecesario pedir el desglose. Ahora bien, como parte de sus alegatos el Adjudicatario sostuvo que, contrario a lo señalado por directivos de esta Junta Directiva, los artículos 26 y 171 RLCA aplican como los ha explicado la CGR; y -en su criterio- no es el Colegio de Abogados el que tiene, sobre los 90.750 colones de valor actual de la hora, un desglose de precios. En su criterio, es cada abogado el que, según sus análisi, memoria de cálculo, y riesgos, el que señala qué % será para mano de obra, qué otro % es para costos directos, qué % es para utilidad, etc. A partir de lo que ya se ha explicado ampliamente en esta resolución, se entiende que lo dicho por el Adjudicatario es en parte cierto, pero en nada cambia el resultado de esta decisión final con respecto a la oferta del Recurrente. Hay que considerar que en la fijación tarifaria que hace el Colegio de Abogados, el Arancel definido considera los eventuales costos directos e indirectos, así como la utilidad de los profesionales. Pero esto en sí mismo no excluye el hecho de que para cada contrato que el profesional en Derecho suscribe tomando como base la tarifa mínima obligatoria que -por decreto ejecutivo se entiende el mínimo precio razonable a cobrar-, dicho profesional defina para cada caso cuánto de ese monto total distribuya bajo su propio criterio, para afrontar sus gastos y sus utilidades. Sigue siendo innecesario el desglose del precio en la contratación administrativa cuando un profesional se ajuste a una tarifa mínima regulada, porque éste es el precio razonable definido para ese sector por la autoridad competente y por lo tanto es el punto de referencia para cualquier negociación ya sea con una institución del Estado o con otro sujeto particular. A partir de todo lo expuesto se debe declarar con lugar el recurso de revocatoria en este extremo para establecer que la oferta de JOSÉ ERNESTO BERTOLINI MIRANDA ha sido indebidamente descalificada, siendo en realidad una oferta elegible que debe pasar a la fase de evaluación. En esa medida el acto de adjudicación tiene un vicio de nulidad que obliga a anular la decisión final tomada por la Gerencia General en la resolución GG-RE-0536-2019, según lo dispuesto en el artículo 195 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Deberá procederse con una nueva evaluación que considere a la oferta del señor BERTOLINI MIRANDA y a todas aquellas ofertas que a la luz del principio de igualdad de trato hayan sido descalificadas por el mismo motivo. **B) SOBRE LA INADMISIBILIDAD DE LA OFERTA DEL ADJUDICATARIO:**  **El Recurrente** argumenta que la oferta del Adjudicatario es inadmisible porque el precio ofertado es descompuesto según el desglose incluido en la oferta, lo que sería contrario -según su criterio- al Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado. Esto porque el monto mínimo fijado por hora profesional, en su posición, es para cubrir únicamente el tiempo dedicado por el propio profesional y no otros extremos, que tendrían que ser considerados en forma adicional y siempre por encima de aquel, pues de lo contrario se estaría permitiendo el cobro de un monto real de honorario más bajo del piso establecido, aunque el monto final coincida con el piso del honorario. Según el contenido de la oferta del Adjudicatario, el peso específico del profesional oferente + la utilidad es tan solo del 55% del total de precio ofertado, lo que implicaría una remuneración u honorario considerablemente menor del estipulado en el Arancel, pues todo lo demás son gastos extra-honorario. Por eso, en su posición, el Adjudicatario incumple ya no solo con el Arancel sino, además, con lo prescrito en el punto 07) del cartel, según el cual es causa de descalificación cualquier remuneración del profesional (por honorario y sin incluir ningún otro extremo) que sea menor a la establecida por el Colegio de Abogados en el Arancel vigente. Adicionalmente, señala que el Adjudicatario utiliza un mecanismo espurio que plantea otro problema y es que el oferente adjudicado tendría derecho a aplicar el reajuste de precios por incrementos en sus costes directos e indirectos, que corresponden a un 45% del total de su oferta, lo que sería contrario a la naturaleza del honorario profesional (en los términos y con los alcances expuestos supra) y su mecanismo de ajuste (vía propio Arancel). Finalmente, también conlleva una infracción directa de lo estipulado en el artículo 4 del Arancel, conforme al cual “los honorarios corresponden al profesional o profesionales que han sido requeridos por el cliente”, quedando expresamente prohibido al profesional “compartir sus honorarios con otros profesionales que no sean abogados”. **El Adjudicatario** no se refirió a estos argumentos. **CRITERIO DE LA JUNTA DIRECTIVA**: Sobre lo dicho por el Recurrente se estima que no lleva razón considerando lo siguiente. El Decreto Ejecutivo N° 41457 dispone en lo que interesa:

CONSIDERANDO (…) II. Que la última revisión del arancel de honorarios de abogados y notarios y su respectivo decreto ejecutivo, se realizó el trece de agosto del dos mil quince, siendo que el numeral 113 del arancel, emitido mediante decreto ejecutivo 39078-JP publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 157 del 13 de agosto del 2015, indica que los honorarios fijados en el mismo se aumentarán cada dos años, conforme los índices de precios señalados en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), sin embargo ese aumento no podrá exceder del diez por ciento.

