



**Al contestar refiérase
al oficio No. 05047**

09 de abril, 2021
DCA-1395

Señor
Mario Rodríguez Vargas
Director Ejecutivo
CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD

Estimado señor

Asunto: Se otorga autorización al Consejo Nacional de Vialidad para modificar el Memorando de Acuerdo CONAVI – UNOPS: “*Supervisión del proyecto “Corredor Vial Circunvalación Norte, Ruta Nacional No. 39, sección Uruca (Ent. Ruta Nacional No. 108) – Calle Blancos (Ruta Nacional No. 109)” y fortalecimiento de la Unidad Ejecutora del Programa de Obras Estratégicas de Infraestructura Vial*”, por el plazo de 9 meses y el monto de \$1.332.000.

Nos referimos a su oficio No. DIE-EX 07-2021-127 (78) del 03 de febrero de 2021, y recibido en esta Contraloría General de la República el 04 de febrero de 2021, así como a los anexos recibidos de forma completa hasta en fecha 05 de febrero de 2021; documentación mediante la cual solicita la autorización descrita en el asunto.

Mediante oficio No. 02469 (DCA-0471) del 18 de febrero de 2021 esta División requirió a la Administración que aportara información adicional, lo cual fue atendido mediante el oficio No. DIE-EX 07-2021-0256 (78) del 25 de febrero de 2021 y documentación adjunta remitida el 26 de febrero de 2021.

Aunado a lo anterior, con la finalidad de precisar y aclarar aspectos relacionados con la autorización en estudio, este órgano contralor consideró pertinente efectuar un acercamiento con la Administración, para lo cual se le convocó a reunión el día jueves 11 de marzo de 2021, a las 1:30 pm; lo cual, al amparo de lo dispuesto en el numeral 146 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, interrumpió el plazo para resolver la autorización requerida.

Asimismo, mediante oficio No. 04062 (DCA-1124) del 16 de marzo de 2021 esta División requirió a la Administración que aportará información adicional, lo cual fue atendido mediante el oficio No. DIE- EX -07-2021-0342 (078) del 18 de marzo de 2021, recibido en la misma fecha de su emisión.

No obstante lo anterior, mediante el oficio No. 04942 (DCA-1362) del 08 de abril de 2021 esta División denegó la autorización requerida por el Consejo Nacional de Vialidad, considerando que no se logró acreditar si la Administración tenía los recursos económicos suficientes y disponibles para enfrentar las erogaciones de la modificación pretendida, en el presente año 2021.

Ahora, mediante oficio No. DIE-EX-07-2021-0404 (78) del 08 de abril de 2021, recibido en la misma fecha, la Administración atendió el tema del faltante presupuestario.

I. Antecedentes y justificación de la solicitud

Como razones dadas para justificar la presente solicitud, ésta Administración manifiesta lo siguiente:

1. Que mediante oficio No. 11359 (DCA-1950) del 10 de agosto del 2015, esta Contraloría General refrendó el Memorando de Acuerdo (MdA) para la “*Supervisión del proyecto “Corredor Vial Circunvalación Norte, Ruta Nacional No. 39, sección Uruca (Ent. Ruta Nacional No. 108) – Calle Blancos (Ruta Nacional No. 109)” y fortalecimiento de la Unidad Ejecutora del Programa de Obras Estratégicas de Infraestructura Vial*” y la adenda No. 1, suscritos entre el Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) y la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS).
2. Que dicho acuerdo se encuentra en fase de ejecución y UNOPS ha atendido sus obligaciones satisfactoriamente, tanto en la fase de diseño que se encuentra concluida, como en la fase de construcción que tiene un avance de un 63%.
3. Que la etapa constructiva del proyecto ha enfrentado incidencias, entre las que se encuentran: atrasos en expropiaciones, el desalojo del asentamiento informal Triángulo de la Solidaridad, la reubicación de la Escuela Juan Rafael Vargas Quirós (ubicada en Colima de Tibás) y la reubicación de servicios públicos; las cuales han motivado la necesidad de realizar ajustes tanto en el plazo como en el monto del Memorando de Acuerdo, con el fin de adecuarlo a los plazos de finalización autorizada de las Unidades Funcionales.
4. Que, de conformidad con lo anterior, se han aprobado por el CONAVI y suscrito de manera conjunta con UNOPS, cinco adendas adicionales a la primera refrendada por la Contraloría General.
5. Que la adenda No. 2 no implicó cambios en el alcance del MdA, más si en plazo y monto, siendo que se incorporó un plazo de dieciséis meses para la ejecución de las actividades sustentadas en el MdA, y se incrementó en el monto de \$731.424,00, lo que equivale a un 13.55%.

