

**Al contestar refiérase
al oficio No. 10602**

11 de agosto 2016
DCA-2039

Señores
Elizabeth Briceño Jiménez
Gerente Administrativa
Manuel Serrano Beeche
Gerente de Operaciones
Mario Granados Barzuna
Departamento Legal
Instituto Costarricense de Ferrocarriles

Estimados señores:

Asunto: Se autoriza al Instituto Nacional de Ferrocarriles (INCOFER) a contratar de manera directa servicios a las empresas Mantenimiento de Vías Férreas Manfer S.A., Mantenimiento Vías y Estructuras del Sector Atlántico S.A. y Desmantelamiento de la Catenaria S.A., por el plazo de 2,7 meses, por el monto mensual de ¢126.000.000,00 y total global de ¢352.430.000,00.

Damos respuesta a oficio No. P.E.582-2016 de 06 de julio 2016 y recibido en esta Contraloría General el 18 de julio 2016, mediante el cual se solicita la autorización indicada en el asunto.

Mediante oficio No. 278-L-2016 del 29 de julio 2016 remitido vía correo electrónico el pasado 03 de agosto 2016 y cuyo original fue recibido el 04 de agosto 2016, se atiende un requerimiento de información adicional planteado por esta División mediante oficio No. 09944 (DCA-1915) del 27 de julio 2016.

Conviene indicar que mediante oficio No. P.E.641-2016 del 01 de agosto 2016 ese instituto solicitó una ampliación del plazo para atender el citado requerimiento de información, prórroga que se concedió mediante oficio No. 10197 (DCA-1961) del 03 de agosto 2016 en el cual se hizo referencia a la remisión de la información completa y en el menor tiempo posible por parte de la Administración, considerando el plazo para el respectivo análisis de la documentación y las circunstancias que enfrenta el INCOFER en relación con la fecha de vencimiento de los contratos que amparan los servicios ferroviarios.

Finalmente, mediante oficios No. 281-L-2016 del 10 de agosto y No. 282-L-2016 del 11 de agosto 2016, la Administración remite información adicional.

I. Antecedentes y justificación

Como antecedentes y justificaciones que brinda la Administración como fundamento de la solicitud destacan los siguientes:

1. Que los contratos de las empresas Talleres y Transportes Incoservitrán SA., Mantenimiento de Vías Férreas Manfer S.A., Mantenimiento Vías y Estructuras del Sector Atlántico S.A. y Desmantelamiento de la Catenaria S.A., derivados de la autorización otorgada por esta Contraloría General de la República mediante oficio No. 04718 (DCA-0772) del 27 de marzo 2015, que a su vez fue prorrogada por la Administración en aplicación del artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), vencen el próximo 15 de agosto 2016.
2. Que el Instituto señala se encuentra desarrollando gestiones y procesos de contratación administrativa para contar con los mecanismos a fin de desarrollar las funciones que conlleva la prestación de los servicios ferroviarios.

II. Criterio de la División

Previo a pronunciarse sobre la procedencia de la autorización pretendida, conviene referirse a una particularidad que presenta la gestión en análisis, toda vez que se está ante una solicitud planteada por el INCOFER el 18 de julio 2016, habiendo entrado ya en vigencia la Ley de Fortalecimiento del Instituto Costarricense de Ferrocarriles y Promoción del Tren Eléctrico Interurbano de la Gran Área Metropolitana (Ley No. 9366)¹.

El artículo 1 de la citada ley –que reforma el artículo 16 de la Ley Orgánica del Instituto Costarricense de Ferrocarriles- dispone como deber y atribución del Consejo Directivo de dicho instituto:

“ch) Aprobar las adquisiciones de bienes y servicios del Instituto, de conformidad con el Régimen especial de contratación administrativa establecido en el capítulo IV del título 11 de la Ley N.0 8660, Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, de 8 de agosto de 2008, así como con el reglamento que se emita al efecto. Para ello, el Instituto Costarricense de Ferrocarriles se regirá por las disposiciones de dicha normativa, ostentará las mismas competencias y potestades que dicha ley atribuye al Instituto Costarricense de Electricidad, y su actividad de contratación administrativa será fiscalizada por la Contraloría General de la República.”

Considerando el régimen especial de contratación administrativa que perfila dicha reforma, debe analizarse la competencia de esta Contraloría General para otorgar una autorización de contratación directa en los términos propuestos, para lo cual se consultó a la Administración si el reglamento referenciado en el citado inciso ch) ya había sido emitido. En atención a ello, el Instituto afirma que *“El Reglamento indicado...no ha sido emitido”* (folio 148 del expediente de solicitud).

