

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio No. **07064**

23 de julio, 2010
DJ-2941

Señor
Carlos Zúñiga Barquero
Administrador

Señora
Marjorie Solís Cruz
Proveeduría
Patronato Nacional de Rehabilitación

Estimados señores:

Asunto: Se emite criterio en relación con consulta formulada por ese Patronato.

Nos referimos a nota de fecha 4 de junio del 2010, recibido en este órgano contralor el pasado 7 de junio, mediante el cual requiere se le aclare si una serie de actividades que realiza esa entidad pueden enmarcarse dentro de los supuestos contemplados en los incisos a) y d) del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa.

1. Justificación de su solicitud

De conformidad con la solicitud, el Patronato Nacional de Rehabilitación (PANARE) fue creado por la Ley No. 3695, la cual establece que dicha entidad tendrá a cargo la administración del Hogar de Rehabilitación de Santa Ana, para la atención de niños lisiados de la polio u otras enfermedades que produzcan secuelas similares.

Señala que la Ley No. 7600 dispone como obligación del Estado garantizar por medio de sus instituciones los servicios de apoyo a las personas con discapacidad, y que aquellos que no cuentan con una familia, o se encuentren en estado de abandono, tengan acceso a los medios que les permitan ejercer su autonomía y desarrollar una vida digna.

Indica que en atención al fin público encomendado, dicha entidad mantiene programas dirigidos a atender personas con discapacidad, teniendo como prioridades el mejoramiento de la calidad de vida de las personas y mejorar la condición nutricional de los usuarios, mediante la implementación de planes individuales de alimentación, de acuerdo con las patologías y condiciones clínicas de los usuarios.

Manifiesta que bajo ese contexto, dentro del presupuesto institucional se incluye partidas que tienen relación con esa labor ordinaria definida en la Ley, tales como alimentos y bebidas, productos medicinales, textiles y vestuario y útiles y materiales médico hospitalario.

Agrega que en el caso de alimentos y bebidas y productos farmacéuticos y medicinales, se presenta una situación particular, debido a que el tipo de productos que se trata no es posible almacenarlos por periodos largos, lo que obliga a efectuar compras para cubrir un máximo de 3 meses. Expone además, que las partidas son de bajo contenido presupuestario

Con base en lo anterior, consulta si los rubros recién citados pueden considerarse dentro de las excepciones establecidas en el artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), principalmente los incisos a) y d).

2. Criterio del Despacho

2.a) Sobre la actividad ordinaria

La Constitución Política, particularmente el artículo 182 estableció un régimen para regular la actividad contractual del Estado, siendo uno de sus componentes principales el hecho que las contrataciones públicas deben basarse en procedimientos concursales ordinarios.

No obstante que dichos procedimientos son la regla (Voto 998-98 de la Sala Constitucional), hay excepciones en las que el interés público no se ve satisfecho mediante concurso, razón por la cual la LCA ha establecido una serie de causales por medio de las cuales se faculta a la Administración a contratar en forma directa.

Dentro de dichos supuestos se encuentra el dispuesto en el artículo 2 inciso a) de la LCA que excluye de los procedimientos de concursos *“La actividad ordinaria de la Administración, entendida como el suministro directo al usuario o destinatario final, de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines”*

A su vez, el numeral 128 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) indica en lo que interesa:

“La actividad ordinaria de cada entidad se desarrollará dentro del marco legal y reglamentario respectivo, sin sujeción a los procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y el presente Reglamento.

Para esos efectos, se entiende como actividad ordinaria, sólo la que realiza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia, por medio de una actividad o servicio que constituye la prestación última o final de frente a usuarios y cuya frecuencia, tráfico y dinamismo, justifican o imponen apartarse de los procedimientos usuales de concurso.

La contratación de los medios necesarios para el ejercicio de la actividad ordinaria ha de realizarse mediante los procedimientos que correspondan, según la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento.”

En relación con el concepto de actividad ordinaria, la Sala Constitucional, en el voto No. 6754 del 22 de setiembre de 1998, señaló:

“ (...) se trata de la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no ejecutivo.”

