

**Al contestar refiérase
al oficio No. 09776**

09 de julio, 2015
DCA-1667

Señor
Carlos Segnini Villalobos
Ministro
Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Estimado señor:

Asunto: Se deniega por no requerirse, autorización de modificación de contrato con fundamento en el artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y se otorga refrendo a las adendas N°3, N°4 y N°5 del contrato correspondiente al proyecto de Construcción de la Ruta Nacional 4, sección Bajos de Chilamate-Vuelta Kopper, suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y la empresa Constructora Sánchez Carvajal S.A, por un monto de ¢10.687.485.962,16 (diez mil seiscientos ochenta y siete millones, cuatrocientos ochenta y cinco mil novecientos sesenta y dos colones con dieciséis céntimos, contratación derivada de la Licitación Pública Internacional 2011LI-000037-32702).

Nos referimos a su oficio No. DMOPT-0974-2015 (5) recibido en este órgano contralor en fecha 6 de marzo del 2015, mediante el cual solicita la autorización de este Despacho para modificación del contrato y a su vez, refrendo de la adenda N°3 del contrato correspondiente al proyecto de Construcción de la Ruta Nacional 4, sección Bajos de Chilamate-Vuelta Kopper, suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y la empresa Constructora Sánchez Carvajal S.A, por un monto de ¢10.687.485.962,16 (diez mil seiscientos ochenta y siete millones, cuatrocientos ochenta y cinco mil novecientos sesenta y dos colones con dieciséis céntimos, contratación derivada de la Licitación Pública Internacional 2011LI-000037-32702).

Mediante oficios DCA-709 del 20 de marzo, DCA-777 del 27 de marzo, DCA-1137 del 20 de mayo, y DCA-1466 del 24 de junio, este órgano contralor requirió información adicional a la Administración, la cual fue atendida por medio de los oficios 20151372, 20151675, 20151720, 20152407, 20153007, este último recibido en fecha 3 de julio del 2015.

Con dicha documentación se remitieron el original de la adenda N°3, así como las adendas N°4 y N°5, estas últimas como consecuencia de los requerimientos de información solicitados. Estos documentos contractuales tienen como fin modificar el objeto contractual con la finalidad de ajustar y crear renglones de pago necesarios para la conclusión de la obra, así como derivado de estas variaciones, el monto, el plazo y forma de pago.

I.-Sobre la solicitud de autorización de modificación contractual.

a) Antecedentes y justificación de la solicitud.

Mediante oficio No. DMOPT-974-2015 (5), se indica que las modificaciones pretendidas al contrato de mérito, no se ajustan en su totalidad a las condiciones previstas en el artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por lo que se debe recurrir a lo dispuesto en el penúltimo párrafo de ese numeral, según el cual se requiere de la autorización previa del órgano contralor para su implementación.

De conformidad con los términos de la solicitud, la modificación no cambia la naturaleza ni impide cumplir su funcionalidad, y por el contrario se complementa con el contrato original. De esta forma se consolidan y mejoran las condiciones constructivas del proyecto, al incorporarse elementos esenciales de seguridad vial. Agrega, que los trabajos que se presentan con esta modificación, son de igual naturaleza a los del contrato original, incluso muchas de las modificaciones son incrementos en renglones del contrato original.

Menciona a su vez la Administración, que la modificación no excede el 50% del monto del contrato original. La modificación tal y como fue planteada en un inicio, implicaba un aumento del 46,81% del monto original, el cual sumado a otra modificación anterior alcanzaba en su totalidad el 49,82%, por lo que no superaba el 50%. No obstante, posteriormente y tal y como se indicará más adelante en este oficio, la Administración efectúa otra modificación, con lo que se disminuye el monto y la modificación finalmente corresponde a un 42,21% del contrato original.

Ahora bien, el único supuesto por el que la Administración determinó en el oficio de solicitud DMOPT-0974-2015 (5) citado, que no cumplía para efectos de autorizar ella misma la modificación pretendida, es que el origen de estas modificaciones no obedecieron a causas imprevisibles al momento de haberse iniciado el procedimiento que le dio origen a la contratación, señalando al respecto que: *“(…) Se estima para este caso de modificación que no existen causas imprevisibles al momento de haberse iniciado el procedimiento que le dio origen a esta contratación (...).”* Aspecto este que será analizado en el siguiente apartado.

b) Criterio de la División.

De conformidad con el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa, la Administración durante la ejecución contractual podrá modificar, aumentar o disminuir, hasta un 50% el objeto de la contratación, cuando entre otros supuestos, 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 para el procedimiento de contratación que se trate. Similar situación se regula en el artículo 200 de su Reglamento.