De acuerdo con lo anterior, este Arancel se incrementa utilizando como base el Índice de Precios al Consumidor (IPC), por lo que es necesario precisar qué es o qué mide dicho indicador. De acuerdo con el INEC (ver http://www.inec.go.cr/economia/indice-de-precios-al-consumidor) el Índice de Precios al Consumidor (IPC) es un indicador estadístico que mide:

(…) la variación de los precios de una canasta de bienes y servicios representativos del consumo de los hogares costarricenses, en un periodo de tiempo determinado. Por consiguiente, el IPC mide únicamente las variaciones de los precios, es decir, si determinado bien o servicio subió, bajó o mantuvo su precio igual en comparación con el mes anterior; no compara precios de un artículo entre establecimientos.

Este indicador es una fuente de información para estimar la inflación, actualizar la política monetaria y, en general, para la planificación económica del país. También es utilizado en los ajustes de salarios, reajustes de contratos de alquiler, cálculo de los modelos tarifarios, para estimar el cambio en el poder de compra, entre otras. Así las cosas, para que se calcule el IPC, se requiere que los precios de una canasta de bienes y servicios, sea representativa de los hábitos de consumo, por lo que no tiene ningún fundamento técnico ni económico la afirmación del Recurrente cuando sostiene que el Arancel solo cubre la mano de obra de los profesionales en Derecho. Esto porque el índice mide los precios de los eventuales costos y gastos en los que puede incurrir eventualmente un profesional al prestar sus servicios y son esos los que precisamente el Colegio de Abogados busca cubrir al ajustar el monto del arancel, de conformidad por lo indicado en dicho considerando. En ese indicador no se incluye ningún rubro asociado a la Mano de Obra, como ocurre con otros indicadores desarrollados a nivel nacional como el Índice de Salarios Mínimos Nominales (ISMN) publicado por el Banco Central de Costa Rica y que no es el índice utilizado por el Colegio de Abogados para ajustar las tarifas que le aplican a estos profesionales. En relación con lo anterior es necesario aclarar que, en sus procesos productivos, las personas físicas o jurídicas que venden un servicio combinan una serie de recursos como la mano de obra, equipos, infraestructura, terrenos, bienes, así como los procesos de trabajo. Dicha combinación permite la producción de los bienes o los servicios que ofrecen, sin embargo, deben tener claridad sobre la cantidad y el costo de todos esos recursos para determinar el precio que van a cobrar. Solo teniendo claro el valor de los recursos involucrados en los procesos productivos y delimitando una utilidad, se puede definir el precio por el cual las personas y las empresas están dispuestas a intercambiar esos servicios, es decir lo que van a cobrar. Ahora bien, para entender mejor que lo dicho por el Recurrente no tiene fundamento económico, también es posible considerar que la Ley del Impuesto sobre la Renta (N° 7092) establece un impuesto sobre las utilidades de las empresas y de las personas físicas que desarrollen actividades lucrativas. El artículo 1 de dicha Ley “*grava los ingresos, continuos o eventuales, de fuente costarricense, percibidos o devengados por personas físicas o jurídicas domiciliadas en el país*” y más adelante plantea dicho artículo lo que se debe entender por ingresos que son los provenientes de servicios prestados, como es el caso de los servicios de asesoría de un abogado. Conforme a lo indicado en el Decreto N° 18455-H, Reglamento a la Ley del Impuesto sobre la Renta, en el artículo 24, las instituciones públicas deben retener cuando realizan pagos de servicios, un 2% por concepto de adelanto de renta. Señala la norma:

 “Artículo 24- Retenciones en la fuente

Las empresas públicas o privadas, sujetas o no al pago de los impuestos establecidos en la ley, así como las instituciones a que se refieren los artículos 3 y 23 de la ley, están obligadas a actuar como agentes de retención o percepción cuando paguen o acrediten rentas afectas a los impuestos establecidos en ella.

(…)

g) Los entes a que se refiere el inciso g) del artículo 23 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, deberán efectuar la retención del 2%, con las siguientes excepciones (…:

No procederá la retención en las siguientes situaciones:

a) Cuando las operaciones no excedan de un salario base según lo establecido en el artículo 2 de la Ley N° 7337.

b) En transacciones que se efectúen entre entes públicos, cuando estos se encuentren exentos o no sujetos al Impuesto sobre la Renta.

c) En pagos efectuados a personas domiciliadas en el extranjero, que estuvieren gravados conforme con las disposiciones del artículo 54 de esta ley.

d) En el caso de créditos o pagos efectuados a personas o entidades exentas del impuesto sobre la renta.

e) Cuando se haya practicado la retención del (3%) a que se refiere el inciso e) del artículo 23 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

f) En las situaciones que expresamente autorice la Dirección General de Tributación, por razones de conveniencia fiscal y por gestión de los interesados, cuando lo justifiquen debidamente ante la Administración.

