**Al contestar refiérase
al oficio No. 17523**

30 de noviembre, 2015
DCA-3178

Señora
Gianella Baltodano Indujo
Subdirectora General de Aviación Civil
DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN CIVIL

Estimada señora:

Asunto: Se deniega solicitud de autorización presentada por la Dirección General de Aviación Civil, para modificar el precio de la contratación derivada de la Licitación Abreviada 2015LN-000001-99999, por la suma de $\text{¢}61.793.981,84$ (sesenta y un millones setecientos noventa y tres mil novecientos ochenta y un colones, con ochenta y cuatro céntimos), correspondiente al mejoramiento a la pista del Aeródromo de Drake.

Nos referimos a su oficio DGAC-OF-2015 recibido en fecha 23 de octubre del presente año en esta Contraloría General de la República, mediante el cual solicita la autorización descrita en el asunto.

Mediante oficios 16174-2015 (DCA-2385) del 05 de noviembre, esta Contraloría General solicitó información adicional a la Administración, solicitud que fue atendida, primeramente el día 11 de noviembre por medio del oficio DGAC-OF-2015 y posteriormente el día 16 de noviembre del 2015, por el oficio DGAC-UALG-OF-1761-2015.

I. Antecedentes y justificación de la solicitud.

Como fundamento de la solicitud, se destacan los siguientes aspectos:

1. Que la Licitación Abreviada 2015LA-000001-9999 denominada "Mejoramiento a la Pista de Aeródromo de Drake", fue adjudicada a la única oferta que se presentó en el concurso, que fuera presentada por la empresa Nova Inversiones S.A.
2. Que la empresa contratista el 18 de agosto de 2015, hizo de conocimiento de la Administración, que ocurrieron variaciones en las condiciones en las cuales se fundamentó su propuesta, debido a que en la zona de ejecución fueron cerrados los aprovisionamientos de agregados, obligando a su empresa a recurrir a fuentes de agregado que se encuentran a distancias no contempladas originalmente, y por ende aumentar los costos.
3. Que un día después de ser adjudicado el contratista, las fuentes previstas para dotar de materiales al proyecto fueron cerradas por el MINAE, lo cual revela a su criterio, el caso fortuito, ya que es una situación totalmente inesperada, puesto que el motivo no fue escasez de agregado, sino más bien situaciones climáticas que llevaron a dicho cierre.

4. Que el interés público que media en el desarrollo de estas obras, es la seguridad operacional que debe brindar el Aeródromo a sus usuarios, por medio de la reparación de la pista actual con el fin de evitar accidentes fatales, o cualquier incidente que se pueda generar debido al mal estado la pista.
5. Que por lo tanto, el contrato original debe ser aumentado en ¢66.096.800,00, aunque posteriormente ratifica que debe ser aumentado en ¢61.793.981,84.

II. Criterio de la División.

La modificación unilateral de las contrataciones, ha sido dispuesta a favor de la Administración, como un mecanismo propio de su potestad de imperio, para realizar en aquellos contratos pendientes de ejecución o durante ésta, ajustes en su contenido esencial con la finalidad de adecuarlo a las particularidades o necesidades que ese acuerdo de voluntades requiera, de frente al interés público a satisfacer. Modificaciones que pueden consistir en un aumento, disminución o simplemente una variación del objeto, o de otros elementos igual de importantes como precio y plazo.

Es por ello que el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 de su Reglamento, establecen los supuestos en los que la utilización de este instrumento puede resultar procedente, debiendo cumplirse para ello lo siguiente:

1. Que el aumento, disminución o modificación -tratándose del objeto- no le cambie su naturaleza ni le impida cumplir con el fin propuesto al momento de su contratación.
2. Si se trata de un aumento, debe tratarse de bienes de la misma naturaleza.
3. Que no se exceda el 50% de la contratación original, incluyendo reajustes o revisiones del precio.
4. Que el hecho que origina la modificación, se trate de una situación imprevisible al momento de realizar la contratación original.
5. Que dicha modificación constituya la mejor forma de satisfacer el interés público y,
6. Que la suma de la contratación original, incluyendo las revisiones de precio, más el incremento adicional (aumento) no superen el límite máximo permitido, para la utilización del procedimiento de contratación seguido originalmente.

En los supuestos comentados, es la misma Administración la que en uso de su facultad de modificación unilateral, puede llevar a cabo directamente y sin autorización previa de ninguna otra entidad, los ajustes respectivos en la contratación que se trate. Sin embargo, pueden darse situaciones, en las que uno o varios de los supuestos comentados no se encuentran presentes y aun así la modificación contractual resulta importante para los intereses de la Administración. Para estos casos, el mismo artículo 200 del Reglamento a la Ley de

Contratación Administrativa ha dispuesto la solución correspondiente, señalando en su penúltimo párrafo en lo que interesa, lo siguiente:

“(...) 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.(...)”

