

Al contestar refiérase al
oficio N° **00657**

21 de enero de 2025
DCP-0020

Señor
Nogui Acosta Jaen
Ministro
MINISTERIO DE HACIENDA
Correo: despachomh@hacienda.go.cr

Estimado señor:

Asunto: Consulta sobre la aplicación de la figura del contrato adicional.

Damos respuesta a su oficio MH-DM-OF-1010-2024 de 30 de julio de 2024, mediante el cual realiza la siguiente consulta:

¿Persiste dentro del ordenamiento jurídico la posibilidad contemplada en el artículo 62 del “Reglamento para compra de medicamentos, materias primas, envases y reactivos” que señala lo siguiente “Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros de la misma naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista hasta un máximo del 50% de la compra”?

Adjunta a la consulta el oficio número MH-DJ-OF-1014-2024 de fecha 30 de julio de 2024, que corresponde al criterio de la Dirección Jurídica de ese Ministerio, así como el oficio MH-DCoP-OF-0819-2023 de fecha 16 de octubre de 2023, de la Dirección de Contratación Pública.

Criterio de la División

I.- Sobre la admisibilidad de la consulta.

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General se encuentra regulado en el artículo 29 de su Ley Orgánica y en el “Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República”, los cuales establecen las condiciones que rige el trámite y la atención de dichas consultas.

Como es de su conocimiento, con la entrada en vigencia de la Ley General de Contratación Pública, se materializa un cambio esencial en la gobernanza de las compras públicas del país, al crear un órgano rector a nivel de toda la administración pública en esa materia, la Autoridad de Contratación Pública. Además, se crea un órgano ejecutor de dicha Autoridad, la Dirección de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda, a la que se asigna, como parte de sus atribuciones, la función consultiva que oriente las decisiones

de las Administraciones gestoras de compras públicas, según se trate de la Administración Central o Descentralizada.

En ese tanto, se entiende que la Dirección de Contratación Pública es la encargada de emitir criterio en relación con todos los temas que desarrolla la nueva Ley General de Contratación Pública y su Reglamento, con excepción de aquellos que por disposición legal se asignan a la Procuraduría General de la República, conforme al artículo 3, inciso b) de su Ley Orgánica No. 6815 del 27 de setiembre de 1982 y a la Contraloría General de la República al amparo del artículo 29 de su Ley Orgánica en el ámbito de sus competencias.

En razón de lo anterior, al versar la consulta sobre la posibilidad de hacer un contrato adicional con fundamento en el artículo 62 del “Reglamento para compra de medicamentos, materias primas, envases y reactivos” y no sobre las competencias de este órgano contralor, corresponde a la Dirección de Contratación Pública emitir el criterio respectivo.

No obstante, dado que dicha Dirección se pronunció sobre la consulta formulada en el oficio MH-DCoP-OF-0819-2023, se procede a emitir una opinión no vinculante, con el fin de colaborar en la toma de la decisión por parte de la administración activa.

II.- Sobre la regulación del contrato adicional en la normativa de compras públicas.

Con el fin de determinar la vigencia del párrafo tercero del artículo 62 del Reglamento supra citado, es indispensable hacer un recuento histórico de la normativa que ha regulado los contratos adicionales, iniciando con el Reglamento de la Contratación Administrativa, emitido mediante Decreto Ejecutivo N° 7576-H del 23 de setiembre de 1977, que en el artículo 234 disponía:

“Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: a) Que el contratista libremente convenga en ello; b) Que el nuevo contrato se concluya sobre las mismas bases del precedente; c) Que el monto del nuevo contrato no más del 50% del contrato anterior; d) Que no hayan transcurrido más de seis meses después de la recepción provisional del objeto del primer contrato; y e) Que se ajuste a las disposiciones del presente Reglamento en los demás aspectos pertinentes.”

De acuerdo con el texto transcrito, se puede observar que desde el año 1977 existía la posibilidad de que la administración recurriera al contrato adicional para la adquisición de bienes y servicios sobre la base de un contrato ejecutado.

Habilitación que se incorpora a la Ley de Contratación Administrativa hasta la reforma del 16 de mayo de 2006¹, mediante la adición del artículo 12 bis² que decía:

“Nueva contratación. Si, una vez ejecutado un contrato, la administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el contratista convenga en ello. b) Que el nuevo contrato se concluya sobre las mismas bases del precedente. c) Que el monto del nuevo contrato no sume más del cincuenta por ciento (50%) del contrato anterior. d) Que no hayan transcurrido más de seis meses desde la recepción provisional del objeto del primer contrato.”