6. Que la adenda No. 3 no implicó cambios en el alcance ni en el monto del MdA, pero sí se extendió la duración del acuerdo, por doce meses adicionales y se hizo una redistribución de las partidas contempladas dentro del presupuesto de la adenda No. 2.
7. Que la adenda No. 4 no implicó cambios en el alcance del MdA, más si en plazo y monto, siendo que se incorporó un plazo de ocho meses, y se incrementó en el monto de \$1.815.609,00, lo que equivale a un 47.20%.
8. Que la adenda No. 5 no implicó cambios en el alcance ni en el monto del MdA, pero sí se extendió la duración del acuerdo, por tres meses y veinte días adicionales y se hizo una redistribución de las partidas contempladas dentro del presupuesto de la adenda No. 4.
9. Que la adenda No. 6 no implicó cambios en el alcance ni en el monto del MdA, pero que sí se extendió la duración del acuerdo, por tres meses adicionales.
10. Que las adendas No. 2 a No. 6 han estado exclusivamente orientadas a la adaptación del plazo contractual al plazo del desarrollo de las obras objeto de las actividades de supervisión, así como el correspondiente reconocimiento de los costos incrementales.
11. Que el proyecto se encuentra en fase de ejecución de las Unidades Funcionales 1, 2A, 2B, 3 y 4, las cuales han recibido orden de inicio por parte del CONAVI.
12. Que la última Unidad Funcional que finalizará su ejecución, de conformidad con el "**Cuadro 9. Resumen de plazos por Unidad Funcional**" es la Unidad Funcional IIA, que finaliza el 13 de noviembre de 2021.
13. Que el plazo del MdA finaliza el 31 de marzo de 2021, de acuerdo con la adenda No. 6 vigente, pero el proyecto continúa su fase de construcción hasta en una fecha posterior, por lo que es necesario extender el plazo y el monto del MdA, con la finalidad de realizar la supervisión formal de las Unidades Funcionales activas hasta su conclusión.
14. Que la necesidad de la ampliación del plazo y de costo, no obedece a incumplimientos de UNOPS, sino que tienen su origen en las incidencias propias del contrato de diseño y construcción.
15. Que las condiciones de la supervisión están atadas, indefectiblemente, a las del objeto de esa supervisión
16. Que en la medida en la que exista actividad de ejecución de obras, el CONAVI no puede prescindir de un esquema efectivo de supervisión.

17. Que no resulta conveniente, a esta altura de la ejecución del proyecto, hacer un cambio en el esquema de supervisión, puesto que las tareas a cargo de la UNOPS han sido atendidas de manera satisfactoria y efectiva y porque promover una nueva contratación, supondría una nueva tramitación adicional, que resulta costosa y que toma tiempo concretarla.
18. Que pensar en una sustitución de la supervisión actual, supone la introducción de un nuevo actor que tendrá una curva de conocimiento y aprendizaje acerca de las circunstancias del proyecto, que resulta inconveniente a estas alturas de la ejecución.
19. Que se solicita autorización para modificar, mediante la adenda No. 7, el MdA, ampliando el plazo por nueve meses adicionales e incrementando el monto por la suma de \$1.332.000, lo que equivale 71.90% del monto original del MDA.
20. Que la solicitud se fundamenta en el inciso c) del numeral 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa por cuanto la Adenda No. 7 supone un incremento acumulado del 71,90% con respecto al MdA original.

II. Criterio de la División

Como punto de partida resulta de interés indicar que durante la ejecución de un contrato es posible que la Administración se encuentre frente a situaciones que ameritan modificar el contrato o generar uno adicional, todo con el fin de dar atención al fin público, sobre el que se sustenta el contrato.