Por lo tanto, pese a que fue aprobada la ley 9366 que incide en la actividad de contratación que ejerce el INCOFER, al adoptar un régimen especial de contratación, no existe a la fecha reglamentación alguna que amplíe y determine los alcances del régimen especial adoptado, y por lo tanto, se posiciona la Administración en una situación de ausencia de norma especial que circunscriba el actuar de la Administración tratándose de compras públicas.

Ante tal laguna normativa, se requiere de un ejercicio de hermenéutica jurídica a fin de integrar el ordenamiento jurídico y en particular lo referido a la materia de contratación administrativa a fin de llenar tal vacío. En tal caso, es criterio de este órgano contralor que para el caso puntual y las circunstancias particulares que median en la solicitud, entre ellas, la incidencia del objeto contractual en el servicio de transporte ferroviario y la ausencia de reglamentación, lo procedente es recurrir a la aplicación de la normativa de rango general a la que se ha sometido legal y reglamentariamente ese instituto, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley No. 9366, a saber, la Ley de Contratación Administrativa (LCA) y su Reglamento (RLCA).

Así las cosas, a partir de lo dicho, el análisis de la solicitud planteada por la Administración ha de realizarse bajo la óptica del RLCA, considerando las circunstancias particulares en que se posiciona la Administración, los fondos públicos que median en la contratación pretendida y en particular, el interés público que puede verse lesionado de no ser atendida la situación mediante los mecanismos habilitados por el ordenamiento jurídico.

Como regla general y que posee sustento constitucional –artículo 182 de la Constitución Política- las compras que se realicen con fondos públicos deben observar los procedimientos ordinarios que corresponda según el monto de la contratación. Así las cosas, la Administración debe acudir a tales procedimientos como medio para proveerse de bienes, obras y servicios.

¹ Publicada en el Alcance No. 113 de la Gaceta No. 128 del 4 de julio 2016.

No obstante, pese a que los procedimientos ordinarios son los que deben ser aplicados como regla de principio, existen circunstancias de carácter excepcional que ameritan se empleen otros procedimientos distintos a los ordinarios en la medida en que estos últimos no resultan la vía idónea para la satisfacción del interés público.

Bajo esta lógica, el ordenamiento jurídico que rige la materia de compras públicas habilita la posibilidad de apartarse del procedimiento ordinario, según lo dispuesto en los artículos 2 bis de la LCA y 138 del RLCA. Esta última norma dispone, en lo que interesa, que la Contraloría General podrá autorizar la contratación directa o el uso de procedimientos sustitutivos a los ordinarios *“cuando existan razones suficientes para considerar que es la mejor forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general, o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos”*. Asimismo, el numeral 139 del citado cuerpo reglamentario refiere a que la solicitud debe contener *“una justificación detallada de las circunstancias por las cuales la utilización del procedimiento licitatorio no resulta apropiado o conveniente para la satisfacción del interés general.”*

De conformidad con las citadas normas, para que proceda la autorización de contratación directa deben existir circunstancias especiales que permitan determinar que separarse de los procedimientos ordinarios de concurso es la mejor forma de satisfacer el interés público. Ello implica que tales circunstancias deban ser acreditadas ante esta Contraloría General como presupuesto para otorgar la autorización, lo que conduce observar lo pretendido por el INCOFER.

Como primer aspecto, se debe considerar lo pretendido por la Administración, la que solicita originalmente autorización de acuerdo al siguiente desglose:

Contrato	Monto mensual	Total anual
Talleres y Transportes Incoservitran SAL	¢39.000.000,00	¢468.000.000,00
Mantenimiento de Vías y Estructuras Manfer SAL	¢32.000.000,00	¢384.000.000,00
Mantenimiento de Vías Férreas Sector Atlántico S. A. L.	¢21.000.000,00	¢252.000.000,00
Desmantelamiento de la Catenaria S. A. L.	¢34.000.000,00	¢408.000.000,00
Totales	¢126.000.000,00	¢1.512.000.000,00

Ahora bien, siendo que durante el trámite de la gestión se procedió a un replanteamiento de los términos de la solicitud original, a fin de delimitar los alcances de la autorización pretendida, se entiende que únicamente se pretende contratar a tres de las cuatro empresas con que actualmente se mantiene la prestación de servicios ferroviarios, toda vez que la Administración solicita *“se autorice la contratación de las tres empresas que...cotizaron..., son 3 de las 4 que originalmente realizaron propuestas y son las siguientes empresas: /1) Desmantelamiento de la Catenaria S.A., las tareas de Talleres y Transportes para los sectores Caribe y Pacífico (A nivel nacional). / 2) Mantenimiento de Vías Férreas Manfer S.A. (Vías Pacífico). / 3) Mantenimiento de Vías y Estructuras Sector Atlántico S.A. (Vías Caribe)”* (folio 135 del expediente de solicitud).

