

Al contestar refiérase
al oficio N° **14439**

21 de noviembre, 2017
DCA-3076

Licenciada
Lilliam Jarquín Morales
Presidenta, Junta Administrativa
DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA
Fax: No. 2231-4622

Estimada señora:

Asunto: Se emite criterio relacionado con la consulta sobre las modificaciones contractuales que surjan con posterioridad a un trámite de refrendo y si las mismas requieren refrendo contralor o refrendo interno.

Se da respuesta al oficio No. JADGME-725-10-2017 de fecha 11 de octubre del presente año, por medio del cual se formula consulta descrita en el asunto. Se adjunta criterio legal emitido mediante oficio No. AJ-1408-09-2017-agc de fecha 27 de setiembre del presente año.

I. Motivo de la consulta.

Manifiesta el consultante que de conformidad con la Ley General de Migración y Extranjería, la Junta Administrativa de la Dirección General de Migración tiene una serie de competencias relacionadas con la contratación de los bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de los fines correspondientes entre las cuales se incluye el suscribir contratos y ejecutar las gestiones pertinentes.

Señala que a raíz de la nueva regulación en materia de refrendos de los contratos administrativos, les surgen unas dudas relacionadas con las figuras de la modificación contractual y contrato adicional posterior a la reforma, respecto de contratos refrendados conforme a supuestos no incorporados en la versión actual del artículo 17 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

Específicamente consultan:

¿Las modificaciones o contratos adicionales a contratos que originalmente obtuvieron refrendo contralor, en supuestos que no están regulados en el artículo 17 de la resolución R-CO-44-2007 y sus reformas, requerirán nuevamente refrendo contralor o se deberán refrendar internamente?

¿Cuáles modificaciones contractuales que surjan con posterioridad a un trámite de Refrendo Contralor requieren de Refrendo Interno? ¿Las que versen solamente acerca de elementos esenciales o cualquier tipo de modificación?

¿Requiere de refrendo interno aquellas modificaciones o contratos adicionales, que se realicen con fundamento es los numerales 12, 12 bus de la Ley de Contratación Administrativa y 208, 209 de su Reglamento, que surjan con posterioridad a un trámite “Aprobación o Refrendo Interno”, toda vez, que no se encuentran contemplados en los numerales 4 y 17 de la resolución R-CO-44-2007?

Por último, consulta si la Contraloría General tiene planificado hacer uso de las figuras indicadas (modificación contractual y contrato adicional), con el fin de garantizar la continuidad de algunos servicios contratados. Para esto, acompaña su consulta con el criterio de la Asesoría Legal de la Institución.

II. Criterio de la División.

1. Sobre los alcances de nuestro pronunciamiento.

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se regula en el artículo 29 de su Ley Orgánica, No. 7428 del 4 de setiembre de 1994 y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, Resolución No. R-DC-197-2011.

Este órgano contralor, de conformidad con los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la Administración Pública respectiva o en su caso por la Auditoría Interna en el ejercicio de sus competencias, de tal manera que lo que se emiten son criterios generales sobre los asuntos consultados, debiendo analizar lo indicado para que adopte las decisiones que correspondan.

Lo anterior se funda en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

2. Sobre el fondo de lo consultado

2.a.- Sobre el primer aspecto consultado, relativo a si las modificaciones o contratos adicionales a contratos que obtuvieron refrendo contralor en supuestos que no están regulados en el artículo 17 de la resolución No. R-CO-44-2007 y sus reformas, requerirán refrendo contralor o refrendo interno, es importante aclarar que mediante resolución No. R-DC-114-2016, publicada en el Alcance No. 1 de La Gaceta No. 3 del 4 de enero de 2017, este órgano contralor reformó el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

Particularmente en el artículo 1, se indicó:

*“Modifíquense los artículos 3, 4, 8, 12, 14 y 17, del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, publicado en el diario oficial La Gaceta N° 202 del 22 de octubre del 2007, para que se lea de la siguiente manera: / [...] Artículo 4.- Modificaciones contractuales. **Las modificaciones contractuales que surjan con posterioridad a un trámite de refrendo, quedarán sujetas únicamente al refrendo interno.** En ese proceso la Administración deberá verificar que las modificaciones se ajusten al ordenamiento jurídico.”* (Destacado es propio)

Así, en razón de la anterior reforma cualquier modificación contractual que surja con posterioridad a un trámite de refrendo, quedaría sujeta a refrendo interno y, por ende le correspondería a la Administración verificar que las modificaciones que se dieran se ajusten al ordenamiento jurídico.