No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley General de Contratación Pública se deroga esta posibilidad al omitir su regulación en esta norma, por lo que a partir del 1 de diciembre de 2022 no existe esa habilitación.

En el caso del régimen especial para la compra de medicamentos, materias primas, envases y reactivos, se debe recordar que dicho régimen se origina en la Ley No 6914 del 28 de noviembre de 1983, cuyo texto adiciona los artículos 71 y 72 a la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social (en adelante la CCSS).

Normativa que se desarrolla mediante la emisión del “Reglamento para Registro de Oferentes y Procedimientos de Compra de Productos Químico-Farmacéuticos del Cuadro Básico de Medicamentos”, No. 5836 del 12 de julio de 1984, cuyo artículo 56³ regulaba la posibilidad de modificar lo contratos conforme al artículo 233 del Reglamento de la Contratación Administrativa⁴, pero no la posibilidad del contrato adicional en los términos del artículo 234⁵ de ese mismo Reglamento.

El Reglamento No. 5836 estuvo vigente hasta el 18 de diciembre de 2001, fecha en la cual se emite el “Reglamento para la Compra de Medicamentos y Materias Primas, Envases y Reactivos” No. 7856.

Cabe indicar que este último Reglamento contempla la habilitación para hacer contratos adicionales hasta la reforma del 29 de abril de 2004, mediante su incorporación en el párrafo tercero del artículo 62, manteniéndose hasta el día de hoy.

¹ Cabe indicar que aunque la regulación del contrato adicional se incorporó a la Ley de Contratación Administrativa hasta el año 2006, el Reglamento General de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 25038-H del 28 de marzo de 1996, que rigió a partir del 1 de mayo de 1996, sí lo contemplaba en el artículo 14.5 que decía: “*Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: 14.5.1 Que el contratista libremente convenga en ello; 14.5.2 Que el nuevo contrato se concluya sobre las mismas bases del precedente; 14.5.3 Que el monto del nuevo contrato sume no más del 50% del contrato anterior; 14.5.4 Que no hayan transcurrido más de seis meses después de la recepción provisional del objeto del primer contrato; y 14.5.5 Que se ajuste a las disposiciones del presente Reglamento en los demás aspectos pertinentes*”.

² Adicionado mediante el artículo 3° de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006.

³ “Artículo 56: (...) De ser necesario y darse tal circunstancia durante la ejecución del contrato se aplicará en lo pertinente lo dispuesto por el artículo 233 del Reglamento de la Contratación Administrativa.”

⁴ “Artículo 233.- La Administración podrá aumentar, disminuir o modificar la prestación objeto del contrato, en razón de un interés justificado, de acuerdo con las siguientes reglas:(...)”

⁵ Artículo 234.- Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: (...).

De acuerdo con este recuento histórico, se concluye que la posibilidad de hacer contratos adicionales se reguló inicialmente por medio de reglamento y luego por ley, hasta su derogatoria actual con la Ley General de Contratación Pública, cuyo texto no incluye esa habilitación.

En razón de ello, se analizará a continuación si el contrato adicional encuentra sustento en la Ley Constitutiva de la CCSS y si el párrafo tercero del artículo 62 del Reglamento para la compra de Medicamentos, Materias Primas, Envases y Reactivos se encuentra vigente en la actualidad.

II.- Sobre el procedimiento especial de contratación pública regulado en los artículos 71 y 72 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Tal y como se indicó líneas atrás, la Ley No. 6914 incorporó dos artículos cuyo texto en su primera versión decían lo siguiente:

"Artículo 71.-La Caja Costarricense de Seguro Social está autorizada para importar, desalmacenar, fabricar, comprar, vender y exportar, directamente, medicamentos incluidos en el Formulario Nacional, reactivos y biológicos, así como materias primas y materiales de acondicionamiento y empaque, requeridos en la elaboración de aquellos. Igualmente queda autorizada para suplir estos mismos artículos a las instituciones públicas y privadas que presten servicios de salud.

