

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
Al oficio No. **03112**

2 de abril de 2012
DCA-0814

Señor
J. Enrique Castillo Barrantes
Ministro
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto

Estimado señor:

Asunto: Se brinda una mera opinión jurídica no vinculante, sobre algunas consultas relacionadas con varias contrataciones específicas llevadas a cabo por parte del Ministerio.

Me refiero a su oficio DJO 120 2012, mediante el cual plantea una serie de interrogantes asociadas a la contratación de algunos asesores jurídicos.

1) Alcances de la solicitud de criterio jurídico.

Señala que desde el 2006 el Ministerio ha contratado por servicios profesionales al equipo que ha llevado la defensa jurídica y técnica de Costa Rica por el conflicto fronterizo con Nicaragua. Destaca que se ha hecho una contratación con profesionales extranjeros sustentada en el artículo 134 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y por otra parte se han contratado profesionales nacionales amparados al numeral 131 inciso h) del mismo cuerpo normativo.

Agrega que se hizo una consulta sobre la posibilidad de pagar pasajes y viáticos a dichos profesionales cuando tuvieran que desplazarse fuera del país y mediante oficio 13084 del 2009 la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de esta Contraloría General lo aprobó.

Sin embargo para evitar dudas sobre la naturaleza jurídica de la relación se varió el precio para que se reconociera un incremento cada vez que tuvieran que salir del país.

Relata la situación actual, destacando que a raíz de los trabajos varios que se realizan en el margen del Río San Juan, Nicaragua ha interpuesto una nueva denuncia que no tiene relación directa con la que ya se tramita en la Corte de La Haya pero que es altamente conveniente que sea el mismo equipo que lleve a cabo ambos trámites. Destaca que además de las condiciones particulares de los consultores, el hacer una modificación al contrato ya existente, implicaría una reducción de costos.

Destaca que por vía similar han contratado a dos profesionales relacionados con la materia ambiental y que sería conveniente que se mantengan dentro del equipo.

Añade que en razón de que la mayoría del material es sensible y privilegiado sobre la Soberanía Nacional debe estar siempre custodiado en las oficinas del Ministerio, razón por la cual se les ha facilitado espacio físico a los consultores externos, así como algunas condiciones adicionales.

Concluye que los procesos por lo general tardan entre 4 y 6 años y por tanto consideran que las contrataciones se deben hacer por plazos mayores a 4 años.

Con base en lo expuesto plantean las siguientes inquietudes:

- 1) ¿Es procedente realizar una modificación a los contratos vigentes a fin de que el mismo equipo asuma la defensa en ambos casos?
- 2) ¿Se puede variar el precio para que los propios consultores se paguen sus pasajes y viáticos?
- 3) La modificación para asumir los costos de los pasajes, ¿se puede aplicar a todos los consultores?
- 4) ¿Se pueden pactar contratos para más de cuatro años, en razón de que los procesos internacionales son por periodos superiores al máximo de cuatro años que permite la normativa?
- 5) ¿Podría considerarse una prórroga automática en virtud de la permanencia de las circunstancias?
- 6) ¿Es posible mantener las facilidades de espacio a los consultores en protección de la defensa de la soberanía, pese a no ser una obligación contractual?

2) Criterio del Despacho

En primer término es importante clarificar los alcances de esta gestión. De conformidad con el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República corresponde a este órgano contralor emitir criterios vinculantes, en el tanto se cumplan los requisitos que para ese tipo de gestiones se fijan en el ordenamiento jurídico. En ese sentido ha de tomarse en consideración que mediante la resolución R-DC-197-2011. Publicado en Gaceta N° 244 del 20 de diciembre de 2011, se emitió el Reglamento sobre la recepción y atención de Consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, cuyo artículo 8 inciso 2, conviene citar:

Artículo 8°—**Requisitos para la presentación de las consultas.** Las consultas que ingresen para su atención conforme al artículo 29 de la Ley No. 7428, deberán cumplir los siguientes requisitos:

...

2. Plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante.

Siendo que en su consulta estamos ante un caso concreto no es posible dar una solución por medio de un criterio vinculante, ya que implica que sería esta Contraloría General la que está adoptando la solución a casos específicos que compete al Ministerio resolver. No obstante, en un afán de

colaboración, de conformidad con el numeral 7 del mismo Reglamento¹, se procederá a realizar algunas consideraciones de carácter general, que quizás puedan orientar la toma de decisión final que hará el Ministerio a su cargo.

Contratación por razones especiales de seguridad.

Está claro que el ordenamiento jurídico costarricense, desde lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución Política, manda a la Administración Pública seleccione sus contratistas por medio del concurso. No obstante, también el propio ordenamiento jurídico, como sistema lógico y de aplicación práctica eficiente, contempla una serie de supuestos de contratación directa. Dentro de ellos conviene destacar aquel que se ha denominado seguridades calificadas.