En este sentido, resulta de interés lo dispuesto en el artículo 12 de la LCA, respecto al derecho de modificación contractual, y que es desarrollado en el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en los siguientes términos:

“La Administración podrá modificar unilateralmente sus contratos tan pronto éstos se perfeccionen, aún antes de iniciar su ejecución y durante ésta, bajo las siguientes reglas: / a) Que la modificación, aumento o disminución del objeto, no le cambie su naturaleza, ni tampoco le impida cumplir con su funcionalidad o fin inicialmente propuesto. / b) Que en caso de aumento se trate de bienes o servicios similares. / c) Que no exceda el 50% del monto del contrato original, incluyendo reajustes o revisiones, según corresponda. / d) Que se trate de causas imprevisibles al momento de iniciar el procedimiento, sea que la entidad no pudo conocerlas pese a haber adoptado las medidas técnicas y de planificación mínimas cuando definió el objeto. / e) Que sea la mejor forma de satisfacer el interés público. / f) Que la suma de la contratación original, incluyendo reajustes o revisiones de precio, y el incremento adicional no superen el límite previsto para el tipo de procedimiento tramitado. / En contratos de prestación continua se podrá modificar tanto el objeto

como el plazo. En este último supuesto el 50% aplicará sobre el plazo originalmente contratado, sin contemplar las prórrogas. / Cuando el objeto esté compuesto por líneas independientes, el 50% se calculará sobre cada una de ellas y no sobre el monto general del contrato. / El incremento o disminución en la remuneración se calculará en forma proporcional a las condiciones establecidas en el contrato original. En caso de disminución, el contratista tendrá derecho a que se le reconozcan los gastos en que haya incurrido para atender la ejecución total del contrato. / En caso de contratos de obra, podrán ser objeto de incremento solo aspectos que no sean susceptibles de una contratación independiente sin alterar, perjudicar o entorpecer la uniformidad, la secuencia, la coordinación y otros intereses igualmente importantes. / Modificaciones que no se ajusten a las condiciones previstas en este artículo, sólo serán posibles con la autorización de la Contraloría General de la República, la cual resolverá dentro del décimo día hábil posterior a la gestión, basada, entre otras cosas, en la naturaleza de la modificación, estado de ejecución y el interés público. La Contraloría General definirá reglamentariamente el procedimiento aplicable para lo previsto en este artículo.”

Así las cosas, el artículo 208 del Reglamento establece, en su parte final, que las 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 la gestión, basada, entre otras cosas, en la naturaleza de la modificación, estado de ejecución y el interés público.

En el caso bajo análisis, se tiene que la Administración pretende una “[...] autorización de esta Contraloría General para una modificación contractual del referido MdA (Adenda No. 7) [...]” con la finalidad de “[...] ampliar el plazo nueve (9) meses adicionales [...]” y el “[...] incremento en la Adenda No. 7 corresponde a \$1.332.000 [...]”.

En consecuencia, este órgano contralor procederá a analizar el cumplimiento de los requisitos contemplados en el numeral 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, así como otros aspectos, en la solicitud presentada.

Entre esto, como aspectos previos a la verificación del cumplimiento o no de los supuestos del artículo 208 antes mencionado, se debe verificar condiciones previas, como lo es el contenido presupuestario, la vigencia del contrato y la posibilidad del contratista para contratar con el Estado, específicamente su situación con la seguridad social.

a) Sobre la vigencia del Memorando de Acuerdo

En relación con este tema, tal y como se observa del numeral anteriormente transcrito, la modificación unilateral de los contratos procede en el tanto el contrato se encuentre vigente, en los siguientes términos: “La Administración podrá modificar unilateralmente sus contratos tan pronto éstos se perfeccionen, aún antes de iniciar su ejecución y durante ésta [...]”.

Sobre lo anterior, en el oficio No. DIE-EX 07-2021-0256 (78) del 25 de febrero de 2021, en atención al requerimiento plasmado en el oficio No. 02469 (DCA-0471) del 18 de febrero de 2021 de esta División, la Administración expuso lo siguiente:

“[...] en la consulta se indica que el punto de partida del cómputo del plazo original del MdA es la fecha de refrendo por parte de la Contraloría General, que según se indica, sería la fecha de “vigencia” según la postura del órgano contralor. Sin embargo, esa es la fecha de eficacia del MdA como tal, pero la fecha de vigencia para los efectos del cómputo del plazo es la que prevé el propio MdA, que en la cláusula 6 inciso b) establece lo siguiente: / “UNOPS no estará obligada a comenzar la prestación de sus servicios hasta que se hayan recibido las transferencias mencionadas y no asumirá compromisos financieros por importes superiores al de los fondos recibidos. UNOPS empezará la ejecución de la asistencia a más tardar quince (15) días hábiles después de haber recibido la primera transferencia financiera”. / De manera que el cómputo del plazo de los servicios de asistencia a cargo de UNOPS corre a partir de que el contrato es eficaz por contar con el refrendo de la Contraloría General y de que se cumple con lo previsto en la cláusula 6 inciso b), que son las dos condiciones concurrentes para de conformidad con la interpretación que de buena fe siempre le hemos dado las partes a las disposiciones del MdA. Es por esto que la entrada en vigencia del MdA de conformidad con la interpretación de las partes fue a partir del 10 de setiembre del 2015, fecha en la cual CONAVI giró el primer desembolso, formalizado a través de la Enmienda No. 1 a la Orden de Servicio No. 1 - Inicio de Labores del MdA (Anexo No. 2), por un plazo de 24 meses a partir de dicha fecha, dando como resultado fecha de finalización el 10 de setiembre de 2017. / En consecuencia, si se considera la fecha de inicio que las partes hemos interpretado siempre como la correspondiente de conformidad con los términos expresos del MdA, y a partir de esa fecha se computan tanto el plazo original como las sucesivas ampliaciones acordadas mediante las Adendas 2 a 6, es claro que el plazo contractual vence el día 31 de marzo de 2021 y que en consecuencia está plenamente vigente, lo que está debidamente formalizado en los propios textos de las respectivas adendas y en la Orden de Servicio No. 1 - Inicio de Labores del MdA que ya se ha comentado. / Estos aspectos se reflejan de manera gráfica en la línea del tiempo que se presenta en la respuesta siguiente.”

Y a su vez, en el oficio No. DIE- EX -07-2021-0342 (078) del 18 de marzo de 2021, en atención al requerimiento plasmado en el oficio No. 04062 (DCA-1124) del 16 de marzo de 2021 de esta División, la Administración dispuso que:

“[...] desde la perspectiva de las partes la interpretación contractual supone que el plazo de ejecución de 24 meses previsto en el MdA se computa una vez que se cumplan dos condiciones fundamentales y concomitantes: el refrendo de la Contraloría General y el desembolso inicial. El cumplimiento cabal de ambas condiciones solo se tuvo en fecha 10 de setiembre de 2015, por lo que

necesariamente es a partir de esa fecha que las partes interpretamos que se computa el plazo contractual de 24 meses y hemos ajustado de buena fe nuestras actuaciones a ese criterio interpretativo. / Hemos revisado la interpretación que hace ese órgano contralor, que desde luego estimamos respetable, pero que no es la que las partes hemos tenido en todo momento, desde la formulación contractual hasta la fase de ejecución. Sobre esto, debemos puntualizar lo siguiente: / ● Según hemos podido comprender, el criterio interpretativo de la Contraloría General parte de disposiciones contractuales que se refieren a que la entrada en vigor del contrato se produce a partir del refrendo contralor (disposiciones 2.a y 19 del MdA). En este sentido, es cierto que esas disposiciones contractuales existen. Sin embargo, el contrato tiene otras disposiciones que tienen relación directa con la materia específica del cómputo del plazo y que no pueden dejarse de lado a la hora de hacer un ejercicio de interpretación integral y sistemática del contrato. / ● Puntualmente, hemos hecho referencia a la disposición contractual contenida en el punto 6.b, que señala con total claridad: / “b) UNOPS no estará obligada a comenzar la prestación de sus servicios hasta que se hayan recibido las transferencias mencionadas y no asumirá compromisos financieros por importes superiores al de los fondos recibidos. UNOPS empezará la ejecución de la asistencia a más tardar quince (15) días hábiles después de haber recibido la primera transferencia financiera.” / Es decir, hay una fecha de entrada en vigor a partir del refrendo, pero hay una clara condición para que la ejecución inicie, esto es, el primer desembolso. Esta regla fue recogida también en el punto 3 del Apéndice VIII del MdA, por lo que el documento contractual es reiterativo en cuanto a la debida concurrencia de condiciones en el sentido que ya hemos apuntado. / ● De esta manera, podemos comprender que el órgano contralor sugiera la interpretación que ha mencionado, pues una lectura parcial del MdA puede conducir a esa conclusión. Pero respetuosamente debemos indicar que ni esa fue la voluntad de las partes, ni tampoco esa es la interpretación que arroja una lectura integral del MdA. / ● La materia de interpretación contractual es desde luego un asunto que reviste cierto grado de complejidad en ocasiones. De ahí que sea un tema abordado por la doctrina calificada, que parte de principios que informan el ejercicio interpretativo, como ocurre con las disposiciones normativas del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el reconocido jurista español Luis Díez-Picazo señala lo siguiente: / “Denominamos principios rectores de la interpretación a las directrices básicas a que la interpretación debe ajustarse y las finalidades primordiales que debe tratar de conseguir. ¿Cuáles son esos principios básicos de la interpretación contractual? A nuestro juicio fundamentalmente tres 1., el principio de búsqueda de la voluntad real de los contratantes; 2., el principio de conservación del contrato; 3., el principio de buena fe.” / En el caso que nos ocupa, según lo hemos expresado en nuestra respuesta anterior y en esta, las partes suscribientes del MdA hemos sido claras en que nuestra voluntad estuvo orientada al establecimiento de dos condiciones concurrentes, esto es, el contar con el refrendo del contrato como requisito de eficacia y segundo, el primer desembolso como requisito indispensable para el inicio de la ejecución y, por lo tanto, del plazo contractual como tal. Desde nuestra óptica, esas condiciones están reguladas en el