Artículo 72.-Las compras y negociaciones a que se refiere el artículo anterior se podrán realizar con la sola autorización de la Contraloría General de la República, de acuerdo con las siguientes normas especiales:

a) La Caja Costarricense de Seguro Social establecerá y mantendrá actualizado un registro de oferentes de los productos, con base en su nombre genérico. La Contraloría General de la República y la Auditoría de la Caja Costarricense de Seguro Social tendrán una copia de este registro. La Oficina encargada de las compras pedirá libremente las cotizaciones a las empresas nacionales y extranjeras, inscritas en el registro de oferentes, y sus respuestas serán consideradas ofertas formales si llenan los requisitos del caso. Para tener derecho a ser consideradas, tales respuestas deberán ser dadas por los oferentes dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de la solicitud de cotización.

b) La Contraloría General de la República deberá resolver las autorizaciones de compra en un plazo no mayor de cinco días hábiles.

c) En casos especiales de urgencia, las compras podrán realizarse con la sola aprobación de la Auditoría de la Caja, pero, en todo caso, la Contraloría deberá ser informada de lo actuado dentro de las veinticuatro horas siguientes.

ch) Los funcionarios encargados de la realización de las compras, deberán realizarlas en las mejores condiciones de calidad y precio, y responderán por sus actos y por los daños y perjuicios que eventualmente puedan causar, de conformidad con la ley."

Como se puede observar, la regulación transcrita no incluye la posibilidad de hacer contratos adicionales, lo cual tampoco contempla la versión vigente de la norma.

Es por ello que al no encontrar asidero legal en dichas normas, se debe valorar si el párrafo tercero del artículo 62 del Reglamento en estudio es suficiente para habilitar el contrato adicional, al disponer que *“Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros de la misma naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista hasta un máximo del 50% de la compra”*.

Para tales efectos, lo primero que se debe considerar es que los artículos 71 y 72 de la Ley Constitutiva de la CCSS regulan un procedimiento especial de contratación pública, como lo señaló la Sala Constitucional en la resolución No. 01557-2007 de 6 de febrero de 2007 que en lo que interesa dice:

“... el diseño del sistema de contratación cuestionado en esta acción está básicamente montado sobre el concepto de un concurso o licitación. Brevemente, se aprecia que: existe conjunto o catálogo preestablecido de fichas técnicas que describen a cabalidad las condiciones y elementos determinantes de los productos que en algún momento serán licitados. Tal catálogo es actualizado y revisado con asiduidad para su perfeccionamiento según informa la Caja, de manera que los futuros participantes y cualquier interesado puede con antelación conocer de forma precisa las características de objeto del concurso; el órgano encargado de la contratación cuenta igualmente con un registro en el que se han inscrito previamente los proveedores interesados según cada producto y su ficha técnica, y es con base en tal Registro que se hace la llamada a concurso, en la cual, como lo señalan todas entidades, debe entenderse como exigido que se hará una convocatoria los proveedores inscritos; las ofertas presentadas se valoran en pie de igualdad y la elección debe hacerse según condiciones de calidad y precio, y; las actuaciones dentro de este régimen tienen -según lo expresan también las tres entidades- una variedad de medios de impugnación y en concreto afirma la Caja que pueden discutirse e impugnarse el registro de oferentes, la ficha técnica, y el acto de adjudicación que puede ser discutido por el particular ante la Caja como administración activa, a través de los medios impugnatorios contenidos en la Ley General de Administración Pública.. Todo lo anterior deja establecido para la Sala que, según se explica, la compra de bienes a través del mecanismo impugnado se apega claramente a un concurso o -en palabras de nuestro constituyente-, una licitación y no una contratación directa, la cual como se indicó parte de precisamente de la noción contraria, es decir la imposibilidad o alta inconveniencia del empleo de medios licitatorios ordinarios para el logro del fin público.”