Así el artículo 2 inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa, señala:

Artículo 2°.-Excepciones

Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta ley las siguientes actividades:

...

d) La actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no pueda ser sometida a concurso público 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. (el destacado no corresponde al original)

Disposición legal que se complementa con lo que señala el numeral 131 inciso h) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que en su letra exacta señala:

Artículo 131.—**Objetos de naturaleza o circunstancia concurrente incompatibles con el concurso.** La Administración, podrá contratar de forma directa los siguientes bienes o servicios que, por su naturaleza o circunstancias concurrentes, no puede o no conviene adquirirse por medio de un concurso, así como los que habilite la Contraloría General de la República:

...

h) **Objetos que requieren seguridades calificadas:** Los casos en los que para elaborar las ofertas se

¹ Artículo 7°—**Emisión de dictamen.** Los dictámenes que emita la Contraloría General de la República, en el ámbito de su competencia, serán vinculantes para los sujetos consultantes y para quienes sean integrados al procedimiento consultivo de acuerdo con el trámite del artículo 12 de este reglamento, exceptuando a los órganos parlamentarios y a los diputados de la República. Cuando la Contraloría General de la República considere que su respuesta no tiene carácter obligatorio, así lo indicará de forma expresa.

Los dictámenes vinculantes constituyen doctrina legal cuando definen una posición jurídica reiterada en más de dos oficios, orientando la aplicación del ordenamiento de control y fiscalización de la Hacienda Pública. (el destacado no corresponde al original)

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.

De esta combinación de normas es posible concluir que la Administración puede acudir al mecanismo de contratación directa en los casos en los que, para que potenciales oferentes puedan hacer una oferta completa, tenga que darse información muy calificada, de tipo confidencial. Claro está que no se trata forzar un objeto para que tenga apariencia de información sensible para ampararse a esta causal de contratación, si no que debe verse seriamente comprometida la seguridad y que esa información tenga relevancia para hacer comparables las ofertas.

En ese sentido es importante destacar que se debe mantener una interpretación restrictiva para la aplicación de esta causal y es la Administración la que tiene la obligación de hacer una amplia justificación de dos aspectos relevantes: la existencia la información de tipo confidencial y muy calificada para la seguridad y por otra parte la inconveniencia o imposibilidad de que los oferentes puedan hacer una oferta coherente y seria sin tener acceso a esa información.

Este ejercicio es casuístico y no puede fijarse una receta universal, ya que va a depender mucho de los alcances de cada contratación, siempre sobre una visión restrictiva de su uso.

En el caso concreto usted señala que *“como consecuencia de la ocupación militar perpetrada por Nicaragua, se determinó que no era procedente revelar información confidencial del proceso, como por ejemplo las fuentes y tipos de pruebas que era necesario que el o los oferentes debían conocer, el conocimiento de el o los oferentes en el tipo de estrategia de defensa de la soberanía que se utilizaría...”*

Sin que esta Contraloría General por la vía consultiva pueda determinar si esa actuación específica es correcta o no, ya que no es posible resolver casos concretos, aunado a que no se tiene acceso a la totalidad de la información, podría afirmarse que si efectivamente ante un tema de seguridad nacional se requiere **contratar servicios profesionales**, cuyas cotizaciones **concretas, serias, completas y coherentes** requieren de información sensible que comprometa esa seguridad nacional, estamos en presencia de una causal incompatible con el concurso público.

En ese sentido conviene retomar lo que históricamente ha sostenido, este órgano contralor al analizar este tipo de causales de contratación directa, entre otros en el oficio **14835 de 4 de diciembre de 1997(DGCA-1593-97)** que conviene citar en lo conducente:

“En cuanto a “**las razones especiales de seguridad**” debemos precisar que ese supuesto de hecho, **de aplicación restrictiva** por tratarse de una excepción a la regla constitucional del concurso o licitación prevista en el artículo 182 de nuestra Constitución Política, no implica una asociación necesaria y automática en relación con procedimientos donde interese adquirir **equipos de seguridad, ni con vigilancia de instalaciones públicas ni otra suerte de objetos vinculados con la seguridad**. De esta forma, para invocar esas especiales razones de seguridad, debe además justificarse porqué no conviene revelar la información y en general, porqué no conviene efectuar el concurso o licitación que proceda de acuerdo al monto, en forma amplia y documentada”

De tal suerte que, si el Ministerio logra acreditar los supuestos que contempla la norma pues procede haber hecho una contratación directa en sustitución de los procedimientos ordinarios. En ese ejercicio ha de tener sumo cuidado de no extender a otras situaciones relacionadas con la situación especial las seguridades calificadas. Así, a manera de ejemplo si fuese necesario comprar computadoras que se utilizarían exclusivamente en la atención de tan delicado conflicto, no podría decirse que también que por el uso que se dará ya las ampara a una contratación directa.