Al respecto, en el oficio No. 278-L-2016 la Administración manifiesta de manera expresa que siendo que la empresa Talleres y Transportes Incoservitrán S.A. que brinda los servicios de talleres y transportes en el sector pacífico no está en disposición de presentar oferta en lo que respecta a transportes y por ello afirma replantear la solicitud original que iba dirigida a contratar de manera directa a cuatro empresas, a fin de que sea la empresa Desmantelamiento La Catenaria S.A. –que brinda servicios de talleres y transportes en el Caribe-, quien los brinde también en el sector Pacífico, por lo que el monto que se considera para Desmantelamiento de la Catenaria S. A. comprendería adicionalmente la suma de ¢39.000.000,00 contemplados inicialmente para Talleres y Transportes Incoservitran SAL.

Lo anterior, implica que el cuadro señalado sufre modificaciones por cuanto *“se replantea la solicitud de autorización original, para que sea para que Desmantelamiento La Catenaria S. A. que brinda los servicios de talleres y transportes en el Caribe, brinde también los mismos en el sector Pacífico”* (folio 135 del expediente de solicitud).

Asimismo, conviene indicar que las empresas con las que se pretende contratar, según lo aclara la Administración en oficio No. 278-L-2016 no constituyen Sociedades Anónimas Laborales, pese a así haber sido identificadas originalmente, sino que se trata de Sociedades Anónimas.

Como segundo aspecto debe delimitarse el objeto contractual de la contratación que se pretende sea autorizada. Destaca que al consultarse en qué consisten los servicios que se pretende contratar y que se brindara un detalle de los elementos o actividades que lo comprendían, en oficio No. 278-L-2016 la Administración hace señalamiento a la actividad ferroviaria dividida en tres áreas:

“Operativamente, la actividad ferroviaria trabaja en 3 grandes áreas, que son complementarias entre ellas, tan es así que se da una necesidad recíproca entre cada una de ellas y entre las 3, de tal forma que sin la concurrencia de alguna de ellas, las otras dos no podrían operar; estas áreas son: / Transportes (Maquinistas y brequeros) / Mantenimiento de equipo ferroviario (Talleres) / Mantenimiento de vías y estructuras. (Vías)” (folio 137 del expediente de solicitud).

Así, partiendo de que se trata de tres áreas en que se requiere de los servicios ferroviarios conviene hacer referencia qué implica cada una. Sobre el área de *transportes*, la Administración refiere a la operación de los trenes, de manera eficiente, segura y en cumplimiento de itinerarios tanto para transporte de carga como de pasajeros. El personal del área de transporte está constituido por la tripulación de los trenes –maquinistas, ayudantes de maquinista y brequeros- y son los responsables directos de “correr” el tren.

Respecto al *mantenimiento de equipo ferroviario*, se indica que la función y la responsabilidad de esta área operativa en la actividad ferroviaria, es la de *“mantener el equipo rodante tanto tractivo como traccionado, en las mejores condiciones de funcionamiento posibles de tal forma, que el servicio que prestan esos equipos tenga lo que se denomina una alta seguridad de operación”* (folio 138 del expediente de solicitud).

Ello, según se indica, implica reducir al mínimo la posibilidad de que el equipo falle, para la prestación del servicio y con alta disponibilidad. Se indica que el personal de esta área lo constituyen los operarios de mantenimiento en las diferentes área técnicas asociadas a la constitución de los equipos: electricidad, mecánica, electrónica, neumática, hidráulica, metalmecánica, ebanistería y carpintería, soldadura, laminado, mecanizado de metales, enderezado y pintura.

Finalmente sobre el *mantenimiento de vías y estructuras* se tiene que –según lo expone la Administración- la función de esta área es la de mantener la vía férrea y las estructuras en buenas condiciones, para que el tren pueda circular con alta seguridad de paso, lo que implica minimizar al máximo la posibilidad de que el tren se descarrile durante la prestación del servicio, sea de transporte de pasajeros o de carga.

Estando identificado el objeto como servicios ferroviarios que enmarcan las áreas de transportes, mantenimiento de equipo ferroviario y mantenimiento de vías y estructuras, que desde ya denota la importancia de la adecuada prestación del servicio de transporte propiamente dicho, conviene analizar la importancia del objeto contractual de frente a la procedencia o no de aplicar un procedimiento ordinario.

En relación con el área de transporte la Administración se refiere a los trabajadores que intervienen en el servicio y afirma que implica una gran responsabilidad por cuanto está en sus manos, operar equipos de gran complejidad por su tecnología y características físicas y por tanto de gran valor económico y que *“está en sus manos la vida de los pasajeros, cuando el*

tren transporta personas y activos de gran valor cuando el tren transporta carga. En este sentido la formación de personal de transportes conlleva bastantes años y se constituye en una labor sumamente especializada” (folio 138 del expediente de solicitud).