Es decir, cuando la Administración se encuentra en la posibilidad de justificar por ella misma, que cumple o se ubica en cada uno de los supuestos que regula el artículo 200 del

Reglamento citado (incisos del a) al f)) corresponde a esta aplicar por sí la modificación contractual sin ulterior autorización nuestra, ello claro está, sin perjuicio que derivado de esta modificación se requiera el refrendo de la formalización de esas variaciones a incorporar al contrato.

Ahora bien, puede suceder sin embargo, que la Administración al momento de realizar el ejercicio del artículo 200 de repetida cita, determina que incumple con uno o varios de estos supuestos, en cuyo caso se activa lo prevista en el penúltimo párrafo de dicho numeral que establece: “ [...] *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, basada, entre otras cosas, en la naturaleza de la modificación, estado de ejecución y el interés público [...]*”

En ese sentido tenemos entonces, que sólo en aquellos casos que se encuentren dentro de las causales del párrafo penúltimo del artículo 200 recién citado, es que se requiere de nuestra autorización.

En este orden de ideas, en el caso bajo estudio, a pesar que ese Ministerio indicó de forma expresa en el oficio inicial, que las modificaciones pretendidas no respondían a razones de imprevisibilidad, en el mismo oficio DMOPT-0974-2015 (5), señaló:

“Precisamente las causas como explica la Orden de Modificación No. 11 aparecieron con posterioridad a los momentos que regula la norma, razón por la cual se acude a la Contraloría General para obtener la autorización y aprobación necesaria para ejecutar contractualmente esta variación (...)

“...En razón de lo anterior, somos del criterio que la presente modificación no tiene causas imprevisibles al momento de haberse iniciado el procedimiento que le dio origen a esta contratación, no fue posible para el Ministerio conocerlas o planificarlas cuando definió el objeto, pues como explica la Razón de la O.M No. 11 “por el crecimiento que ha experimentado la zona de influencia al nuevo proyecto vial, posterior a su diseño original y su futura puesta en marcha, interesados colindantes contrataron un estudio técnico denominado AUDITORIA (sic) DE SEGURIDAD VIAL, con el fin de evaluar si el diseño original contemplaba las medidas de seguridad vial para el trasiego de equipo pesado y agrícola entre fincas de un mismo propietario...”

Siendo que con lo señalado no quedaba claro para este órgano contralor si las modificaciones pretendidas eran o no imprevisibles, mediante oficio DCA-777 del 27 de marzo del 2015, se requirió a ese Ministerio que aclarara dicha inquietud.

En respuesta a lo anterior, esa Administración mediante oficio No.UBCK-294-2015 del 15 de abril de 2015, indicó que en el mes de mayo de 2012 se refrendó el contrato original, y entre los meses de julio a noviembre de ese mismo año dentro de un proceso de expropiación, se presentó un informe de auditoría vial al proyecto original, con base en el cual la Administración tomó la decisión de incorporar al diseño original, obras de infraestructura que

incrementan el componente de seguridad vial, acorde con las condiciones demográficas y de industrialización de los cultivos presentados en la zona.

Con base en lo anterior la Administración manifiesta en el oficio indicado que “(...) la incorporación de estas obras nuevas, no fue posible preverlas antes de iniciarse el procedimiento de licitación del proyecto en construcción. Indiscutiblemente las causas que origina esta modificación son imprevisibles al momento de iniciar el procedimiento de esta contratación, es decir el MOPT no podía conocerlas pese haber adoptado las medidas técnicas y de planificación mínimas cuando definió el objeto de esta licitación”.

Así las cosas, y en vista que en el caso bajo estudio, el propio Ministerio ha manifestado y explicado las razones por las cuales se ajusta a cada uno de los supuestos previstos en el numeral 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 de su reglamento (ver oficios DMOPT-974-2015 (5) y UBCK-294-2015), se concluye entonces que este órgano contralor carece de la competencia para otorgar la autorización solicitada, en vista que ha sido la propia Administración la que ha acreditado el cumplimiento de cada uno de los supuestos previstos por la normativa en cuestión.

Tómese en cuenta como se dijo, que la Administración consideró activada la competencia de este Despacho para este trámite, en vista de considerar la existencia de una presunción de previsibilidad en el origen de las modificaciones por incorporar al contrato, aspecto que no obstante ella misma aclara y define más bien como imprevisibles, toda vez que estas son producto principalmente de una auditoría vial que surge con posterioridad al refrendo del contrato original.

En virtud de lo anterior al no corresponder a la competencia de este órgano contralor, se deniega la solicitud de autorización de modificación originalmente planteada por la Administración. Sin embargo quedan bajo la exclusiva responsabilidad de esa Administración, las razones técnicas y jurídicas que fundamentan las modificaciones del contrato de Construcción de la Ruta Nacional 4, sección Bajos de Chilamate-Vuelta Kopper, así como el análisis efectuado de cada uno de los supuestos previstos en el numeral 200 del Reglamento citado.