En ese sentido, se hace necesario verificar si la modificación pretendida, se encuentra fuera de alguna de las causales previstas en el párrafo del artículo 200 recién citado, que es en los casos en que se habilita la competencia de este órgano para otorgar una eventual autorización para la modificación.

En el caso particular, considera este Despacho que no se está en presencia de una modificación contractual, según los términos indicados en el artículo 200 RLCA, de acuerdo a las razones que de seguido se expondrán.

En primer lugar, estima esta Contraloría General que si bien existió una situación que era imprevisible para la contratista al momento de definir el precio de su oferta, lo cierto del caso es que no estamos en presencia de una variación al objeto del contrato que incida en su precio, sino más bien, a una situación que parece de principio encontrarse fuera del control del contratista, que genera una condición de aumento en sus costos originales de oferta. Situación sobre la cual considera este Despacho, no es el artículo 200 del RCA, la forma en que ello debe solventarse, sino que más bien, siendo que ello puede provocar un desequilibrio económico, la Administración debe valorar si ese desajuste es posible atenderlo por un mecanismo de revisión de precios, o más bien es un riesgo que debe asumir el contratista como parte de sus obligaciones contractuales.

Aunado a lo anterior, esta Contraloría General de la República, le consultó a la Administración, mediante el oficio 16174-2015 (DCA-2385) del 05 de noviembre, si había valorado la aplicabilidad del artículo 200 RLCA, para lo cual se le requirió que analizara cada uno de los supuestos del artículo citado, a efecto de valorar si los supuestos indicados en dicha norma, se presentaban en la presente solicitud. No obstante, y a pesar de la solicitud realizada por este Despacho, la Administración gestionante no aportó dicho análisis, con lo cual, no pudo tenerse el criterio de esta, respecto a si resultaba posible o no para el presente caso, y por qué motivos, la utilización de la figura de la modificación contractual.

Así las cosas, la Administración no llegó a demostrar la forma en que resultaba de aplicación el artículo en mención, y cuál de los supuestos se incumplía, para efectos de habilitar nuestra competencia.

Asimismo, este Despacho requirió información de la Administración, que tampoco fue aportada. Así, se tiene que este órgano contralor le requirió a la Dirección General de Aviación Civil, que aportara el acuerdo del Concejo Técnico de Aviación Civil, en donde se demostrara que este, como superior de la Dirección de mérito, tenía conocimiento de la autorización en

cuestión, y que hubiera autorizado la presentación de la misma. A dicha solicitud, la Administración contestó negativamente, indicando en el oficio DGAC-UALG-OF-1761-2015, que:

"(...) No existe acuerdo del CETAC, ya que el análisis de la ampliación del precio lo realizó la Unidad de Infraestructura Aeronáutica, entidad encargada de los aspectos técnicos de este proyecto, en el cual después de un análisis de cálculo y veracidad de los hechos (...) se determinó que efectivamente el tajo fue cerrado por el MINAE (...) Se considera que este punto debe ser ampliado por su parte ya que son aspectos de índole legal (...)"

De igual manera, esta Contraloría General observó en el expediente administrativo, aportado con la presente solicitud, que en el oficio DGAC-UALG-OF-1523-2015, visible a folio 315 de dicho expediente, se indicó lo siguiente:

"(...) En respuesta a su solicitud establecida en el oficio DGAC-PROV-OF-0737-2015 (...) mediante el cual solicita elaborar una solicitud de autorización a la Contraloría general de la República, para aumentar el monto adjudicado de esta licitación; de previo a efectuar el trámite que en Derecho corresponda, le solicito indicar lo siguiente: ¿Se considera conveniente continuar con este procedimiento licitatorio pese a las inconsistencias prácticas y técnicas existentes. Debe analizarse ante todo la conveniencia para el interés público, si es preferible declararlo infructuoso e iniciar un nuevo procedimiento licitatorio para evitar conflictos jurídicos al futuro (...)"

Así las cosas, y visto el contenido del oficio anteriormente citado, que expuso la existencia de inconsistencias prácticas y técnicas en la contratación de mérito, este órgano contralor procedió a consultar a la Administración, si realmente existían dichas inconsistencias, en qué consistían y en caso de ello, si habían sido debidamente analizadas y superadas. No obstante, la Administración omitió referirse a este punto, con lo cual, desconoce este Despacho si realmente existen las inconsistencias mencionadas por la Asesoría Legal, así como su magnitud, y las posibles implicaciones para la contratación, siendo todos estos aspectos relevantes para los efectos de la presente gestión.

Por todo lo anteriormente dicho, considera esta Contraloría General de la República, que la solicitud interpuesta debe denegarse, en primer lugar, debido a que la Administración no ha demostrado la forma en que para este caso resulta de aplicación el artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y en segundo término, porque no fue atendida una serie de información adicional requerida para efectos de un mayor conocimiento de la gestión.

Atentamente,

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Marco Antonio Loáiciga Vargas
Fiscalizador