Sobre el mantenimiento de equipo ferroviario afirma la Administración que hay una serie de aspectos que le dan un matiz de gran especialización a la labor de mantenimiento de equipo ferroviario, dado que la disposición, tamaño, aplicación, conformación de los elementos de un tren es bastante diferente a los demás vehículos automotores. Destaca el señalamiento a las consecuencias sumamente negativas que puede provocar un daño en un tren, *“en virtud de que el transporte ferroviario es masivo, sobre todo cuando se trata de transporte de pasajeros, concluimos la importancia que tiene el contar no solo con personal especializado en la reparación de equipo ferroviario, sino que además éste debe tener una buena experiencia en tal gestión” (folio 139 del expediente de solicitud).*

Respecto al mantenimiento de vías y estructuras, se expone que la buena labor de esta área operativa es de gran importancia:

“por cuanto las consecuencias de un descarrilamiento pueden ser desde la muerte de personas y/o la pérdida de la carga transportada, en el peor de los casos. En el mejor de los casos se pueden provocar atrasos económicamente costosos como en el caso de la entrega de carga a destiempo o el atraso en la llegada de los pasajeros a sus destinos con la consiguiente pérdida de imagen para la institución, por una baja en el nivel de satisfacción de los pasajeros con respecto al servicio prestado” (folio 139 del expediente de solicitud).

Además, destaca de lo expuesto por la Administración el que una adecuada labor implica poder emplear mayores velocidades, incrementando la eficiencia y elevando el nivel de satisfacción de los pasajeros, y refiriéndose al mantenimiento de vías y estructuras y la especialización de los trabajadores el que *“por su naturaleza esta es una labor también muy especializada, que conlleva años la formación de personal en este campo” (folio 140 del expediente de solicitud).*

De todo lo dicho, es innegable la exposición que realiza ese instituto sobre la especialización que demandan los servicios a contratar, ya que está en manos de quienes brindan el servicio la conservación de los activos y sobre todo la integridad física, la seguridad y la vida misma de los usuarios de los trenes –máxime tratándose de transporte masivo de personas-. Asimismo, se requiere de una prestación óptima, ya que en adición al deber de garantizar la vida y seguridad de los pasajeros, en caso de atrasos por una deficiente prestación se genera un impacto económico negativo. De ahí, la importancia de que quien brinde el servicio tenga experiencia positiva en la gestión con el nivel de especialización necesario, para dar continuidad al transporte en las mejores condiciones para los usuarios.

En este orden de ideas, la Administración ha manifestado lo siguiente:

“Los servicios que prestan estas empresas, están referidos a situaciones muy particulares de especialización, propios y exclusivos de la actividad ferroviaria, como son los servicios de maquinistas, brequeros, mecánicos de equipo ferroviario, operarios de vías férreas, entre otros, que sólo pueden ser cumplidos por ex trabajadores ferroviarios o que hayan laborado por muchos años para las empresas prestatarias del servicio, es por tal razón que otras empresas que no sean éstas, no pueden dar estos servicios con la inmediatez que se requiere, para no desabastecer el servicio público de transporte ferroviario” (subrayado no corresponde al original). (Folio 136 del expediente de solicitud)

Adicionalmente, se tiene que la Administración manifiesta que cuando se llevaron a cabo las licitaciones de dichos servicios, sólo se presentaron las empresas mencionadas y que las empresas que se pretende contratar de manera directa son tres de las cuatro actuales proveedoras de los servicios, incluso, que *“lo son desde 1996, siendo que con la contratación de las mismas se garantizaría al Instituto poder seguir prestando normalmente los servicios de transporte de carga y pasajeros en las rutas en que actualmente opera el ferrocarril” (folio 143 del expediente*

de solicitud); lo que refleja la idoneidad de dichas empresas a criterio de la Administración, a fin de desempeñar servicios que ameritan gran nivel de especialización.

Según indica INCOFER, refiriéndose al personal de las empresas que se pretende contratar:

“...el personal de dichas empresas tiene una gran experiencia en el campo técnico, por su condición de ex trabajadores ferroviarios que laboraron para el INCOFER, durante muchos años, en esos campos. Han desarrollado una experiencia empresarial de vital importancia para la concatenación que debe darse entre la parte técnica y la administrativa en la gestión empresarial. Esto es de suma importancia para la institución, en vista de que la buena labor en la prestación los servicios que estas empresas brindan, está en función directa del buen servicio de transporte de pasajeros y carga por tren, que la institución brinda. (...) las empresas que el INCOFER contrate para brindar los servicios técnicos en las áreas operativas de transportes, mantenimiento de equipo ferroviario y manteniendo de vías y estructuras deben ser empresas especializadas en los campos descritos, y con experiencia en lo administrativo en el campo ferroviario, características que se considera, solo estas empresas cumplen por las razones descritas, con lo cual la institución se asegura el mejor servicio técnico posible, lo que se refleja en la prestación de un servicio de transporte de pasajeros y carga confiable y seguro, en beneficio del bien público” (resaltado no corresponde al original). (Folios 140 y 141 del expediente de solicitud).