En ese mismo sentido, es preciso señalar que la Administración, en el ejercicio de sus potestades de imperio, tiene la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato, lo anterior para asegurar la satisfacción del fin público que pretende alcanzar con la contratación desarrollada. Al respecto, se ha de considerar que los numerales 12, párrafo primero de la Ley de Contratación Administrativa y 208 del Reglamento señalan:

*“Artículo 12.- **Derecho de modificación unilateral.** Durante la ejecución del contrato, la Administración podrá modificar, disminuir o aumentar, hasta en un cincuenta por ciento (50%), el objeto de la contratación, cuando concurren circunstancias imprevisibles en el momento de iniciarse los procedimientos y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido, siempre que la suma de la contratación original y el incremento adicional no excedan del límite previsto, en el artículo 27 de esta Ley, para el procedimiento de contratación que se trate (...).”*

*“Artículo 208.—**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 (...).”

De la normativa transcrita se desprende: primero, que la Administración puede unilateralmente modificar el objeto contractual y también, que cualquier adicional o adenda a un contrato en ejecución (modificación practicada con vista en la potestad derivada del artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa) no requiere del trámite de refrendo contralor, sino únicamente del refrendo interno, de conformidad con lo señalado en la última reforma al Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

Sin embargo, como se observa en el citado artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), esa facultad para modificar unilateralmente el contrato que tiene la Administración tiene algunos límites establecidos, como por ejemplo, que esa modificación no cambie la naturaleza del contrato. En igual sentido, pueden presentarse situaciones en las que uno o varios de los supuestos enumerados en la indicada norma no se den y sea necesario que la Administración realice la modificación -precisamente para lograr la consecución de fin público definido-; para tales supuestos el mismo artículo 208 del RLCA señala:

“(...) 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 (...).”

Partiendo de lo anterior, en caso que la modificación no se ajuste a los supuestos comentados en los incisos que van del a) al f) del referido artículo 208 (se cambie la naturaleza del contrato, no se trate de bienes o servicios similares, exceda el 50% del monto del contrato original, no se trata de causas imprevisibles, entre otros), se habilita la competencia de este órgano contralor para otorgar la autorización. No obstante, en caso contrario (que las modificaciones sí se ajusten a la norma) será responsabilidad absoluta de la Administración realizar la verificación de la legalidad correspondiente en el trámite seguido para esa

modificación. Además, las decisiones que ésta tome deberán adaptarse al principio de legalidad regulado en los numerales 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que la competencia dada a esta Contraloría General de la República deriva directamente del artículo 184 constitucional y el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Sobre este tema en particular, esta Contraloría General mediante oficio No. 12457 (DCA-2551) del 20 de octubre de 2017, en lo que nos interesa señaló:

“En particular, el artículo 20 de la Ley Orgánica de este órgano contralor señala que: “(...) la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito (...)”. De tal forma que en esa norma nuevamente el legislador se refiere de forma genérica a la aprobación de contratos, sin referir a las modificaciones a estos, disponiendo además nuevamente que a nivel reglamentario la Contraloría definirá las categorías de contratos que, por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación, para lo cual podrá señalar cuáles de estas categorías excluidas del refrendo requieren ser aprobadas por un órgano del sujeto pasivo.

El propio artículo 20 en su párrafo final señala que: “En todos los casos en que un acto o contrato exija legalmente la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de la aprobación, impedirán la eficacia jurídica del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de sanción de nulidad absoluta. Cuando la ejecución se dé, mediante actividades o actuaciones, estas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute.