Se entiende que la retención se genera en cada pago o acreditación de renta sin que estos sean acumulativos en el periodo fiscal respectivo.

**Se exceptúa de esta aplicación, los pagos por concepto de servicios profesionales**. (…) (Énfasis agregado)

Como puede observarse, la norma anterior exceptúa los pagos por conceptos de servicios profesionales, de las excepciones que cita el inciso g), por tanto debe aplicarse la retención del 2% sobre el total del monto pagado por servicios profesionales. De esta manera es claro, que cuando el BANHVI cancela los servicios profesionales a un abogado debe rebajar de su pago el equivalente a un 2% por adelanto de renta, lo que viene a demostrar que el Arancel no puede ser considerado como un mecanismo que cubre solo la mano de obra, porque en éste se encuentra implícito el concepto de la utilidad. Ahora bien, continuando con el tema del impuesto sobre la renta, la Ley hace una diferencia sobre la renta sujeta al impuesto y la que no, a saber la renta bruta y renta neta:

“ARTICULO 5º.- Renta bruta. La renta bruta es el conjunto de los ingresos o beneficios percibidos en el período del impuesto por el sujeto pasivo, en virtud de las actividades a que se refiere el párrafo tercero del artículo 1º. (…)

ARTICULO 7º.- Renta Neta. La renta neta es el resultado de deducir de la renta bruta los costos y gastos útiles, necesarios y pertinentes para producir la utilidad o beneficio, y las otras erogaciones expresamente autorizadas por esta ley, debidamente respaldadas por comprobantes y registradas en la contabilidad. En el reglamento de esta ley se fijarán las condiciones en que se deben presentar estos documentos. Cuando los costos, gastos o erogaciones autorizados se efectúen para producir indistintamente rentas gravadas o exentas, se deberá deducir solamente la proporción que corresponda a las rentas gravadas”.

Las citadas normas reconocen que, para producir los ingresos, es necesario incurrir en costos y gastos, por lo que un abogado debe tener en cuenta que los Aranceles (a lo que llamaríamos Renta Neta) que le permiten la retribución por los servicios prestados, consideran los recursos (costos y gastos) utilizados. Si bien es cierto el artículo 171 del Reglamento exime de la obligación de presentar una estructura del precio y un presupuesto detallado a los profesionales cuya retribución se basa en Aranceles, esto no implica que con dicho Arancel no se cubran los costos y gastos necesarios para brindar el servicio. La Ley (N° 7092) en el artículo 14 respecto de la renta imponible, menciona que “*es la renta neta de los contribuyentes que se mencionan en el artículo 2º de esta ley*.” a la cual se le aplica el impuesto sobre la renta, con lo cual se confirma nuevamente que el Arancel considera los costos, gastos y hasta la utilidad del profesional en Derecho (sobre la que se aplica el impuesto de renta), con lo que se desacredita el argumento de que el precio basado en un Arancel no pueda ser presentado por medio de una estructura del precio. En definitiva, según lo dicho carecen de fundamento jurídico los alegatos desarrollados en contra de la oferta del Adjudicatario con lo cual se rechaza el recurso en este extremo. Así las cosas, se concluye que ambas ofertas son elegibles y en consecuencia lo que procede es la anulación del acto de adjudicación a partir de lo que establece el artículo 195 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa para que se incluya en la evaluación a tanto a la oferta del Recurrente BERTOLIMI MIRANDA como a cualquier otra excluida en igualdad de condiciones. A partir de la nueva evaluación conforme al sistema de calificación previsto en el cartel, se deberá proceder con una nueva decisión final.

**POR TANTO:**

De conformidad con los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, en particular con fundamento en el artículo 182 de la Constitución Política, los artículos 2 inciso h) 4, 5, 18, 42 inciso j), 64, 65, 66, 84, 85, 88, 91 y 92 de la Ley de Contratación Administrativa y los numerales 2, 31, 80, 81, 171, 184, 185, 188 incisos a), b), y d), 193, 194 y 195 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE:**

**1)** Declarar parcialmente con lugarel recurso de revocatoriainterpuesto por JOSÉ ERNESTO BERTOLINI MIRANDA, en contra del acto de adjudicación de la licitación abreviada Nº 2019LA-000003-0016400001 promovida por el Banco Hipotecario de la Vivienda (BANHVI) para la “Contratación de profesional en Derecho para que brinde servicios jurídicos a la Junta Directiva”.

**2)** Anularel acto de adjudicación recaído a favor de recaído a favor de CHRISTIAN CAMPOS MONGE.

**3)** Ordenar a la Proveeduría y dependencias competentes, proceder con el nuevo estudio de las ofertas y continuar con el procedimiento para dictar una nueva decisión final. De conformidad con el artículo 92 inciso e) de la Ley de Contratación Administrativa y el numeral 195 de su Reglamento, se da por agotada la vía administrativa.

## Acuerdo Unánime y Firme.- NOTIFÍQUESE.

**\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\***