Ahora bien, como elemento esencial, se tiene que los contratos que actualmente amparan los servicios ferroviarios pierden vigencia el próximo 15 de agosto 2016 y según lo manifiesta la Administración, no se cuenta con procedimientos de contratación en trámite, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley de Fortalecimiento del INCOFER, como para que se puedan derivar contrataciones, y ante la ausencia de reglamentación de la citada ley, no se han realizado gestiones concretas para contar con las contrataciones respectivas.

Vistas las implicaciones de los servicios ferroviarios a contratar, resulta más que evidente la importancia de éstos y la necesidad de contar con trenes y vías en óptimas condiciones para el transporte de personas y de carga, siendo que el carecer de contrataciones que amparen la prestación de los servicios de transportes, mantenimiento de equipo ferroviario y mantenimiento de vías y estructuras, imposibilita la prestación del servicio.

La ausencia de los servicios que se pretenden contratar de manera directa a las empresas señaladas, trasciende a una afectación institucional, ya que sin duda, implicaría un enorme trastorno a nivel operativo del INCOFER, imposibilitando el servicio de transporte que está llamado a brindar lo que tiene una incidencia directa en la ciudadanía en relación con el traslado para desarrollo de actividades diarias.

De todo lo dicho, estima este órgano contralor que el contar con una contratación que ampare los servicios ferroviarios para dar continuidad al servicio de transporte de personas y carga, se convierte en una exigencia que debe ser atendida por medio de un mecanismo excepcionalísimo, siendo que ante la situación actual que enfrenta la Administración no puede supeditarse la prestación del servicio de transporte de tren a la promoción de un procedimiento ordinario y al tiempo y formalidades que ello implica. Una posición contraria, supone dar prevalencia al procedimiento en sí mismo y no a la finalidad a la que está dirigido: dotar a la Administración de bienes y servicios para satisfacer necesidades, y que para el caso particular es más que evidente el interés público que revisten.

Asimismo, a partir de lo todo lo expuesto, resulta conveniente no sólo obviar el procedimiento ordinario que en principio debió realizarse, sino cualquier tipo de concurso a efecto en razón del tiempo que ello consumiría lo que indudablemente implica una afectación a los usuarios, según fue dicho, por lo que a partir de las especiales condiciones con que cuentan las empresas propuestas por la Administración en factible su contratación.

Así las cosas, considerando esta situación excepcional de que a partir del 16 de agosto próximo no existe contratación que ampare los servicios ferroviarios para la

continuidad del servicio de tren, es que esta Contraloría General de la República estima que el obviar el concurso y contratar de manera directa a tres de las empresas que han venido brindando el servicio que implica un alto grado de especialización y experiencia, se configura en la mejor forma no sólo de satisfacer el interés público sino de evitar daños a éste, y en razón de ello, se estima procedente otorgar la autorización solicitada, de conformidad con los artículos 2 bis de la LCA y 138 del RLCA.

Por tanto, se otorga autorización al INCOFER para contratar de manera directa a las empresas Mantenimiento de Vías Férreas Manfer S.A., Mantenimiento Vías y Estructuras del Sector Atlántico S.A. y Desmantelamiento de la Catenaria S.A., por el plazo de 2,7 meses y por el monto total global de ¢352.430.000,00, para un monto mensual de ¢126.000.000.

Se advierte que la Administración deberá solicitar ofertas a cada una de las empresas con las que se autoriza contratar de manera directa previo a la adjudicación y correspondiente suscripción de los contratos, y en caso de que el monto ofertado sea inferior a los montos mensuales arriba señalados en el cuadro, como límites máximos mensuales autorizados, prevalecerá el monto inferior ofertado y será éste el que se consigne contractualmente.

Ahora bien, respecto a los fondos con que cuenta la Administración para amparar la contratación, esta División, vista la certificación de contenido presupuestario remitida junto con el oficio de solicitud que hacía referencia al monto de ¢178.200.000 (folio 05 del expediente de solicitud) requirió una certificación de contenido presupuestario en la que se indicara que se cuenta con la totalidad de fondos suficientes y disponibles para amparar las erogaciones que se deriven de la contratación pretendida durante el año 2016, y que se indicara la partida presupuestaria que ampara la erogación para lo que resta del período 2016, considerando el monto mensual de la contratación.

