

Al contestar refiérase
al oficio N° **16421**

21 de diciembre, 2017
DCA-3580

Licenciado
Guillermo Calderón Torres
Auditor
INSTITUTO NACIONAL DE FOMENTO COOPERATIVO (INFOCOOP)

Estimado señor:

Asunto: Se emite criterio sobre la aplicación del artículo 139 inciso k) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Se da respuesta al oficio No. AI 264-2017 de fecha 26 de octubre del presente año, por medio del cual se formula la consulta descrita en el asunto.

I. Motivo de la consulta.

De acuerdo con los términos del oficio, la consulta se dirige a establecer si es posible aplicar el artículo 139 inciso k) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, relacionado con la posibilidad de acudir a un proceso de contratación directa cuando se deban enfrentar situaciones totalmente imprevisibles que afecten o amenacen gravemente la continuidad de los servicios públicos esenciales, a los casos en que por situaciones imprevisibles desarrolle el Instituto.

Con respecto a lo planteado, esa auditoría interna cita el artículo 9 del Reglamento para el Ejercicio de Notariado del INFOCOOP y el artículo 157 de la Ley de Asociaciones Cooperativas y, considera que de acuerdo a esa normativa el conceder créditos no corresponde a una situación imprevisible que afecte o amenace la continuidad de los servicios públicos esenciales.

Por último, consulta: ¿cuál sería la norma a aplicar si el artículo 139 inciso k) ibídem, no resulta aplicable?

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

De conformidad con el artículo 182 de nuestra Constitución Política, la licitación es el medio idóneo a través del cual las Instituciones Públicas, se encuentran facultadas para realizar la adquisición de los bienes y servicios que requieran para cumplir su cometido. En razón de ello, al momento de efectuar un procedimiento de contratación administrativa, la Administración, en tesis de principio, se encuentra en la obligación de observar los procedimientos ordinarios de contratación que nuestro ordenamiento jurídico contempla. Sin embargo, en algunas situaciones muy particulares, el ordenamiento jurídico permite separarse de los procedimientos ordinarios si tal medio es el más apto para atender una necesidad determinada.

Es así como el artículo 139 inciso k) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, estipula una excepción a los procedimientos ordinarios de contratación administrativa, toda vez que hace referencia a una situación imprevisible que afecte o amenace gravemente la continuidad de los servicios públicos esenciales. Al respecto, la norma establece:

*“Artículo 139.- **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: (...) k) **Situaciones imprevisibles:** Las contrataciones necesarias para enfrentar situaciones totalmente imprevisibles que afecten o amenacen gravemente la continuidad de los servicios públicos esenciales. En estos casos la Administración podrá efectuar de inmediato las contrataciones que resulten necesarias y dejará constancia expresa de todas las circunstancias en el expediente que levantará al efecto. Dentro de este supuesto no se encuentra incluida la atención de situaciones originadas en una deficiente gestión administrativa, tales como*

desabastecimiento de bienes o servicios producto de una falta o mala planificación u originadas en una ausencia de control de vencimientos de contratos suscritos a plazo.”

Apartir de lo anterior, tenemos que la Administración podrá contratar directamente, sin necesidad de contar con la autorización de la Contraloría General, cuando se enfrenten situaciones imprevisibles que afecten la continuidad de la prestación de los servicios públicos esenciales y; bastará con que en el expediente respectivo se deje constancia de la imposibilidad de prever una solución distinta, todo bajo la responsabilidad exclusiva de la Administración. En estos casos, la participación de este órgano contralor está en el ámbito de la fiscalización posterior facultativa.

Ahora bien, es importante delimitar que se entiende por servicios públicos esenciales. Al respecto, este órgano contralor precisó el concepto mediante oficio No. 02660 (DCA-949) del 16 de marzo del 2006, en el que se explicó que:

“Ya nuestra jurisprudencia había aclarado que esta causal no puede aplicarse siquiera a todo tipo de servicio público, porque la norma considera que la excepción es válida solo para el caso de los servicios públicos calificados de esenciales, tales como el servicio a la salud. / En cuanto a la concepción del servicio público, lo primero que tenemos que tener presente es que no todas las instituciones públicas son prestatarias de servicios públicos. Si bien ejercen funciones públicas y para ello realizan sus distintas gestiones de acuerdo con sus fines propios, no toda actividad pública es sinónimo de servicio público. / De acuerdo con la doctrina, la actividad administrativa que constituye servicio público tiene como finalidad la satisfacción de necesidades individuales de importancia colectiva. A su vez, se definen las necesidades colectivas como la suma de necesidades individuales concordantes que se satisfacen mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas. / Se dice que en los servicios públicos, la prestación que se ofrece al usuario es de carácter material y está constituida por la realización de un servicio o el uso de un medio técnico; debe tratarse de prestaciones en especie —de actividades o bienes— y no en dinero; deben ser prestaciones periódicas y sistemáticas, es decir con carácter de continuidad en el tiempo y es preciso que la prestación constituya el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el usuario. / Esto último, es destacado por la doctrina, en el sentido de que la noción de servicio público se restringe a aquellas actividades encaminadas a procurar utilidades específicas a determinados habitantes (los usuarios), ya que “solo en estos casos se configura la actividad como una prestación en sentido técnico, o sea, una actividad que un sujeto debe efectuar en beneficio de otro, a quien se proporciona una utilidad concreta, y en virtud de una relación jurídica de naturaleza obligatoria intercurrente entre ambos”.