Por su parte, esta Contraloría General ha sostenido que:

“El concepto de actividad ordinaria en materia de contratación administrativa, ha sido abordado ampliamente por nuestra jurisprudencia.

A partir de esto podemos, procedemos destacar las siguientes características que define lo que es la actividad ordinaria:

1. *La actividad ordinaria comprende la actividad de la Administración, que por su constante y frecuente tráfico y su relación inmediata con los usuarios, resulta claramente incompatible con los procedimientos concursales de contratación.*
2. *Se limita a la actividad contractual que la Administración realiza con sus usuarios y es aquella mediante la cual les brinda bienes o servicios relacionados estrechamente con la prestación última que la ley le asignó al crearla.*
3. *Comprende la actividad que se realiza dentro del ámbito de su competencia, por medio de una actividad o servicio que constituye la prestación última o final que ésta efectúa de frente a sus usuarios, y cuya frecuencia, tráfico y dinamismo, justifican apartarse de los procedimientos usuales de concurso.*
4. *Ejemplos de actividad ordinaria según la institución tenemos: el ICE con la venta de líneas telefónicas; el ICCA con el suministro de agua potable; la CNFL con la venta o suministro de energía eléctrica; el INS con la venta de seguros y las municipalidades cuando prestan directamente servicios propios de su naturaleza como la recolección de basura, siempre que la prestación no se haga a través de particulares; el INA con la capacitación técnica en la prestación de cursos de distintas áreas; el MOPT con la reparación de vías.*

Asimismo, es necesario señalar de manera específica aquello que no está comprendido en la noción de actividad ordinaria:

1. *No forman parte de ese concepto los contratos para realizar actividades que cumplen una relación de medios para alcanzar fines, entre las cuales se incluyen aquellas realizadas para su instalación (por ejemplo compra o arrendamiento de edificios, mobiliario, construcción de obras, etc); ni las que se deban efectuar para su funcionamiento (arrendamiento o compra de equipos,*

vehículos, útiles, materiales, etc.); ni para el transporte de productos para su uso o comercio, ni la información u otra clase de prestaciones ajenas a la finalidad inmediata de su servicio.

2. *En términos más simples, los medios para alcanzar el fin último que debe cumplir la entidad, no pueden considerarse actividad ordinaria.*
3. *No es actividad ordinaria la compra de materia prima o materiales, aun cuando sean para producir el fin último de la Administración.*
4. *Siguiendo los ejemplos del apartado anterior, no sería actividad ordinaria*
 - ✓ *Del ICE la compra misma de líneas telefónicas, la contratación del personal para instalar las centrales telefónicas; los insumos y materia prima que se requieren para la instalación, funcionamiento y operación de las líneas telefónicas que permiten dar el servicio final al usuario: la venta del servicio telefónico, el cual en sí misma es la actividad ordinaria en este caso.*
 - ✓ *Del ICAA, la compra de tubería, construcción de pozos, plantas de tratamiento, insumos para potabilizar el agua, reparación de fugas cuando el servicio lo presten terceros y no funcionarios de ese Instituto.*
 - ✓ *De las municipalidades, la contratación del servicio de recolección de basura, la compra o alquiler de camiones recolectores, compra de uniformes de los funcionarios encargados de la recolección, entre otros.*
 - ✓ *Del INA, su actividad ordinaria es la capacitación técnica, pero no la contratación de los instructores que imparten esa capacitación, ni la contratación de la elaboración de material didáctico, compra de equipo para impartir la capacitación.*
 - ✓ *Del MOPT la compra de asfalto, la contratación de empresas constructoras de vías, puentes, etc.¹ (Oficio No. 8233 (DCA-2521) del 16 de julio de 2007)*

Con base en lo antes transcrito puede concluirse que la actividad ordinaria es la prestación última que la ley le asigna a la entidad de frente a sus usuarios. Esta resulta incompatible con los procedimientos concursales, de allí que se habilita la contratación directa.

Sin embargo, los medios para alcanzar dicho fin último, no pueden considerarse actividad ordinaria, y por ende deben contratarse, en principio, por los procedimientos ordinarios de contratación administrativa.