Este procedimiento especial de contratación se desarrolla en el Reglamento para la compra de Medicamentos y Materias Primas, Envases y Reactivos, como se desprende del artículo 1 al señalar que *“El presente Reglamento regula las compras de medicamentos, materias primas, reactivos y empaques que realizan todas las unidades de compra, desconcentradas y no desconcentradas de la Caja, facultadas de acuerdo con el*

Modelo de Distribución de Competencias y Facultades de Adjudicación, la política general de compra de medicamentos y los artículos 71 y 72 de la Ley Constitutiva de la Caja, según la reforma introducida por Ley N° 6914 del 28 de noviembre de 1983.” (El destacado no pertenece al original)

Dicha normativa regula el procedimiento de contratación en todas sus etapas: Registro de oferentes (capítulo II), Inscripción y reinscripción en el Registro de Oferentes (capítulo III); Contratación (capítulo IV), Recomendación y adjudicación (capítulo V), Garantía de cumplimiento (capítulo VII) y Sanciones (capítulo VIII).⁶

Todo lo cual guarda coherencia con el procedimiento especial de contratación regulado en los artículos 71 y 72, excepto en relación con el contrato adicional, al ser éste un procedimiento de contratación directa distinto al incorporado con la Ley No. 6914.

En ese sentido, se debe tener claro que la regulación del párrafo tercero del artículo 62 no es una modificación contractual para aumentar la cantidad de los suministros durante su ejecución, sino que es un contrato nuevo que se acuerda con posterioridad a la finalización del primero, el cual no se encuentra previsto en el texto de los artículos 71 y 72.

Es por ello que en el momento en que la Ley de Contratación Administrativa es derogada por la Ley General de Contratación Pública y no se incluye en la nueva normativa la posibilidad de hacer contratos adicionales, la habilitación del párrafo tercero del artículo 62 queda sin asidero legal, por lo que se debe valorar si la disposición reglamentaria es suficiente para mantener su vigencia.

Al respecto, es importante recordar que el artículo 182 de la Constitución Política establece como regla general que los contratos del estado se hacen por medio de un proceso de licitación, en el que se garantice la libre participación e igualdad, en aras de promover la presentación de la mayor cantidad de ofertas que permitan a la Administración, bajo criterios objetivos, escoger la mejor en calidad y precio, siempre dentro de un marco de transparencia, integridad y rendición de cuentas.

En situaciones calificadas en los que la licitación no es el procedimiento idóneo para el fin perseguido, la Sala Constitucional ha reconocido la posibilidad de regular procedimientos de contratación sin concurso o con requisitos distintos a los de la licitación, los cuales están regulados en el artículo 3 (excepciones a los procedimientos ordinarios) y en el Capítulo IV (procedimientos especiales) de la Ley General de Contratación Pública, así como en otras leyes como la Ley Constitutiva de la CCSS.

En ese sentido, la Sala Constitucional en la Sentencia No. 28774-2024 del 1 de octubre de 2024 indicó que “*acorde a determinadas circunstancias y calificados casos, en*

⁶ El capítulo VI fue suprimido según se indica en Nota de SINALEVI.

*reiterada jurisprudencia de esta Sala, se ha establecido que es posible establecer excepciones a los trámites ordinarios establecidos en la Ley que regula la contratación pública, siempre y cuando se respete el marco constitucional -principios y control-, y lo dispuesto resulte razonable y proporcional a los fines de la contratación. (...) **En resumen, el régimen de contratación pública previsto en el ordenamiento, permite sujetar las contrataciones de las Administraciones Públicas a procedimientos distintos o reglas simplificadas. Sin embargo, estas deben ser establecidas por ley.** ”. (El destacado no pertenece al original)*

De acuerdo con el texto transcrito, queda claro que los procedimientos distintos a la licitación ordinaria o con reglas simplificadas deben estar establecidas en la ley, por lo que al ser el contrato adicional un contrato nuevo para el cual no se hace concurso, dicha posibilidad debe estar establecida por ley, como lo estuvo en la Ley de Contratación Administrativa.

Es por ello que al no incorporarse esa habilitación en la actual Ley General de Contratación Pública y tampoco observarse en los artículos 71 y 72 de la Ley Constitutiva de la CCSS, se concluye que el párrafo tercero del artículo 62 del Reglamento para la Compra de Medicamentos, Materias Primas, Envases y Reactivos carece de sustento legal, por lo que no podría ser aplicado en la actualidad.

Caso contrario se estaría permitiendo la adquisición de bienes y servicios mediante un nuevo contrato, sin seguir los procedimientos ordinarios y sin una ley que autorice la compra como contrato adicional.

De esta forma se da por atendida su consulta.

Atentamente,

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División
Contraloría General de la República

RRA/nr.

NI: 16307-2024
G:2024003120-1
Expediente: CGR-CO-2024005139