Ahora, si bien dichas modificaciones no requieren de la autorización previa del órgano contralor, siendo que estas procuran introducir cambios en el objeto, plazo, monto y forma de pago del contrato original, la formalización de estas sí se encuentran sujetas al refrendo contralor, según lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, por lo que de seguido se procederá al análisis de cada uno de los documentos contractuales sometidos a nuestro conocimiento.

II.-Sobre el refrendo de las adendas N°3, N°4 y N°5.

a) Consideraciones importantes.

En este trámite de refrendo, se han sometido a análisis y estudio por parte de la Administración, las adendas N°3, N°4 y N°5.

i) Sobre la adenda N° 3:

Mediante este documento contractual, se modifica la cláusula segunda del contrato original, relacionada con el objeto. Con esta modificación, se pretende incorporar al proyecto la construcción de 5 intersecciones a desnivel, un tramo de 2KM con accesos puntuales a la Ruta No. 4 y retornos a nivel y 4 pasos transversales a desnivel. Además, 12 accesos a la carretera desde vías secundarias y fincas cuya transitabilidad existente se interrumpe con el trazado de la nueva vía y trabajos internos en la Hacienda La Josefina. Dichas obras se plasman en detalle en la denominada Orden de Modificación No. 11 del 1° de diciembre de 2014.

Lo anterior conlleva su vez a una modificación al plazo (cláusula 3), ya que se aumenta en 240 días calendario, con lo que el nuevo término total del proyecto es de 970 días calendario. Finalmente, se presenta un cambio en la cláusula cuarta, monto del contrato. De esta forma se incrementa el monto en la suma de ¢11.852.888.986,04 (once mil ochocientos cincuenta y dos millones ochocientos ochenta y ocho mil novecientos ochenta y seis colones con cuatro céntimos), siendo ahora la estimación total del proyecto de ¢37.931.700.004,17 (treinta y siete mil novecientos treinta y un millones setecientos mil cuatro colones con diecisiete céntimos).

Respecto a esta adenda es importante advertir sin embargo, que mediante oficio DMOPT-0974-2015, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes indicó, respecto a las obras por construir, que se presentaba una situación especial con la llamada estación 21+700 a 23+500, accesos a fincas y retornos del tramo intersección a nivel que se incluía en ese documento contractual.

De esta forma señaló, que la empresa Agrícola Industrial La Lydia S.A., gestionó ante ese Ministerio y la Unidad Ejecutora una modificación del diseño geométrico, ello con el fin de mejorar aspectos de seguridad. Sumándose a esta solicitud, comunidades de las zonas afectadas, especialmente de Pital de San Carlos.

Sobre este tema indicó la Administración el oficio citado, lo siguiente:

“Como consecuencia de tal gestión, el Ministerio solicitó a la Supervisora del Proyecto evaluar la factibilidad de modificar el diseño que se propone en este Addendum No. 3. Efectuado dicho análisis, la Supervisora del Proyecto presentó un anteproyecto, recomendando separar la Ruta Nacional No. 250 de la Ruta No. 4 que corresponde al proyecto en construcción; construir un nuevo puente paralelo al existente sobre el río Tres Amigos; construir un puente de acceso a la finca la Josefina (de norte a sur), y un intercambio a desnivel en el K23 (cruce de la Ruta Nacional No. 250 por debajo de la Ruta Nacional No. 4) (...)

"...Así las cosas, mejorando la situación vial como un componente especial que se encuentra motivando este Addendum No. 3, se ha tomado la decisión de proceder al diseño a nivel de proyecto. Por lo tanto, se le informa a la Contraloría General de la República, que la Administración está en proceso de contratación a través de la Supervisora del Proyecto de una nueva alternativa de diseño del tramo K21+750 a23+500 (presentada en el Addendum No. 3 como la intersección K21+967); para mejorar la seguridad vial de ese tramo, separando la ruta No. 4 de la Ruta 250 (ubicando el nuevo tramo en el lado sur) (...)"

Véase entonces, que si bien el Ministerio tenía claro que modificaría el proyecto sometido a estudio en la presente gestión de refrendo, no lo tiene definido aún ya que está a nivel de anteproyecto. Lo anterior, implica que la adenda N°3 sometida a estudio a este órgano contralor, fuera diferente no sólo en su objeto, sino que podía incidir a su vez en el precio y plazo que también eran parte de su contenido, ello en vista que existe una actividad que de acuerdo con lo señalado por la propia Administración, no es aún definitiva. Es por ello, que al no tenerse certeza en este punto, en criterio de este órgano contralor se debía excluir del contenido contractual dicho tramo, en vista de no contarse con los diseños y presupuestos definitivos de ese tramo, variación que desde luego debía reflejarse en un ajuste a su vez en el monto y plazo de la adenda al contrato.