En el caso del PANARE, el artículo 1 la Ley No. 3595, señala que dicho Patronato de Rehabilitación se crea como un organismo de servicio público con personalidad jurídica *“el cual tendrá a su cargo la administración del "Hogar de Rehabilitación, Santa Ana", para los niños lisiados por la poliomielitis u otras enfermedades que produzcan secuelas similares. Estará bajo la fiscalización técnica y económica de la Dirección General de Asistencia Médico Social del Ministerio de Salubridad Pública.”*

¹ Véanse los siguientes documentos referidos a la actividad ordinaria: oficio N° 7433(DGCA-834-96) de 25 de junio de 1996; oficio N°107 (DGCA-21-98) de 7 de enero de 1998; oficio N° 11415 (DAGJ-1445-2003) de 13 de octubre de 2003.

En relación con esa entidad, la Procuraduría General de la República ha dicho:

“Conforme a lo reseñado y a la ley de creación del Patronato Nacional de Rehabilitación, éste es un organismo de servicio público con personalidad jurídica propia, bajo la fiscalización técnica y económica del Ministerio de Salud, cuyo único fin es tener a su cargo la administración del Hogar de Rehabilitación Santa Ana, para los niños lisiados por la poliomielitis u otras enfermedades que produzcan secuelas similares. /De donde tenemos que dicha ley es amplísima en cuanto a su cobertura, por cuanto, no especifica medidas a tomar, procedimientos a seguir, personas a tratar, ni pone límites en cuanto a período durante el cual se deben tratar las personas que afectadas por las enfermedades, de donde se podría interpretar que es hasta tanto, alcancen la actividad perdida, o al menos lo más cercano a esta meta para así satisfacer el fin público encomendado. [...] Nótese que lo que se creó no fue un Hospital o un centro terapéutico, sino un Hogar, cuya finalidad es que vivan en él las personas. Por lo tanto, las medidas aplicadas por ustedes, en lo que se refiere brindar residencia permanente de las personas, residencia temporal, apoyo educativo especial, terapia física, atención de salud, apoyo en lo laboral y préstamos de equipo, así como la alimentación a los residentes, se puede decir que se encuentran ajustadas a nuestro ordenamiento jurídico” (Oficio No. C-180-99 del 9 de setiembre de 1999)

Bajo esa línea de ideas, puede concluirse que la actividad ordinaria de esa entidad es el cuidado de las personas que allí ingresen, producto de la enfermedad.

La adquisición de alimentos y bebidas, productos medicinales, textiles y vestuario, así como útiles y materiales médico hospitalario, son los medios necesarios para alcanzar el fin último de esa institución, por lo que dichas actividades no pueden considerarse en forma alguna actividad ordinaria, y su adquisición debe efectuarse por medio de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa.

2.b) Causal de excepción de contratación directa regulada en el inciso d) del artículo 2 de la LCA.

El inciso d) del artículo 2 de la LCA, establece que se excluyen de los procedimientos concursales *“La actividad de contratación que por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no pueda ser sometida a concurso pública o no convenga someterla, sea porque solo existe un único proveedor, por razones especiales de seguridad o por otras igualmente calificadas de acuerdo con el Reglamento de esta Ley”*.

Por su parte, el numeral 131 del RLCA define que se está ante un oferente único cuando:

“Los bienes o servicios en los que se acredite que solamente una persona o empresa está en condiciones de suministrar o brindar, sin que existan en el mercado alternativas que puedan considerarse idóneas para satisfacer la necesidad institucional. La procedencia de este supuesto ha de determinarse con apego a parámetros objetivos en relación con la necesidad, acreditando que la opción propuesta es la única apropiada y no sólo la más conveniente./Dentro de esta excepción se encuentra la compra de artículos exclusivos,

entendidos como aquellos que en razón de una patente de invención sólo son producidos por determinada empresa, siempre que no existan en el mercado artículos similares sucedáneos. Comprende también la compra de repuestos genuinos, producidos por la propia fábrica de los equipos principales y respecto de los que exista en el país sólo un distribuidor autorizado. Si hubiesen varios distribuidores de partes o repuestos el concurso se hará entre ellos.”