MdA y deben ser valoradas de forma conjunta. También hemos señalado que nuestra posición es de absoluta buena fe, esto es, en ningún momento las partes hemos tenido una intención distinta a la expresada, ni hemos tenido duda alguna de la interpretación de la regla: hemos actuado consistentemente según nuestro leal saber y entender, en el plano de la buena fe. Pero adicionalmente, la interpretación que hacemos permite entender que se está ante un contrato vigente y eficaz, lo que supone una interpretación que cumple con el principio de conservación referido por el profesor Díez-Picazo, que además tiene clara manifestación en la jurisprudencia constitucional (Resoluciones 998-1998 y 14421-2004 de la Sala Constitucional) y en los artículos 4 y 10 de la Ley de Contratación Administrativa y de la Ley General de la Administración Pública, respectivamente. Hacer una interpretación parcial, se aparta de la voluntad real de las partes y conduce a un escenario de irregularidad en la ejecución contractual que se contrapone a los principios de conservación y de buena fe. / • En el mismo sentido, debemos agregar que hay un sentido lógico en la interpretación contractual que hemos hecho a partir de los elementos contenidos en el MdA vistos desde una perspectiva integral. El cronograma y el presupuesto del contrato fueron formulados en función de un plazo de 24 meses y precisamente por esa razón se incluyó la condición de que la ejecución no iniciaba sin el desembolso inicial. Por la naturaleza del MdA y el funcionamiento de UNOPS, dicho organismo no adquiere compromisos de ejecución si no se cuenta con el desembolso que le permita ejecutar sus funciones. Es por eso que se consignó el requisito del primer desembolso como indispensable para el inicio de la ejecución contractual prevista para 24 meses. Interpretar que el plazo corre desde el refrendo, conlleva a que no necesariamente hay un ajuste entre plazo, cronograma y presupuesto, que fue precisamente lo que se pretendió evitar con la inclusión de las disposiciones de los puntos 6.b y Apéndice VIII.3 que ya hemos referido. / • Pero además hemos hecho referencia a que la actuación de las partes, de buena fe, siempre ha sido consecuente con la interpretación que hemos hecho. Y es que el tema del comportamiento de las partes en la ejecución contractual precisamente es un criterio de interpretación contractual. De nuevo, el profesor Díez-Picazo señala lo siguiente a modo de referencia: / “El conjunto de actos realizados por las partes en ejecución del contrato posee un indudable valor como medio hermenéutico, en razón de lo que puede llamarse un principio de coherencia y de continuidad de la voluntad contractual en la fase de formación del contrato y en la fase de ejecución del mismo. (...) / En todos los casos en que la interpretación se realiza a través de los actos de las partes, puede hablarse en rigor de un “comportamiento interpretativo”. Para que pueda hablarse estrictamente de un “comportamiento interpretativo” -dice MOSCO- hace falta que los actos en cuestión sean relevantes en relación con la voluntad contractual que de ellos ha de deducirse y con el sentido del contrato que de ellos se trata de obtener y, además, que sean actos comunes a ambas partes o que, si han sido ejecutados por una sola de ellas, lo hayan sido con la aceptación o la aquiescencia de la otra” / Precisamente en este caso, el comportamiento de las partes durante la ejecución contractual ha sido absolutamente consistente y coherente con el criterio interpretativo que hemos