Sobre la contratación de servicios en el extranjero

Sobre la contratación de un equipo de profesionales en el extranjero que brindarán sus servicios esencialmente en el extranjero, basta con se acrediten las circunstancias que fija el numeral 134 de la ya citado Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que en su literalidad señala:

Artículo 134.—**Bienes o servicios a contratarse en el extranjero.** Las contrataciones que tienen por objeto la construcción, la instalación o la provisión de oficinas ubicadas en el extranjero, así como la contratación de personas físicas o jurídicas extranjeras que van a brindar sus servicios en el exterior, podrán celebrarse sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación, pero la Administración deberá procurar que el contratista sea idóneo y garantice el fiel cumplimiento de sus obligaciones contractuales. (el destacado no corresponde al original)

Así las cosas compete la acreditación de esos requisitos al Ministerio que usted representa. Partiendo de que los servicios se contratan en el extranjero y se ejecutan allá mismo, sin que ello impida la coordinación en espacios nacionales.

Sobre la modificación contractual en general.

Los contratos administrativos están permeado por el principio de mutabilidad de los contratos, según el cual, atendiendo al interés público inmerso en esas contrataciones, es posible introducir cambios, incluso de manera unilateral, siempre y cuando se respeten los límites proporcionados y aplicables que fije el propio ordenamiento jurídico.

En ese sentido una guía importante lo constituye el numeral 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que señala:

Artículo 200.—**Modificación unilateral del contrato.** La Administración podrá modificar unilateralmente sus contratos tan pronto éstos se

perfeccionen, aún antes de iniciar su ejecución y durante ésta, bajo las siguientes reglas:

- a) Que la modificación, aumento o disminución del objeto, no le cambie su naturaleza, ni tampoco le impida cumplir con su funcionalidad o fin inicialmente propuesto.
- b) Que en caso de aumento se trate de bienes o servicios similares.
- c) Que no exceda el 50% del monto del contrato original, incluyendo reajustes o revisiones, según corresponda.
- d) Que se trate de causas imprevisibles al momento de iniciar el procedimiento, sea que la entidad no pudo conocerlas pese a haber adoptado las medidas técnicas y de planificación mínimas cuando definió el objeto.
- e) Que sea la mejor forma de satisfacer el interés público.
- f) Que la suma de la contratación original, incluyendo reajustes o revisiones de precio, y el incremento adicional no superen el límite previsto para el tipo de procedimiento tramitado.

En contratos de prestación continua se podrá modificar tanto el objeto como el plazo. En este último supuesto el 50% aplicará sobre el plazo originalmente contratado, sin contemplar las prórrogas.

Cuando el objeto esté compuesto por líneas independientes, el 50% se calculará sobre cada una de ellas y no sobre el monto general del contrato.

El incremento o disminución en la remuneración se calculará en forma proporcional a las condiciones establecidas en el contrato original. En caso de disminución, el contratista tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos en que haya incurrido para atender la ejecución total del contrato.

En caso de contratos de obra, podrán ser objeto de incremento solo aspectos que no sean susceptibles de una contratación independiente sin alterar, perjudicar o entorpecer la uniformidad, la secuencia, la coordinación y otros intereses igualmente importantes.

Modificaciones que no se ajusten a las condiciones previstas en este artículo, sólo serán posibles con la autorización de la Contraloría General de la República, la cual resolverá dentro del décimo día hábil posterior a la gestión, basada, entre otras cosas, en la naturaleza de la modificación, estado de ejecución y el interés público. La Contraloría General definirá reglamentariamente el procedimiento aplicable para lo previsto en este artículo.

De manera tal que, en aquellos supuestos que se tenga un contrato ya suscrito es posible introducir cambios, de acuerdo con las anteriores reglas. De especial cuidado para el caso concreto, ha de valorar que si se pretende ampliar un contrato que se hizo por razones de seguridad calificadas, la ampliación del nuevo objeto ha de respetar las condiciones propias de este tipo de causales a efecto de evitar que se utilice la contratación como un fraude de ley. En otras palabras, si en un momento histórico se acudió a la contratación por seguridades calificadas y luego se pretende ampliar, el nuevo objeto también ha de obedecer a seguridades calificadas y, entonces no habría problema en hacer el cambio contractual.