En respuesta a ello se remitieron dos certificaciones de contenido presupuestario, que constan a folios 150 y 151 del expediente de solicitud que hacen referencia a ¢389.250.000,00 y ¢168.750.000,00, según se indica, para el 2016 la contratación sería por cuatro meses y medio que *“asciende a la suma de ¢567.000.000. De estos se cuenta de acuerdo con las certificaciones ahora remitidas DF- 0056-2016 y DF-0057-2016, con ¢168.750.000,00 de recursos corrientes y ¢398.250.000,00 de recursos de capital”* (folio 142 del expediente de solicitud).

Llama la atención que en oficio No. 281-L-2016 se consignó: *“Se adjunta nueva certificación de contenido económico, emitida el día de hoy y se reitera que el monto de las contrataciones asciende a la suma de ¢567.000.000,00, tal y como se ha indicado en la Certificación de Recursos anexa. De dicha suma requerida, se cuenta actualmente con recursos disponibles y reservados por la suma de ¢352.430.000,00 y se han reasignado recursos mediante la Modificación 04-2016 por la suma de ¢255.000.000,00, para un total disponible de recursos de ¢607.430.000,00”* (subrayado no corresponde al original) (folio 176 del expediente de solicitud).

Sin embargo, vista la certificación DF-0060-2016 remitida, en ella se certifica que según revisión realizada en los saldos del presupuesto 2016 *“se cuenta con recursos disponibles y reservados por la suma de trescientos cincuenta y dos millones cuatrocientos treinta mil colones (¢352.430.000,00)...”* (folio 177 del expediente de solicitud).

Considerando lo anterior, únicamente es factible autorizar hasta el monto disponible y reservado al día de hoy para la contratación que se pretende sea autorizada, es decir, partiendo de lo que efectivamente cuenta la Administración para hacerle frente a las obligaciones, de ahí que este órgano contralor se vea imposibilitado a otorgar la autorización en los términos originalmente pretendidos en relación con el monto y el plazo, toda vez que no se cuenta con los fondos suficientes “disponibles” para enfrentar las obligaciones que se generen desde el 16 de agosto y hasta el 31 de diciembre 2016.

Ello implica que la autorización que aquí se otorga se limite al monto total de ¢352.430.000, 00, según certificación de contenido presupuestario No. DF-0062-2016 dada a los 11 días del mes de agosto 2016 que consta a folio 180 del expediente, lo que impacta en el plazo de la autorización, considerando un monto mensual de ¢126.000.000,00, a razón de 2,7 meses.

En otro orden de ideas, conviene señalar que esta Contraloría General requirió un nuevo acuerdo del Consejo Directivo de ese instituto en el cual se hiciera indicación expresa del servicio a contratar y los montos respectivos, no obstante, atendiendo a la situación particular de la Administración de no contar con jerarca durante el trámite de la gestión y vista la aclaración efectuada mediante oficio No. 278-L-2016 deben efectuarse ciertas consideraciones, siendo que el INCOFER hace referencia a que *“De conformidad con el Acuerdo N° 4548 del Consejo Directivo, los servicios que prestan los actuales contratistas son los ferroviarios, sea en las tres áreas descritas en el punto 2. Al existir ya un acuerdo del Consejo Directivo que autoriza tramitar esta solicitud de contratación directa, la cual se refiere a los servicios que prestan estas empresas...”* (folio 141 del expediente de solicitud).

Así las cosas, en el acuerdo No. 4548 tomado en sesión ordinaria 2210-2016 del 04 de julio 2016 pese a que se indica como asunto ampliación a contrato, en su contenido se indicó de manera expresa lo siguiente: *“Se autoriza al Presidente Ejecutivo ...a requerir ante la Contraloría General de la República, la autorización de solicitud de contratación directa de servicios que prestan las Sociedades Anónimas...MANTENIMIENTO DE VÍAS Y ESTRUCTURAS MANFER S.A.L, MANTENIMIENTO DE VÍAS FÉRREAS SECTOR ATLÁNTICO S.A.L Y DESMANTELAMIENTO DE LA CATENARIA S.A. hasta por el plazo de un año a partir del 16 de agosto 2016, mientras se culminan las gestiones y los procesos de contratación administrativa correspondientes a contar con los mecanismos para desarrollar cabalmente las diferentes funciones que conlleva la prestación de los servicios ferroviarios (...)”* (subrayado no corresponde al original) (folio 06 del expediente de solicitud).