Por lo anterior, mediante oficio DCA-777 del 27 de marzo, se solicitó a la Administración en otros aspectos, exclusión esta actividad vía adenda.

ii) Sobre la adenda N°4:

Este documento presenta una modificación al objeto, plazo, monto y forma de pago del contrato. Producto de la situación especial que presentaban las obras del tramo comprendido entre la estación 21+700-23+500 antes citado, accesos a fincas y retornos del tramo intersección a nivel, recién citado, se hacía necesario que tanto el objeto como el plazo y el monto de lo adenda N°3 se ajustaran.

De esta forma surge la adenda N°4, siendo que dicho documento contractual estableció de forma expresa en su artículo 2 que: *"El objeto del presente Addendum N°4, consiste en ajustar el Addendum N° 3 de fecha 09 de febrero del 2005 que actualmente se encuentra en trámite ante la Contraloría General de la República, debido a la determinación de la Administración de excluir temporalmente los trabajos comprendidos en la Estación 27+013: Intersección a desnivel"*.

Dicha cláusula posteriormente indica: *"Así, con la exclusión de la intersección K21+700 a 23+500, (...)"*

Como se puede observar, en esta adenda se establece un tramo a excluir, el comprendido entre las estaciones 21+700 a 23+500, sobre la cual la Administración ya lo había indicado en el oficio DMOPT-0974-2015, pero ahora, con la adenda se cita también la estación 27+013.

Ante esta situación, este órgano contralor, mediante oficio DCA-1137 del pasado 20 de mayo del 2015, requirió aclaración a esa Administración sobre dicho aspecto. Lo anterior originó la adenda N°5, por lo que dicho tema se abordará cuando nos refiramos a esa adenda más adelante.

A su vez, la adenda N°4 modificó el plazo de ejecución, según el cual los nuevos trabajos tendrán una ejecución de 225 días calendario, con lo que el plazo total es de 955 días calendario. Además, se cambia el monto, pues el aumento será ahora de ¢10.687.485.962,16 (diez mil seiscientos ochenta y siete millones cuatrocientos ochenta y cinco mil novecientos sesenta y dos colones con dieciséis céntimos), por lo que el costo total del proyecto es ahora por la suma de ¢36.766.296.980,29 (treinta y seis mil setecientos sesenta y seis millones doscientos noventa y seis mil novecientos ochenta colones con veintinueve céntimos).

Finalmente, la adenda N°4 introduce otra variación, esta vez en la cláusula quinta, referida a la forma de pago. De esta manera, se indica que tomando en cuenta el monto por el cual se aumenta la contratación y con el propósito de propiciar una correcta ejecución, se autoriza un pago por concepto de adelanto al contratista, por la suma de ¢2.100.000.000 (dos mil cien millones de colones). Previo al pago, la empresa debe girar una garantía colateral adicional que debe cubrir el 100 por ciento de la suma del adelanto.

Por su parte, en la enmienda de la Orden de Modificación 11, se indica que acorde con el interés público y por tratarse de obras nuevas no contempladas en el cartel original, tomando en cuenta el monto por el que se aumenta la contratación y con el fin de propiciar una correcta ejecución por parte del contratista, se autoriza por concepto de pago de adelanto la suma de ¢2.100.000.000.

ii.a) Sobre el adelanto de pago:

Tal y como se indica en las líneas que anteceden, tanto la adenda N°4 como la enmienda 1° a la orden de modificación 11, hacen referencia a un pago por adelantado al contratista por la suma de ¢2.100.000.000 (dos mil cien millones de colones).

La Administración, mediante oficio 20152408 del 29 de mayo de 2015, suscrito por el Lic. Rónald Muñoz Corea, Director Jurídico del MOPT, manifiesta que el cartel de la licitación fue gestado en el año 2011, y que la modificación pretendida resulta muy compleja y de una cuantía muy elevada, y por el grado de avance de las obras, existen razones para modificar la forma de pago y permitir este adelanto. Para ello se ha dispuesto el deber de la Administración de llevar el control interno necesario para el uso y amortización del monto, así como la obligación del contratista en la ejecución de las obras y entregar una garantía colateral.

Además, mediante oficio UBCK-482-2015 del 2 de julio de 2015, la Administración indicó sobre el tema que:

“(...) Con el adelanto lo que se pretende es atender la necesidad de que el Contratista cuenta con una mayor capacidad de construcción y que amplíe sus brigadas de equipo y mano de obra, de forma tal que con ello se agilicen las actividades constructivas de las

obras involucradas en las adendas sometidas a consideración de la Contraloría General. / Si bien es cierto, el Contratista demostró que posee capacidad financiera y líneas de crédito suficientes para hacerle frente a las etapas que faltan del proyecto (20% del monto del contrato para capital de trabajo), las líneas de crédito que tiene son de empresas nacionales y en especie para efectos de adquirir materiales y servicios que soportan parte de las necesidades de las obras. En este sentido, la Administración pretende con el adelanto que el Contratista pueda comprar materiales que deben ser importados y de ser posible aumente su capacidad de ejecución de obras para solventar y mitigar el efecto negativo que ha tenido la imposibilidad de invertir y construir las obras que estaban previstas para el primero semestre del presente año (...)"