En igual sentido el oficio No. 06093 (DCA-1965) del 11 de junio de 2007, en lo que nos interesa señaló:

“Sobre este punto, señala la doctrina que las necesidades colectivas se satisfacen mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas; aspectos que de seguido se exponen y pueden servir como guía a la hora de identificar si se trata de un servicio público esencial o no: / - La prestación que se ofrece es de carácter material y está constituida por la realización de un servicio o el uso de un medio técnico (suministro de energía eléctrica, agua, telefonía, etc). / - Debe tratarse de prestaciones en especie y no en dinero (Por ejemplo, la prestación del servicio público salud a cargo de la Caja Costarricense del Seguro Social no se ofrece mediante remuneraciones de dinero a los asegurados, sino mediante servicios de atención médica a cargo de personal especializado). / - Las prestaciones deben ser periódicas y sistemáticas, lo que implica cierto carácter de continuidad en el tiempo y de sistematización. / Aunado a lo anterior, conviene considerar: / - No todas las instituciones que conforman la administración pública prestan servicios públicos esenciales; y / - La norma exige que se esté ante una afectación o amenaza al servicio. En este sentido, nótese que a diferencia del supuesto anterior (contrataciones directas por urgencia), la norma no se presta para enfrentar situaciones originadas por una incorrecta planificación.”

Para lograr una mejor precisión del concepto de servicios públicos esenciales y los elementos que lo componen nos ayuda el criterio del tratadista argentino Agustín Gordillo, quien en su obra ‘Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas’ Tomo 9, Primeros Manuales, manifiesta:

“Elementos de la noción tradicional de servicio público / Los tres elementos esenciales de la noción tradicional de servicio público son, según se aprecia, tres: / 1º) El fin que el servicio cumple, / 2º) la persona que lo atiende, / 3º) el régimen que lo regula. / El juego de estos tres elementos lo explican autores como, García Oviedo de la siguiente manera: / 1º) No hay servicio público que no tenga por fin la satisfacción de una necesidad colectiva; pero este criterio, aislado, sería insuficiente, por cuanto “múltiples son, en cualquier sociedad bien constituida, las necesidades públicas que se satisfacen mediante el procedimiento del servicio privado.” Pueden citarse las panaderías, comercios de expendio de carne, leche, verduras, etc. / 2º) También sería insuficiente decir que servicio público es el prestado por la administración, pues esta puede conceder el servicio; y además porque no todas las actividades de la administración son servicios públicos: “Cuando el Estado explota un monte patrimonial o un teatro, o toma a su cargo y dirección una empresa industrial (la fábrica de porcelana de Sévres del Estado francés), evidentemente no realiza servicio público.” / 3º) No es esencial que el servicio sea ofrecido al uso del público, pues en el caso de las fuerzas armadas, de las fortificaciones, etc., hay un servicio que no es utilizado directamente por los particulares; lo esencial sería sólo la satisfacción de la necesidad pública. / 4º) El régimen jurídico especial, de derecho público, que tiende a asegurar la

continuidad; uniformidad, regularidad y generalidad del servicio, completa con los dos primeros datos la noción tradicional ofrecida.” (Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo 9, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, p. 245 y 246).

Como se puede apreciar, la excepción para contratar de forma directa bienes o servicios por situaciones imprevisibles exige que se esté ante una afectación o amenaza de un servicio público calificado como esencial y; para identificar tal situación (si se trata de un servicio público esencial o no) se debe valorar si el mismo tiene como finalidad la satisfacción de necesidades individuales de importancia colectiva (por ejemplo servicio de salud, electricidad, agua, etc).

Por último, sobre cuál sería la norma a aplicar si el artículo 139 inciso k) del RLCA, no resulta aplicable esa Administración puede acudir a los supuestos desarrollados en el artículo 2 y el artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa y el capítulo IX del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

III. Conclusión.

En consecuencia, con fundamento en lo dicho, se concluye que la excepción regulada en el artículo 139 inciso k) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa es aplicable en circunstancias en las cuales la situación que origina la afectación o amenaza del servicio público esencial se produce intempestivamente, es decir, sin que la Administración tuviese conocimiento previo de ello, razón por la cual, cuando se conoce la necesidad con suficiente antelación su atención se debe planificar anticipadamente y no es posible invocar la aplicación de esta figura jurídica.

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:27487
G: 2017003499-1