En el caso concreto si la contratación necesaria para la atención de la nueva demanda interpuesta por Nicaragua, por si sola cumple con los requisitos de seguridades calificadas no habría problema si se hace una contratación independiente o se incorpora a una contratación previa amparada a

seguridades calificadas por medio de una adenda, en el tanto no se desnaturalice el objeto contractual.

Sobre el pago de viáticos, facilitar comodidades y el plazo máximo.

Sin entrar a detallar los pormenores del caso concreto, es importante desatacar que es posible variar los precios o formas de pago, en razón de las circunstancias que la Administración logre acreditar y que se ajusten al supracitado artículo 200 del RLCA.

En ese sentido cabe destacar que los contratos administrativos, como regla de principio, han de contemplar los costos totales en los que legítimamente va a incurrir un contratista, salvedad hecha de aquellos que obedecen a errores en la formulación de su oferta, o propios de la modalidad contractual seleccionada (como contratos a suma fija, llave en mano, contratos con distribución de riesgos entre otros). De tal manera que en los contratos que usted menciona sería posible variar una fórmula de pago por medio del Reglamento de Gastos de Viaje y de Transporte para Funcionarios Públicos hacia una de reconocimiento de un rubro de costos, siempre y cuando no se haga con la mera intención de pagar precios abusivos, evadir controles o simplemente otorgar beneficios injustificados al contratista, todo lo cual queda a entera responsabilidad del Ministerio. En ese sentido, es decisión de la Administración cuál es el mecanismo que utilizaría para el pago de un costo en el que debe incurrir un contratista. Conviene destacar lo que al respecto se indicó en el oficio 13084-2009 (**DFOE-SAF-0441**)

Atinente a la aplicación del artículo 4.f reglamentario (de no estar expresamente indicado en el contrato respectivo, que el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, asumirá los viáticos en el exterior), para futuras situaciones, dicho Ministerio y los contratistas pueden proceder a incorporar o modificar la cláusula respectiva, a fin establecer como parte del costo para la Administración, el reconocimiento de este tipo de gastos en el exterior, con base en las disposiciones del Reglamento que regula la materia.” Se desprende de esta nota, que con la incorporación a los contratos de una cláusula que prevea la regulación del pago de los viáticos en el exterior, se concede a los consultores -para los efectos de la aplicación del Reglamento de comentario-, el status de *sujetos beneficiarios* conforme al artículo 3 de ese cuerpo normativo, aspecto que lleva consigo la aplicación y sujeción a esa normativa reglamentaria.

Caber indicar, en tal sentido, que la Administración no requiere una autorización previa de esta Contraloría General para incluir dicha cláusula en el contrato respectivo, sino que dicha posibilidad está regulada por el Reglamento, en el tanto regula que es sujeto beneficiario o se pueden cubrir los gastos de transporte y viáticos al contratista para el que, en razón de la naturaleza del contrato, se justifique incorporar, como parte del costo para la Administración, el reconocimiento de este tipo de gastos. Dicha decisión es competencia exclusiva de la Administración a partir de la valoración del objeto contractual, de las distintas circunstancias atinentes a la contratación, y de la oferta presentada por el contratista, entre otros factores.

De tal forma que ha de justificarse las razones de protección al interés público y de carácter objetivo que lleva a la Administración a incorporar los distintos mecanismos que le otorga el ordenamiento jurídico (sea la incorporación del fijado por el Reglamento de Gastos de Viaje y de Transporte para Funcionarios Públicos o bien cualquier otro que objetivamente permita un reconocimiento justo de ese costo)

Por otra parte, se indica que a pesar de no estar indicado en el contrato se ha facilitado un espacio dentro del Ministerio, así como una serie de facilidades adicionales. En ese sentido ha de valorar el Ministerio la procedencia de dichos beneficios, partiendo de varios aspectos importantes. Si ello está justificado por lo delicado de la información y la improcedencia de fijar lugares de trabajo distintos, en razón de la seguridad nacional y son costos que no se habían cargado a los oferentes, la Administración podría cubrirlos, en el tanto se den un uso propio para la contratación y se fijen los mecanismos de control adecuados.

Finalmente sobre la aplicación del plazo contractual, cabe señalar que la contratación debe ajustarse a las necesidades de la Administración, de tal suerte que el plazo a incorporar es el que permita la adecuada satisfacción de ese interés público. De manera tal que si, este tipo de procesos de carácter litigiosos tiene una proyección de duración de entre seis y diez años, pareciera que lo correspondiente es fijar la obligación de atender un resultado final lo que incluye la valoración de mecanismos de cumplimiento anticipado si las circunstancias así lo ameritan.

De esta manera dejamos planteadas las observaciones de carácter general.

Atentamente,

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

GBR/Rbr
NI 4332
Ci: Archivo Central
G: 201200040-10