Agrega, que las obras de las adendas son muy distintas a las del contrato original, ya que al ser la mayoría pasos elevados, involucra equipo y materiales que deben ser adquiridos con cierta antelación.

Indica, que el programa de trabajo considerando el adelanto, refleja un impacto positivo en el tiempo de ejecución. Señala, que otra ventaja es la reducción de riesgo del pago de reajuste de precios, ya que al tener a disposición del contratista los recursos, deberá utilizarlos de manera eficiente a costo actual de mercado al momento de su adquisición.

A su vez la empresa contratista, mediante oficio No. SC-VP-CVK 544-05-15 del 28 de mayo de 2015, señala que los materiales que se adquirirán con dichos fondos. Asimismo mediante nota SC-VP-CVK 552-07-15 del 30 de junio de 2015 indica, que contar con el adelanto, les permite tener más disponibilidad para comprar insumos y para alquilar equipo, lo que incide en la aceleración de los trabajos. Agrega, que sin el adelanto el plazo aumentaría en 96 días, pasando de 955 a 1051 días. Las cantidades y montos indicados en dichos oficios, han sido validados por la Unidad Ejecutora en su oficio UBCK-482-2015 del 2 de julio de 2015.

ii.b) Criterio de la División:

En relación con este tema, es importante señalar como punto de partida que el cartel de la licitación original remitido estableció en el punto 2.5 sobre la forma de pago, que *"No se efectuarán pagos anticipados ni adelantos por movilización"*.

Pese a lo anterior, la Administración ha señalado, que por la complejidad de las obras que se pretenden con la modificación, que las mismas son diferentes al contrato original y que no se encontraban contempladas en dicho documento contractual, el adelanto resulta una herramienta idónea que impacta en la celeridad en la ejecución, ya que se podría tener más frentes de trabajo, maquinaria y material, lo cual acortaría la ejecución en 96 días, en relación con el plazo requerido si no se considerara ese adelanto. Sumado a lo anterior, habría una disminución en el riesgo de reajuste de precios.

En punto a este tema, este órgano contralor considera que de lo expuesto, existen razones de interés público que justifican una modificación en la forma de pago de la forma prevista. Obsérvese que ha pasado mucho tiempo desde que se redactó el cartel, el cual no

puede permanecer estático y desconocer los hechos que han sobrevenido, especialmente en un proyecto de alta complejidad y ejecución en el tiempo como el que nos ocupa. En ese sentido, el principio de mutabilidad de los contratos permite precisamente efectuar modificaciones para adaptar el contrato a la realidad, cuando las condiciones originales impidan una consecución satisfactoria con los fines propuestos, visto precisamente los cambios que ese contrato tiene que enfrentar en diferentes momentos para adaptar su ejecución a las necesidades actuales.

Claro está bajo los límites de razonabilidad y proporcionalidad, y siempre que exista la debida motivación, toda vez que el uso de esta facultad de mutabilidad proveniente de las potestades de imperio de la Administración, no debe ser utilizado como un mecanismo espurio de condonar incumplimientos al contratista, o bien ocultar vicios en las obras, sino más bien, para adaptar ese contrato particular a una necesidad actual y real.

En el presente caso, si bien algunas de las actividades para las cuales se pretende otorgar el adelanto, pueden efectivamente ser disonantes con esa restricción cartelaria inicial, no debe perderse de vista que las modificaciones pretenden efectuar obras complejas y diferentes a las plasmadas en el contrato original, lo cual puede incidir en el esquema organizativo, estructural y financiero de la empresa contratista.

Tampoco puede desconocerse el grado de avance en que se encuentra este proyecto (avance físico de un 75,75% según oficio No. SBK-503-2014 del 10 de diciembre de 2014 y un avance financiero del 53% según oficio UBCK-781-2014 del 30 de noviembre de 2014).

Pero sumado a lo ya dicho, el adelanto pretendido tiene impactos positivos en la ejecución de esta contratación, como lo es la celeridad de ejecución y disminución de reajustes de precios. Si bien la entidad administrativa ha sostenido que el contratista tiene la capacidad financiera para asumir los costos de las modificaciones en cuestión, lo cierto es que el adelanto implicaría darle un impulso adicional a este proyecto, con lo cual la ruta estaría en un plazo inferior, en relación con el plazo de finalización que se tendría en caso de no considerar dicho adelanto.