señalado. Eso se aprecia en la orden de inicio y posterior enmienda a la misma (Anexo No. 1), en las que se establece con total claridad que las partes siempre comprendimos que no bastaba con el refrendo de la Contraloría General para el cómputo del plazo, sino que debía existir la otra condición concurrente: el desembolso inicial. / • En este punto, es importante abordar el otro aspecto mencionado por ese órgano contralor, en el sentido de la eventual inconsistencia entre la fecha de desembolso inicialmente prevista y la fecha en la que finalmente ocurrió. Como bien lo cita ese órgano contralor el cuadro de desembolsos señala que el primer desembolso ocurriría “tras refrendo Contraloría Gral. de la República” y señala en el mes “0”. Sobre este aspecto, nótese en primer término que no se estipuló una fecha concreta. Asimismo, se indica que el desembolso debe ocurrir con posterioridad al refrendo de la Contraloría General. A la vez, consigna que el desembolso se debe producir en mes 0, lo que es precisamente consecuente con la regla de que sin desembolso no se computa el plazo, tal y como lo indica el MdA en los numerales 6.b y Apéndice VIII.3 según ya lo hemos comentado. Ahora, la fecha específica en la que se materializó el desembolso fue el 10 de setiembre de 2015 debido a las diligencias administrativas para lograr ese propósito, pero sin que esto implique inconsistencia alguna de frente a las reglas del MdA, pues precisamente por eso lo que se estipula tanto en el numeral 6.b como en el Apéndice VIII.3 es que la ejecución inicia con el desembolso, cuando este ocurra. / De conformidad con todo lo expuesto, debemos manifestar nuestro respeto por el criterio interpretativo que sugiere ese órgano contralor, pero lamentablemente no podemos compartirlo, por cuanto el MdA, visto integralmente y a partir de principios de voluntad real de las partes, conservación, buena fe, lógica y de un criterio de comportamiento interpretativo que también se reconduce a principios de buena fe y de seguridad jurídica, supone que para el inicio de ejecución y por lo tanto del cómputo de plazo, debían concurrir dos condiciones indispensables: refrendo contralor y primer desembolso. Por esa razón, el plazo contractual está plenamente vigente según el leal saber y entender de las partes suscribientes.”

De frente a lo transcrito, y en observancia de lo regulado en el Memorando de Acuerdo, este órgano contralor entiende que el Memorando de Acuerdo suscrito entre el CONAVI y UNOPS para la “Supervisión del proyecto “Corredor Vial Circunvalación Norte, Ruta Nacional No. 39, sección Uruca (Ent. Ruta Nacional No. 108) – Calle Blancos (Ruta Nacional No. 109)” y fortalecimiento de la Unidad Ejecutora del Programa de Obras Estratégicas de Infraestructura Vial”, está vigente.

b) Sobre las obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social

Sobre este tema en particular, debe observarse que en el oficio No. DIE-EX 07-2021-0256 (78) del 25 de febrero de 2021, en atención al requerimiento plasmado en el oficio No. 02469 (DCA-0471) del 18 de febrero de 2021 de esta División, la Administración manifestó lo siguiente:

[...] el estatus que refleja el resultado de la consulta a la página web de la CCSS para el caso de esta modificación que se propone no hay, es exactamente el mismo que se tenía al momento en el que ese órgano contralor refrendó el MdA que nos ocupa. Y desde nuestra perspectiva la posición jurídica subyacente del órgano contralor en ese momento fue absolutamente correcta. / Desde luego que cabe reconocer que existe una discusión entre la CCSS y las agencias que integran el Sistema de las Naciones Unidas en Costa Rica, del que forma parte UNOPS, acerca del alcance de las obligaciones que dichos organismos tienen en relación con la seguridad social costarricense, discusión que incluso ha sido de conocimiento público en medios de comunicación nacional -sin que esa proyección en medios como tal pueda ser tenida como un elemento jurídico diferenciador en cuanto al cuadro fáctico ya examinado por ese órgano contralor al momento de refrendar el MdA. Sin embargo, es importante agregar que hasta donde alcanza nuestro conocimiento, esa discusión no ha sido generada por este trámite puntual, sino que es una discusión de alcance más amplio. / En este contexto, tal y como lo refiere el órgano contralor, es cierta la existencia del Dictamen No. C-100-2003 de la Procuraduría General, que sin duda forma parte de los elementos de juicio a considerar en este y otros casos. Pero desde nuestra perspectiva, ese órgano contralor no puede perder de vista el contenido del Dictamen No. C-365-2005 del 24 de octubre de 2005, también de la Procuraduría General, en el que se indica lo siguiente: / “Así las cosas, el artículo 74 supra citado es inaplicable para las Delegaciones Diplomáticas, Consulares y los Organismos Internacionales, pues, con base en el numeral 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados ningún sujeto de Derecho internacional puede invocar su legislación interna para eximirse de cumplir con una obligación o deber que se deriva de un convenio internacional. Una actuación en la dirección contraria a la que hemos indicado, expondría al Estado costarricense a eventuales demandas en los tribunales internacionales, existiendo un alto grado de certeza de que sean declaradas con lugar, con la consecuente reparación de daños y perjuicio (responsabilidad patrimonial) que debería asumir el Estado de Costa Rica. Además de lo anterior, se estarían vulnerando otros principios elementales y capitales que regentan las relaciones entre los sujetos de Derecho internacional, entre ellos: pacta sum Servanda (los pactos nacen para ser cumplidos y el bona fides (buena fe). / Por último, la no aplicabilidad del numeral 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social a las Misiones Diplomáticas, Consulares y Organismos Internacionales, no significa, de ninguna manera, que con ello se les esté eximiendo de sus obligaciones con la seguridad social costarricense conforme lo establecen los tratados internacionales. Empero, en caso de incumplimiento, la vía para su exigibilidad, no es a través del Derecho interno, sean en instancias administrativas o judiciales, ya que jurídicamente esto no es posible, sino que el cauce que impone el Derecho Internacional son las instancias internacionales, para lo cual el Estado de Costa Rica debe ejercer las acciones diplomáticas o judiciales correspondientes ante estas, ya que está de por medio los derechos de los trabajadores costarricenses o de los extranjeros residentes en Costa Rica. / En conclusión, las

normas que se encuentran en el numeral 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social no son aplicables a las Misiones Diplomáticas, Consulares y Organismos Internacionales acreditadas en Costa Rica.” / Como se puede apreciar, la Procuraduría General ha sido clara en cuanto a la no sujeción de esta discusión al artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social. Pero, además, ha sido absolutamente claro el órgano superior consultivo en cuanto a que la discusión se debe dirimir en el plano de las relaciones diplomáticas y en aplicación del Derecho Internacional, sin sujeción a autoridades de corte administrativo. / En este sentido, debemos informar a la Contraloría General que este tema ya es objeto de un mecanismo de discusión diplomático y sustentado en la aplicación del Derecho internacional, que es lo aplicable para estos casos conforme lo dispuesto de manera vinculante por la Procuraduría General de la República. Por iniciativa del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, que según el criterio del órgano superior consultivo es precisamente la instancia competente en esta materia, se ha creado una Comisión especial para tratar el tema de las obligaciones con la seguridad social en el caso de las entidades que integran el Sistema de las Naciones Unidas en Costa Rica. Dicha comisión cuenta con representación del Sistema de las Naciones Unidas en Costa Rica por medio de la Coordinadora Residente asistida por la Oficina de Asuntos Legales de la ONU en Nueva York, así como por representación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Procuraduría General de la República y de la Caja Costarricense de Seguridad Social. En este sentido referirse al oficio DGP-1029-2020 del 30 de junio del 2020 (Anexo No. 6), por medio del cual el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica, propone la “la conformación de un equipo integrado por asesores jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto como voceros, con la presencia de representantes de la Procuraduría General de la República”. / De acuerdo a dicho mecanismo, se ha establecido un plazo de seis (6) meses, computado a partir del 16 de noviembre de 2020, para desarrollar intercambios entre las partes, comprender los posicionamientos legales y estar en condiciones de clarificar en lo posible el régimen jurídico aplicable al personal del Sistema de las Naciones Unidas que desarrolla funciones en Costa Rica, con el fin de normalizar las actividades. / En el tanto se lleva a cabo ese proceso que es el aplicable de conformidad con lo dispuesto por el órgano superior consultivo, no es posible tener a los organismos del Sistema de Naciones Unidas en Costa Rica, incluyendo a la UNOPS, como incumplimientos de obligaciones por criterios meramente administrativos. Nótese incluso que, si el mecanismo planteado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto no logra resolver el diferendo existente, según el criterio de la Procuraduría General que hemos transcrito el tema no pasa a manos de una instancia administrativa local, sino que deberá seguir los otros medios de resolución de diferendos en el plano de las relaciones diplomáticas y del Derecho Internacional. / En esta misma línea, corresponde informar que, en ocasión de la realización de la segunda reunión de la Comisión, en fecha 16 de diciembre de 2020, se acordó enviar desde el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto una comunicación a todas las entidades del Gobierno de Costa Rica con intereses en el

