

Al contestar refiérase
al oficio No. **05118**

12 de abril, 2021
DCA-1417

Señor
Reynaldo Vargas Soto
Auditor Interno
CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD

Estimado señor:

Asunto: Se atiende solicitud de criterio sobre la aspectos relaciones con la ejecución de contratos bajo la modalidad de entrega según demanda.

Nos referimos a su oficio Nro. AUOF-01-2021-0058 (232) del 24 de febrero del año en curso, mediante el cual realiza varias consultas sobre las condiciones de la ejecución de contratos bajo la modalidad entrega según demanda, a partir de lo indicado en el inciso b) del artículo 154 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA). En concreto, formula las siguientes preguntas:

- *Si en una Institución existe una contratación realizada en la modalidad establecida en el artículo 154 de cita, pero esta no cubre o satisface las necesidades de la esta o de un área, bajo el supuesto de esta situación, puede la Institución o el Área afecta proceder a realizar otra contratación para solventar la necesidad, sin estar incurriendo en una fragmentación según lo estipulado en el artículo 13.-Fragmentación, del Reglamento citado. Ejemplo: si una Institución tiene una contratación entrega según demanda por alquiler de equipo de cómputo en dos líneas de escritorio y portátiles, un área por nuevas necesidades desea cambiar equipo de escritorio por equipo portátil o viceversa, pero el proveedor indica que no es posible porque afecta sus costos. Puede el Área afectada realizar una contratación similar para satisfacer sus nuevas necesidades*
- *Si en una Institución por el entorno cambiante se requiere distribuir o variar las líneas de bien o servicio, que están dentro de la contratación entrega según demanda, el proveedor puede negarse o establecer alguna condición. Ejemplo: siguiendo con la ilustración de entrega según demanda por alquiler de equipo de cómputo en dos líneas de escritorio y portátiles, de requerir una Institución cambiar hacia cualquiera de esas dos líneas y devolver las que está cambiando*

por no requerirlas y solicitar las requeridas; pero el proveedor indica que no tiene equipos para suplir el cambio conforme al surgimiento de la necesidad o condiciona a que se le debe asegurar un año más de contrato fuera de los cuatro posibles

I.- Consideraciones preliminares

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.

II.- Criterio de la División

Conforme a lo dispuesto en punto anterior, se procederá a responder de manera general las preguntas formuladas en el oficio que se atiende,

III. Conclusión.

La modalidad de contratación con ejecución de entrega según demanda ha sido conceptualizada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia como un negocio jurídico previsto para: *“...que la Administración contrate con sus proveedores la entrega de bienes o de servicios en precios unitarios, de una manera eficiente y ágil, pues la entidad no se encontrará sujeta a contratar una determinada cantidad de bienes o servicios, la cual al final puede resultar insuficiente, o incluso, excesiva, sino que está facultada para solicitar el insumo o el servicio cada vez que lo requiera o las veces que lo necesite.”* (Sala Primera, Resolución 001836-F-S1-19 de las quince horas veinte minutos del seis de agosto de dos mil diecinueve).

Este modelo de contrato se sustenta en el artículo 162 inciso b) del RLCA (anterior artículo 154) el cual regula diferentes modalidades de ejecución de los contratos. Este artículo indica:

Artículo 162.-Modalidades del contrato de suministros. La contratación del suministro de bienes muebles podrá realizarse bajo alguna de las siguientes modalidades:

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 tractos 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.

Las cotizaciones se harán sobre la base de precios unitarios formulados con fundamento en una proyección de los consumos parciales y totales aproximados. El cartel deberá definir con toda claridad, entre otros: el plazo de la contratación, el cual no podrá ser superior a cuatro años, incluyendo plazo inicial y eventuales prórrogas, las reglas sobre la eventual exclusividad, la metodología de ejecución del contrato, incluyendo los plazos mínimos de aviso al contratista para la siguiente entrega y los máximos en los que éste debe entregar, sistemas del control de calidad, causas de resolución contractual, reglas para excluir un producto y demás asuntos pertinentes. La Administración podrá incluir en su cartel mecanismos que le permitan variar los precios originalmente contratados, cuando éstos no reflejen las variaciones sustanciales y sostenidas del mercado, que se hayan producido con posterioridad. Para ello deberá establecer reglas claras que garanticen una adecuada y equilibrada aplicación de esta facultad.

En este tipo de contrataciones será posible la inclusión de nuevos suministros no contratados originalmente, en tanto obedezca a una necesidad surgida con posterioridad al inicio del concurso que originó el

contrato, que se trate de bienes de similar naturaleza, que el aumento no implique más de un 50% de la cantidad de bienes originalmente contratados, estimación inicial y que además, se acredite la razonabilidad del precio cobrado.

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.

Como se aprecia de lo regulado en ese numeral, en esta modalidad de contratación, no se pacta una cantidad específica y previamente definida de servicios a prestar, sino, que el contratista adquiere el compromiso de suplir las necesidades de la Administración según los requerimientos que se presenten por un periodo de tiempo y en las condiciones determinadas por el cartel respectivo, motivo por el cual las ofertas se hacen sobre la base de precios unitarios.

Durante la ejecución de esta modalidad de contratos es posible aplicar lo previsto en el principio de mutabilidad contractual. De manera que las reglas de modificación de los contratos se pueden aplicar para estos casos. Por lo que se deberá atender lo señalado en el artículo 208 del RLCA que indica:

“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.

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.

La Administración deberá revisar el monto de las garantías rendidas a efecto de disponer cualquier ajuste que resulte pertinente.”

Ahora bien, no se debe confundir la modalidad de ejecución con una modificación del contrato. Al no existir una cantidad específica del bien o servicio a contratar la Administración deberá proceder a señalar a la empresa contratada los requerimientos del objeto adjudicado. Esas condiciones no implican modificaciones. No obstante, si la administración identifica la posibilidad de ajustar el contrato en objeto, monto, plazo u otro elemento esencial, se darían las

condiciones para aplicar el numeral 208 del RLCA antes transcrito.

Por otra parte, en el tanto el contrato se encuentre vigente, la Administración deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Contratación Administrativa: *“Obligación de cumplimiento. La Administración está obligada a cumplir con todos los compromisos, adquiridos válidamente, en la contratación administrativa y a prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado.”* De manera que la posibilidad de modificar las contrataciones que tiene la Administración no puede emplearse para evadir esta obligación.

De esta forma se da por atendida su gestión.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División



AUR/apus
NI: 5792-6114
G: 2021001332-1
Expediente CGR-CO-2021001978