Sobre el particular, no desconoce esta División que se hace necesario que la Ruta en cuestión esté lo antes posible, incluso por un tema de competitividad país, ya que existen muchas zonas de producción piñera importantes en la economía del país, que se verían beneficiadas con este proyecto. Todo lo anterior, amparados a los principios de eficiencia y eficacia regulados en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, y el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública según el cual *“La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.”*

En relación con lo anterior, no debe olvidarse lo que la Sala Constitucional indicó en el voto 2004-14421 del diecisiete de diciembre del dos mil cuatro:

“(...) Por lo anterior, los procedimientos de contratación administrativa y todos los aspectos atinentes a la formación y perfección de los contratos administrativos están imbuidos por la celeridad y sumariedad en la debida e impostergable atención y satisfacción de las necesidades y requerimientos de la organización social (...)/

Bajo esta inteligencia, todos los requisitos formales dispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la regularidad o validez en los procedimientos de contratación, el acto de adjudicación y el contrato administrativo mismo, deben, también, procurar la pronta satisfacción del interés general a través de la efectiva construcción de las obras públicas y la prestación de los servicios públicos, consecuentemente no pueden transformarse en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos y, sobre todo, su adaptación, a las nuevas necesidades socio-económicas y tecnológicas de la colectividad (...)/

Síguese de lo anterior que las formas propias de los procedimientos de la contratación administrativa así como los recaudos de carácter adjetivo que establece el ordenamiento jurídico para la validez y eficacia de un contrato administrativo deben interpretarse de forma flexible en aras del fin de todo contrato administrativo, sin descuidar, claro está, la sanidad y corrección en la forma en que son invertidos los fondos públicos(...)”

De lo que viene dicho, este órgano contralor, no puede desconocer las razones que han mediado en la modificación, las cuales impactan de forma positiva en la satisfacción del interés público.

Finalmente véase que la Administración exigirá a la contratista el otorgamiento de una garantía colateral por el monto del adelanto, garantía que será responsabilidad de la Administración solicitarla y verificar que sea por el 100% del adelanto y se mantenga vigente por todo el plazo dispuesto.

Ahora bien, es importante advertir, que en el programa de trabajo remitido, se indica que con el adelanto, el plazo total sería de 970 días calendario, monto que corresponde al indicado en la adenda N°3. No obstante, siendo que posteriormente se excluye el tramo comprendido entre las estaciones 21+700 a 23+500, el plazo es de 955 días tal y como lo regula la adenda N°4. Así las cosas, se entiende que con el adelanto indicado, el plazo será este último, el cual será responsabilidad del Ministerio velar porque se cumpla.

iii) Sobre la Adenda 5:

La adenda N°5 indica que el objeto del mismo es modificar la adenda N°3, según lo indica su artículo 3 al disponer: *“(...) se modifica en lo conducente del Addendum N°3, para que se tenga lo siguiente:”*

Pese a lo anterior, las referencias allí indicadas no son propiamente a la adenda N°3, sino que a la orden de modificación 11, que es el sustento de ese documento contractual, por lo que así debe entenderse.

Mediante esta adenda se detallan con claridad las intersecciones y las estaciones a ejecutar, las cuales en algunos casos presentaban inconsistencias. A su vez, en materia de expropiaciones se cambian algunas áreas y se indica que la fecha prevista para que la Administración disponga de los terrenos expropiados, es agosto de 2015. Todo ello tiene sustento en la Enmienda número 2 de fecha 27 de mayo de 2015.

Ahora, tal y como vimos, en la adenda N°4, se señala que se excluirían las obras del tramo comprendido entre dos estaciones, motivo por el cual este órgano contralor mediante oficio DCA-1137, solicitó aclaración. De esta forma en oficio UBCK-405-2015 del 28 de mayo de 2015, esa Administración indica que *“...Con relación a lo manifestado sobre la adenda 4, artículo 2, se hace la aclaración de que por un error involuntario se señaló la exclusión temporal de los trabajos comprendidos en la estación 27+013 Intersección a desnivel; cuando lo correcto era señalar que se excluían de la orden de modificación 11 y su adenda 3 el tramo comprendido entre estación 21+700 a 23+500. /La Intersección del K27+013 se está incluida en la Orden de Modificación No. 11, enmienda 1 y adendas 3 y 4”*

A su vez, en la modificación a la orden de modificación 11 que se incorpora en el artículo 3, se incluye dicha estación.