De una lectura de las normas mencionadas, se extrae que aquellos contratos para los que sea el propio legislador el que establezca expresamente la necesidad de contar con la aprobación de la Contraloría General, presentan una connotación particular, en el tanto el órgano contralor en la reglamentación de su competencia, no podría limitar o modificar la voluntad del legislador que lo llevó a considerar como necesaria la participación de la Contraloría a través del refrendo. Esto nos lleva a señalar que efectivamente, los contratos para los que se impone como requisito previo de eficacia el refrendo a nivel legal de forma expresa y específica, presentan un fuero particular que los distingue del común de los contratos, para los cuales el refrendo viene dado en virtud de la definición de las categorías de contratos que requieren refrendo, por así determinarlo la Contraloría General en el respectivo Reglamento sobre Refrendo.

De ahí, que este órgano contralor entienda que la voluntad del legislador al disponer la necesidad de que un determinado contrato deba ser aprobado por parte de la Contraloría General, no va dirigida a establecer un mero trámite de carácter formal que añada un escalón más que deba cumplirse como parte de la tramitología que le corresponde atravesar al contrato. Por el contrario, se entiende que el interés de los diputados radica en que el órgano contralor, realice un análisis efectivo de la legalidad de las cláusulas contractuales. De tal forma que para cumplir con el espíritu legislativo, cuando se efectúe una modificación al

clausulado del contrato aprobado por parte de esta Contraloría General, necesariamente el documento contractual en el que se formalice la modificación, deberá ser sometido a refrendo.

Por consiguiente, este órgano contralor entiende que en este caso particular al disponer el legislador que el contrato debía ser sometido a refrendo, para ir en la misma línea que el espíritu legislativo, se debe interpretar la palabra "contrato" en sentido amplio, por lo que incluye cualquier documento contractual en el que se formalicen las obligaciones pactadas por las partes. De manera tal que más allá del refrendo al contrato original, se requeriría el refrendo de las modificaciones contractuales posteriores, en las que se modifiquen las condiciones pactadas originalmente". (En igual sentido véase oficio No. 11936 (DCA-2420) del 11 de octubre de 2017)

Así las cosas, se tiene que pueden presentarse contratos en los que el propio legislador haya establecido expresamente la necesidad de contar con la aprobación de la Contraloría General (es decir, un fuero particular que los distingue del común de los contratos), lo cual sería un caso particular, en el tanto el órgano contralor en la reglamentación de su competencia, no podría limitar o modificar la voluntad del legislador que lo llevó a considerar como necesaria la participación de la Contraloría a través del refrendo y, en esos casos se habilitaría la competencia para que proceda un refrendo contralor.

No obstante, los casos a los que se refiere en párrafo anterior serían casos aislados y no sería la regla, ya que cualquier modificación contractual que surja con posterioridad a un trámite de refrendo, quedaría sujeta a refrendo interno siempre que esa modificación se ajuste a la normativa correspondiente. De ahí que todo acto que se adopte debe encontrarse apegado al ordenamiento jurídico y debidamente motivado, por lo que se responde el primer aspecto consultado.

2.b.- Ahora bien, en cuanto al segundo aspecto que consulta, sobre ¿cuáles modificaciones contractuales requieren refrendo interno?, es claro que la Administración al identificar unilateralmente la modificación que requiere efectuar (de conformidad con su potestad de imperio), debe en primer lugar determinar que se trate de una modificación fundamental para lograr la satisfacción del interés público. Así, determinado lo anterior, lo que procede es la confección y firma de la respectiva adenda, la cual, si cumple con las reglas indicadas en los incisos del a) al f) del artículo 208 del RLCA, quedaría sujeta a refrendo interno.

Al respecto, resulta pertinente aclarar que la Administración no puede alterar lo esencial del contrato, es decir, resulta absolutamente improcedente una alteración de la propia sustancia del objeto del contrato, esto es, no cabría una modificación en plena etapa de ejecución contractual, por ejemplo, transformar un contrato de servicios de limpieza en un contrato de obra pública. Sino que requerirá refrendo contralor cualquier modificación a los elementos

fundamentales del contrato administrativo, en el entendido que esa variación debe ser sobre un elemento esencial.