Por su parte, en los contratos con las citadas empresas que fueron remitidos, y respecto de los cuales se afirma que se encuentran vigentes hasta el próximo 15 de agosto (folio 02 del expediente de solicitud), se observa en las cláusulas de los contratos referidas al objeto, la referencia a la prestación de servicio de operación, mantenimiento, reparación de equipo pesado y equipo de mantenimiento de vía férrea, entre otras. Así, siendo que existe una referencia expresa en el acuerdo señalado a los servicios ferroviarios y a la contratación directa de estos, se considera el acuerdo remitido para efectos de tramitar la gestión, no obstante, la contratación directa pretendida deberá ser de conocimiento y contar con el debido aval del Consejo Directivo, una vez que este pueda ser constituido.

Se entiende que lo aquí autorizado origina una contratación distinta a las tramitadas con anterioridad, y por lo tanto independiente de éstas y en particular, independiente de los contratos actualmente vigentes. Al respecto, se advierte que la Administración deberá tener especial diligencia a fin de evitar duplicidad de contrataciones para un mismo objeto, por lo que la vigencia de los contratos que se lleguen a suscribir producto de la presente autorización deberá ser a partir de que los actualmente vigentes, pierdan vigencia.

Asimismo, la autorización se otorga bajo el entendido en que constituye una medida excepcional para no dejar desprovista a la Administración de un servicio esencial por la naturaleza de las labores y es hasta tanto se cuente con la contratación derivada del procedimiento de contratación administrativa que deba realizarse.

Al respecto, se advierte de modo expreso que al momento en que se cuente con contratos derivados de los procedimientos ordinarios correspondientes, las contrataciones que aquí se autorizan se extinguirán de manera anticipada, todo de conformidad lo indicado en el acuerdo del Consejo Directivo No. 4548. Ello aplica de igual modo en caso de que las funciones que implican los servicios a contratar puedan ser suplidas por relaciones de empleo público –en caso de que se otorguen plazas según las gestiones a presentar ante la Autoridad Presupuestaria- o contratación administrativa –a partir del régimen especial al que se sujetaría el instituto-.

Respecto a las condiciones y alcance en que se brindan los servicios, al estar referido a la determinación del objeto contractual, ello compete de forma exclusiva a la Administración como mejor conocedora de su necesidad y la forma de verla satisfecha.

Se advierte que el análisis de esta Contraloría General de la República con ocasión del trámite de la autorización se limita a la procedencia o no de obviar el procedimiento ordinario que como regla de principio debe realizarse según fue expuesto, por lo tanto, ello no implica una revisión de las actuaciones de la Administración previo a la solicitud de autorización, lo cual corre bajo entera responsabilidad de ese Instituto y que en todo caso está sujeto a eventual fiscalización posterior.

Respecto al plazo de la contratación que aquí se autoriza, se otorga hasta por 2,7 meses, toda vez que se está recurriendo a una vía excepcional debiéndose dar prioridad al procedimiento que corresponda realizar considerando la entrada en vigencia de la ley No. 9366 y por cuanto la Administración cuenta con fondos disponibles al día de hoy hasta por el monto que alcanza para cubrir las obligaciones por dicho plazo, a razón de ¢126.000.000 por mes. Por tal motivo, deberán desplegarse todas las acciones y esfuerzos pertinentes para alcanzar la máxima agilidad en el trámite del procedimiento ordinario que corresponda, para contar oportunamente con una contratación que ampare la prestación de los servicios, sin ver desmejoradas las funciones del INCOFER.

En tal sentido, se reitera que desde la autorización otorgada mediante oficio No. 04718 (DCA-0772) del 27 de marzo 2015 se advirtió: *“que se otorga a la Administración con respecto a la contratación de los servicios mencionados, debe acompañarse de los mecanismos de planificación, seguimiento y diligencia suficiente como para atender el cumplimiento del procedimiento ordinario correspondiente”*.

Considerando las respuestas brindadas en atención a lo planteado por este órgano contralor en el oficio No. 09944 (DCA-1915) del 27 de julio 2017 en los puntos 8, 9 y 10, deberá la Administración valorar si es procedente el establecimiento de sanciones disciplinarias.

III. Condiciones bajo las que se otorga la autorización

De forma adicional a los condicionamientos ya señalados, la autorización se condiciona, además, a lo que a continuación se detalla:

1. Se autoriza al INCOFER a contratar de manera directa servicios ferroviarios a las empresas: Mantenimiento de Vías Férreas Manfer S.A. (mantenimiento de vías y estructuras Pacífico), Mantenimiento Vías y Estructuras del Sector Atlántico S.A. (mantenimiento de vías y estructuras Caribe) y Desmantelamiento de la Catenaria S.A. (servicios de talleres, mantenimiento de equipo ferroviario y transportes a nivel nacional), por el plazo de 2,7 meses y por el monto total global de ¢352.430.000,00.
2. La autorización se otorga por el plazo máximo de 2,7 meses en razón del contenido presupuestario, contados a partir del vencimiento de los actuales contratos. Asimismo, se deja expresamente advertido que el plazo de la contratación queda supeditado al procedimiento ordinario que se promueve, con lo cual una vez que la adjudicación del procedimiento ordinario esté en firme y el contrato (o contratos) puedan dar inicio, se dará una extinción anticipada de la vigencia de los contratos que se deriven de la presente autorización. Lo anterior deberá ser advertido a los contratistas de manera expresa en los contratos.
3. La valoración de la razonabilidad de las sumas a cancelar durante la ejecución de los contratos corresponde exclusivamente a la Administración, lo cual debe constar en el expediente suscrito por funcionario responsable.
4. La Administración deberá tomar las previsiones necesarias para verificar y acreditar que no existan simultáneamente dos contrataciones vigentes para el mismo objeto, lo cual se deja aquí expresamente advertido.
5. Deberá contarse con el contenido presupuestario suficiente y disponible para amparar las erogaciones que surjan como producto de la presente autorización,

- debiendo verificarse que tales recursos puedan utilizarse válidamente para el fin propuesto.
6. La Administración asume la responsabilidad por las razones que motivaron la autorización en los términos indicados.
 7. Deberá quedar constancia en un expediente levantado al efecto, de todas las actuaciones relacionadas con esta contratación, para efectos de control posterior.
 8. De conformidad con los términos del artículo 13 de la Ley de Contratación Administrativa, la Administración debe tener presente que es su responsabilidad fiscalizar la contratación con la finalidad de verificar el adecuado cumplimiento del objeto contractual. Deberá contarse con el recurso humano calificado que verifique la correcta ejecución de los contratos.
 9. Es deber de la Administración, que tanto previo como al momento de la formalización contractual y durante la fase de ejecución, verifique y acredite que las empresas se encuentran al día en la cancelación de las contribuciones con Fodesaf y las derivadas del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, de forma tal que previo a cualquier pago, deberá corroborarse dicha situación. De igual manera deberá verificar que los contratistas se encuentren al día en el pago con dicha obligación de la seguridad social y con 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. Adicionalmente, previo a la suscripción de los contratos, deberá dejar constando en el expediente certificaciones originales emitidas por las autoridades competentes sobre ambas condiciones (CCSS y Fodesaf).
 10. De previo a la suscripción de los contratos, deberá la Administración verificar el cumplimiento de los permisos, licencias, estudios, y en general cualesquiera otros requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la ejecución del objeto contractual.
 11. La Administración deberá verificar que las tres empresas se encuentren al día en el pago de impuestos nacionales.
 12. Corre bajo absoluta responsabilidad de la Administración la definición de la solución propuesta, así como la verificación de la definición de la idoneidad legal, técnica y financiera de las empresas a contratar de manera directa.
 13. Las modificaciones contractuales se regirán por lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 del respectivo Reglamento, sin que para el ejercicio de esa potestad se requiera autorización de esta Contraloría General. Lo anterior en el tanto se cumplan los supuestos establecidos en el artículo 200, puesto que en caso de no ser así, deberá estarse a lo indicado en el párrafo penúltimo de esa norma, a saber: *“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 (...)”*.
 14. Al ser un procedimiento excepcional autorizado sobre la base de las explicaciones acá brindadas, no es viable aplicar una nueva contratación al amparo del artículo 201 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.
 15. Se deja bajo la exclusiva responsabilidad de esa Administración verificar que los contratistas no cuenten con prohibiciones para contratar con el Estado –entendido en sentido amplio– y que no se encuentren inhabilitados para contratar con la Administración Pública, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.
 16. La Administración deberá suscribir contratos con las referidas empresas, contratos que deberán contar con la aprobación interna según lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.
 17. En razón del plazo por el que se otorga la presente autorización, se advierte que corresponde a ese Instituto tomar todas las medidas necesarias para que, oportunamente, se gestione ante esta Contraloría General la autorización que se llegue a requerir por los meses subsiguientes, una vez que se cuente con los recursos suficientes y disponibles. Lo anterior a fin de garantizar la prestación continua de los servicios.

Se advierte que la verificación del cumplimiento de las condiciones indicadas en el presente oficio será responsabilidad de Elizabeth Briceño Jiménez, Gerente Administrativa,

o quien ejerza ese cargo. En el caso de que tal verificación no recaiga dentro del ámbito de su competencia, será su responsabilidad instruir a la dependencia que corresponda ejercer el control sobre los condicionamientos señalados anteriormente.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

María Jesús Induni Vizcaíno
Fiscalizadora

MJIV/
Ni: 19226, 20806, 20910, 20994, 21021, 21569, 21577, 21610.
G: 2016002621-1