Así las cosas, y si bien la adenda N°4 no fue modificada de forma expresa, con lo cual la alusión a la exclusión de la intersección 27+013 no fue derogada, de una lectura integral de todos los documentos que componen el proyecto y de las adendas 3 y 5, se concluye que, pese a lo anterior, la estación 27+013 sí forma parte de las modificaciones contractuales que en este acto se analizan y por lo tanto constituye una obligación del contratista.

b) Sobre el refrendo de las adendas N°3, N°4 y N°5

Por disposición del artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, se tiene por acreditado lo siguiente:

1. Certificación de contenido económico No. 25-2015 2015 del 9 de abril de 2015, emitida por el Lic. Luis R. Rodríguez Ortiz, en que se indica que en la partida 327-00-50202-000-28, se dispone de un total de ¢6.000.000.000 (seis mil millones de colones), para cubrir la ejecución prevista durante el presente ejercicio económico.
2. Orden de modificación N°11 de fecha 1° de diciembre de 2014, enmiendas 1° de 13 de abril de 2015 y 2° de 27 de mayo de 2015 de dicha Orden de modificación, donde se plasman las modificaciones al contrato, así como su fundamento técnico.
3. Consta declaración jurada del representante legal del contratista, respecto a la no afectación del régimen de prohibiciones y de encontrarse al día en el pago de impuestos nacionales. Documento que forma parte de los antecedentes de la gestión.
4. Garantía de cumplimiento, por un monto de \$2.000.000, cuyo vencimiento es el 26 de agosto de 2016.

5. Consulta a los sistemas de compras electrónicos Mer-link y Comprared, en donde se acredita que la empresa contratista no se encuentra inhabilitada, consultas que se incorporan a los antecedentes de esta gestión.
6. Certificación de la CCSS, en que consta que la empresa contratista se encuentran al día en sus obligaciones con dicha institución. Documento que se incorpora a la gestión de refrendo.
7. Constancia de consulta al Registro Nacional sobre el pago de Impuestos de Personas Jurídicas, en que consta que la empresa se encuentra al día. Copia de dicho documento se incorpora también a los antecedentes de la gestión.
8. Se ha verificado la cancelación de especies fiscales de la contratista por un monto de ¢27.657.998,46. (veintisiete millones seiscientos cincuenta y siete mil novecientos noventa y ocho colones con cuarenta y seis céntimos).

Una vez efectuado el estudio de rigor, y de conformidad con el artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, devolvemos debidamente refrendadas las adendas de cita, con las siguientes observaciones:

1. Queda bajo la exclusiva responsabilidad de esa Administración, contar con el disponible presupuestario necesario para hacer frente a las obligaciones que se deriven de este negocio jurídico, tal y como se dispone en la certificación No. 25-2015 2015, emitida por el Lic. Luis R. Rodríguez Ortiz. De igual forma deberá verificar que los recursos económicos puedan utilizarse válidamente para el fin propuesto en el contrato.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, queda bajo la exclusiva responsabilidad de esa entidad la razonabilidad del monto de las modificaciones, según los análisis incluidos en la orden de modificación 11, y sus enmiendas 1 y 2. De igual forma resulta de aplicación lo indicado en el citado artículo cuando dispone: *“Corresponde a la Administración y al contratista garantizar, según sea el caso, el cumplimiento de los permisos, licencias, estudios y en general cualesquiera otros requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la ejecución del objeto contractual, sin que tales aspectos sean verificados durante el trámite de refrendo. Por lo tanto, el otorgamiento del refrendo sin que la Contraloría General de la República incluya condicionamientos o recordatorios relativos al tipo de requisitos de ejecución antes señalados, en modo alguno exime a las partes de su cumplimiento.”*

En el caso particular de la viabilidad ambiental, será responsabilidad de esa Administración la verificación y tramitación oportuna de la readecuación ambiental del diseño original, conforme con lo señalado en los oficios UBCK-405-2015 del 28 de mayo y 20153007 del 2 de julio, ambos del 2015.

3. Queda bajo la entera responsabilidad de la Administración las razones técnicas, legales y financieras que originan estas adendas, las cuales se encuentran plasmadas en la Orden de Modificación 11 del primero de diciembre de 2014, y enmiendas 1 y 2 de 13 de abril y 27 de mayo respectivamente, ambas del 2015. Asimismo, deberá contar con el personal idóneo que verifique la correcta ejecución del objeto contractual.
4. Será responsabilidad de la Administración verificar que la garantía de cumplimiento se mantenga vigente por todo el plazo y por el monto dispuesto en el cartel y contrato, conforme con el artículo 42 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA). Igualmente, será responsabilidad de esa entidad exigir y verificar la rendición de la garantía colateral del adelanto de pago pactado por las partes en la adenda N°4, así como velar por su vigencia y monto por todo el plazo exigido.
5. Es deber de la Administración verificar además, durante la fase de ejecución, que la empresa se encuentre al día en la cancelación de las contribuciones sociales derivadas del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, de forma tal que previo a cualquier pago, deberá corroborarse dicha situación.
6. De igual forma se deja bajo responsabilidad de la Administración la verificación del cumplimiento de las obligaciones previstas por el artículo 22 de la Ley No. 5662, en cuanto encontrarse al día con el pago de lo correspondiente al FODESAF.
7. Se advierte que otras modificaciones contractuales deberán ser acordes con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 de su Reglamento.
8. Será responsabilidad de esa Administración tomar las previsiones necesarias para verificar que el plazo tanto del contrato original como de las adendas se cumplan de forma efectiva y eficiente. Asimismo, es resorte del MOPT las razones que fundamentan la ampliación del plazo. Particularmente será de su responsabilidad verificar que el desarrollo de las obras refleje la celeridad y ejecución señalada como justificación para el adelanto de pago, conforme con el cronograma remitido por el oficio 20153007 del 2 de julio de 2015. Es importante llamar la atención que si bien el mismo hace referencia a 970 días calendario, dicho plazo es el plasmado en la adenda N°3, la cual incluía la construcción de la estación 21+700-23+500. En vista que la misma se excluye, se entiende que el plazo máximo será de 955 tal y como se indica en la adenda N°4, y lo reitera el contratista en su nota SC-VP-CVK 552-07-15 del 30 de junio de 2015, por lo que es responsabilidad de esa Administración velar por la actualización del cronograma.
9. En cuanto al adelanto deberá tomarse en consideración, que este debe ser destinado exclusivamente para cancelar insumos de los costos directos de las obras incorporadas al proyecto mediante las adendas 3, 4 y 5, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, inciso 1, del Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, Decreto 33114-MEIC y sus reformas. Aspecto que resulta conteste con lo indicado por la empresa contratista en el oficio No.