En relación con los elementos esenciales de una contratación, este órgano contralor ha dicho:

“2) Constituyen elementos esenciales de toda contratación a) las partes (en el tanto se trate de obligaciones personales), b) precio, c) objeto, d) plazo y e) distribución de riesgos del negocio jurídico. Sin embargo, para el caso de las partes, debe aclararse que este órgano contralor ha dicho que en la sustitución de propietario en arrendamiento, no se está en presencia de un cambio sustancial del contrato de conformidad con el artículo 75 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos (Oficio 10 (DCA-003) del 8 de enero de 2007).

Asimismo en casos de venta de establecimiento mercantil, sucesiones, extinción del usufructo no se estaría en presencia de una cesión, por lo que tampoco las partes constituirían un cambio a un elemento esencial (Oficio 345 (DCA-153) del 18 de enero de 2007)

3) La forma de pago en sí misma no es un elemento esencial de una relación contractual (...). Ahora bien, a pesar de lo indicado en el párrafo precedente, debe tenerse en consideración que pueden existir contrataciones cuya variación en la forma de pago dispuesta originalmente, incida de una u otra forma en los elementos esenciales del contrato tales como precio, plazo, objeto, distribución de riesgos o partes.” (Oficio No. 7074 (DCA-2201) del 3 de julio de 2007)

Así las cosas, para que las modificaciones pretendidas requieran refrendo interno deberán corresponder a variaciones a elementos esenciales del contrato mismo y, en caso de requerirlo, se deberá observar y tomarse en cuenta lo señalado en los artículos 17 y 18 del mismo Reglamento sobre Refrendo en cuanto a la figura del refrendo interno.

2.c.- Finalmente, en cuanto al último aspecto consultado, relativo a si requieren refrendo interno aquellas modificaciones o contratos adicionales que se realicen con fundamento en los numerales 12 y 12 bis de la Ley de Contratación Administrativa y 208 y 209 de su Reglamento que surjan con posterioridad a un trámite de aprobación o refrendo interno, se tiene que la facultad de modificación prevista en los supracitados artículos, es una posibilidad prevista para la variación de los elementos esenciales del contrato antes descritos. Es por ello que de la lectura de las normas, puede observarse la referencia expresa a elementos tales como el objeto, precio y plazo, dejando la posibilidad para la Administración de llevar a cabo las modificaciones o ajustes a estos factores, cuando se cumplan los supuestos establecidos en dichas normas.

De tal forma que el último tema consultado va en la misma línea del segundo aspecto que consulta, en el sentido que requieren refrendo interno o contralor los documentos en los que consten modificaciones a los elementos esenciales de los contratos refrendados. Desde esta perspectiva, es indudable que esos elementos esenciales están claramente definidos (plazo contractual, precio y el objeto sin perjuicio de otros que se puedan señalar en virtud de

las características de un determinado esquema contractual). En consecuencia, tendría que concluirse como principio que según la regla reglamentaria vigente, las modificaciones a elementos esenciales de un contrato previamente refrendado, requerirán también la aprobación de la Contraloría General.

Con base en lo que viene dicho, se tiene que hay casos en los que se habilita la competencia de esta División para conceder autorización para efectuar modificaciones a los contratos, lo cual no será una regla sino casos aislados que tengan esa connotación y, para las demás modificaciones contractuales que surjan con posterioridad a un trámite de refrendo (es decir, las que no cuentan con un fuero particular que los distingue del común de los contratos), quedarían sujetas únicamente a refrendo interno. Consecuentemente, le correspondería a la Administración verificar que las modificaciones que se dieran se ajusten al ordenamiento jurídico.

De esa forma se da por atendida su gestión.

Atentamente,

Natalia López Quirós
Fiscalizadora Asociada

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

NLQ/AUR/apus
Ci Archivo Central
NI: 25892
G: 2017003371-1