Y en el h) se indica que seguridades calificadas se dará cuando:

“Los casos en los que para elaborar las ofertas se requeriría revelar información calificada y confidencial se podrá contratar de forma directa./En estos supuestos, la Administración deberá realizar un sondeo del mercado, sin revelar los elementos del objeto que comprometen la seguridad que justifica el procedimiento. Concluido el sondeo de mercado, la entidad procederá a seleccionar a la empresa que considera es la más apta para la satisfacción de su necesidad. La Administración podrá negociar con la empresa seleccionada las condiciones de precio. En todo caso, la Administración deberá acreditar que el precio reconocido es razonable, con relación en prestaciones similares o en función de las aplicaciones y tecnología./No es aplicable esta causal de excepción en los supuestos en los que sea posible realizar un concurso abierto y determinar la idoneidad de un contratista sin tener que revelar esa información, reservándola únicamente para el contratista.”

Bajo ese contexto, puede concluirse que la adquisición de los alimentos y bebidas, productos medicinales, textiles y vestuario, útiles y materiales hospitalarios, no puede ubicarse en modo alguno ni dentro de las causales de proveedor único, seguridad calificada reguladas en el numeral 131 del RLCA.

No obstante, cabe aclarar que si por ejemplo alguno de esos artículos, por su especial naturaleza sólo puede ser adquirido por un proveedor en el mercado, podrá recurrirse a la excepción de proveedor único recién citada, pero en tal caso deben constar los motivos donde se acredite que solamente existe un proveedor para ello, lo cual debe determinarse no en función de marcas, por ejemplo, sino en función de la necesidad a satisfacer.

2.c) Procedimientos y modalidades de contratación que debe emplear el PANARE

Tal y como se expuso en los puntos a) y b) de este aparte, la adquisición por parte del PANRE de alimentos y bebidas, productos medicinales, textiles y vestuario, útiles y materiales hospitalarios no pueden enmarcarse ni como actividad ordinaria, proveedor único, seguridad calificada.

Por lo anterior, esa Administración debe comprar dichos productos empleando los procedimientos establecidos en la LCA y su reglamento.

Ahora bien, en este punto es importante que la entidad tome en cuenta que para la compra de dichos artículos, deberá emplearse el procedimiento que corresponda por monto: sea licitación pública, abreviada o escasa cuantía. En la determinación del procedimiento deberá tomarse en cuenta que la

entidad no puede fraccionar sus operaciones respecto a necesidades previsibles (artículo 13 del RLCA).

Por otra parte, y dada la naturaleza de los productos señalados en su consulta, esa entidad puede valorar la aplicación de diferentes modalidades de contratación administrativa como por ejemplo las dispuestas en el numeral 154 del RLCA, las cuales se caracterizan por su agilidad en la adquisición de bienes. Dicho artículo indica:

*“a) **Cantidad definida:** mediante la compra de una cantidad específica previamente definida, ya sea que se fije un plazo de entrega único o con varios trectos referidos a entregas parciales.*

*b) **Entrega según demanda:** cuando las condiciones del mercado, así como el alto y frecuente consumo del objeto lo recomienden, en suministros tales como alimentos, productos para oficina y similares, se podrá pactar no una cantidad específica, sino el compromiso de suplir los suministros periódicamente, según las necesidades de consumo puntuales que se vayan dando durante la fase de ejecución. En este supuesto la Administración incluirá en el cartel, a modo de información general, los consumos, al menos del año anterior. (...)*

*c) **Ejecución por consignación:** En objetos tales como suministros médicos, en los que la determinación de la demanda puede sufrir variaciones importantes y periódicas durante la fase de ejecución, es posible realizar la contratación mediante la entrega de un lote inicial con el compromiso del contratista durante el plazo contractual de restituir los componentes o elementos consumidos.*

De previo a la utilización de esta modalidad, deberá dejar acreditado que para el caso particular, su uso es más conveniente que la adquisición de una cantidad única.

El cartel deberá regular las condiciones de entrega original y formas de restitución, así como el plazo máximo del contrato, el cual no podrá ser superior a cuatro años. Las cotizaciones se harán en precios unitarios sobre la base de una estimación de consumo.”

De forma, se deja rendido el criterio solicitado.

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Licda. Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora

LGB/ffm

Ci: Archivo Central

NI: 11024

G: 2010000554-1