SC-VP-CVK 544-05-15 del 28 de mayo de 2015, mediante el cual desglosa los materiales, con sus respectivas cantidades y montos, que serán adquiridos con el adelanto. Cantidades y montos que han sido validados por la Unidad Ejecutora en su oficio UBCK-482-2015 del 2 de julio de 2015. Finalmente, la verificación de que tal monto sea destinado exclusivamente a lo antes indicado, queda bajo responsabilidad de la Administración.

10. Será de entera responsabilidad del MOPT verificar que las expropiaciones de los terrenos, se efectúen de forma eficiente y oportuna a efectos de garantizar la correcta realización de las obras, según el plan de trabajo aportado mediante nota 20153007 del 2 de julio de 2015, con el fin de no generar atrasos al proyecto.
11. En relación con la evaluación de capacidad financiera de la empresa Constructora Sánchez Carvajal S.A para desarrollar las modificaciones contempladas en la presente gestión, se aportaron los siguientes documentos emitidos por la Dirección Financiera del MOPT:
 - Oficio DC. 112-2015 de fecha 18 de febrero del 2015, suscrito por la Licenciada María Isabel Bolaños León y con el visto bueno de MBA María Esther Céspedes Morales. En este documento, con base en los Estados Financieros evaluados 2012, 2013 y 2014 se determina que la empresa cumple en cuanto a capacidad financiera.
 - Oficio DC. 257-2015 de fecha 14 de abril del 2015, suscrito también por la Licenciada Bolaños y con el visto bueno de MBA Francisco Molina Salas. En este oficio se realiza nuevamente el análisis financiero de la empresa, incluyendo los compromisos pendientes de ejecutar del Proyecto original Chilamate-Vuelta Kooper, del cual se desprende que la empresa sigue cumpliendo con la capacidad financiera requerida por la Administración.
12. Por su parte, en torno a las líneas de crédito utilizadas para el análisis financiero de la empresa, se aporta el oficio de la Dirección Financiera DC. 343-2015 de fecha 28 de mayo del 2015, suscrito por la Licenciada Bolaños y con el visto bueno del MBA Francisco Molina Salas. En este oficio el MOPT aclara cuales fueron las líneas de crédito utilizadas para determinar la capacidad financiera de la Constructora Sánchez Carvajal S.A., aclarando que las mismas son específicas para el proyecto, para capital de trabajo y emitidas por entidades financieras supervisadas por la SUGEF.

Así las cosas, se tiene por acreditado en el expediente de esta contratación, que la empresa Constructora Sánchez Carvajal S.A cuenta con capacidad financiera suficiente para ejecutar las obras de la adenda objeto de este contrato. Cabe señalar que el análisis realizado y sus conclusiones resultan ser un aspecto que queda librado a la responsabilidad exclusiva de la Administración.

Se advierte que la verificación del cumplimiento de las observaciones antes indicadas será responsabilidad del Carlos Segnini Villalobos en su condición de Ministro de Obras Públicas y Transportes o de la persona que ejerza ese cargo. En el caso que tal verificación no recaiga dentro del ámbito de su competencia, será su responsabilidad instruir o comunicar a la dependencia que corresponda, para ejercer el control sobre las observaciones señaladas anteriormente.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Laura Chinchilla Araya
Asistente Técnico

Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora

LGB/yhg
Anexo: 6 expedientes y original de adendas 3, 4 y 5
NI: 6330, 7811, 9646, 10030, 13880, 17060
Ci: Archivo central
G: 2011001173-9-12