tema objeto de tratamiento, incluyendo a la Contraloría General de la República. / En consecuencia, no resulta posible suministrar la certificación que se nos ha requerido, pues no existe una autoridad pública que pueda emitirla, sin que eso pueda tenerse como una falta administrativa a la luz de lo señalado en el Dictamen No. C-365-2005 del 24 de octubre de 2005, que es precisamente la misma razón por la cual el otorgamiento, refrendo y ejecución del propio MdA son actuaciones también ajustadas al ordenamiento jurídico.”

Aunado a lo anterior, en el oficio No. DIE- EX -07-2021-0342 (078) del 18 de marzo de 2021, en atención al requerimiento plasmado en el oficio No. 04062 (DCA-1124) del 16 de marzo de 2021 de esta División, la Administración afirmó que:

*“En atención a este consulta, se aportan los siguientes documentos de interés (Anexo No. 2): / ● Oficio No. DJO-138-2021 de 11 de marzo de 2021, emitido por la señora Natalia Córdoba Ulate en su condición de Directora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Este documento una vez más acredita la existencia del proceso de diálogo establecido entre el Estado costarricense y el Sistema de Naciones Unidas “en relación con la protección de los derechos a la seguridad social de los costarricenses y residentes permanentes, que prestan servicios a los organismos internacionales con sede en Costa Rica”. **Asimismo, y de especial importancia para lo que ahora nos solicita el órgano contralor, en el oficio se menciona de manera clara que según lo informado por la Caja Costarricense de Seguro Social a la Cancillería de la República, “la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS) no poseía montos adeudados a la CCSS correspondientes a cuotas de los seguros de salud y pensiones, así como los rubros de la Ley de Protección al Trabajador y recargos administrativos ni presentaba investigaciones a dicha fecha”.** / ● Oficio No. DJO-157-2021 de 18 de marzo de 2012, también emitido por la señora Natalia Córdoba Ulate en su condición de Directora Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. En este oficio se expone que el proceso de diálogo continúa. Asimismo, se indica que en el marco de ese proceso se tramitó una consulta ante la Procuraduría General de la República, como parte de las actividades tendientes al examen de las partes en la discusión de los aspectos objeto del proceso de diálogo. En el oficio se explica lo siguiente: “Si bien, el criterio requerido al Órgano Procurador, podría incidir en el correcto dimensionamiento de las obligaciones que recaen en la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS) sobre el particular, esta consulta no incorporó puntualmente a esta agencia, en virtud que esta, a la fecha de interposición de la consulta en cuestión, no poseía montos adeudados a la CCSS correspondientes a cuotas de los seguros de salud y pensiones, así como respecto a los rubros contemplados en la Ley de Protección al Trabajador, ni presentaba investigaciones a dicha fecha.” / ● Oficio DM-DJO-0617-2021 de fecha 10 de marzo de 2021 que corresponde a la consulta que el señor Ministro de Relaciones Exteriores y Culto formuló ante la Procuraduría General, así como el Oficio No. DJO-102-2021 de fecha 23 de febrero*

de 2021 que corresponde al criterio legal interno del Ministerio que acompañó la consulta ante el órgano superior consultivo del Estado. / Estos oficios dejan claros los siguientes aspectos importantes: / a. Que existe un proceso de diálogo en curso a nivel diplomático para abordar el tema de la seguridad social y el Sistema de Naciones Unidas en Costa Rica. / b. Que en el marco de dicho proceso se están realizando gestiones consultivas ante la Procuraduría General como parte de la recopilación de elementos de juicio para lo que las partes del proceso finalmente discutirán, según corresponda. / c. Que si bien lo que se discuta y resuelva en ese proceso, incluyendo la gestión consultiva ante la Procuraduría General, incide en la situación de UNOPS por ser parte del Sistema de Naciones Unidas, en la actualidad dicho organismo ni siquiera tiene reportados montos adeudados a la Caja Costarricense de Seguro Social correspondientes a cuotas de los seguros de salud y pensiones, así como los rubros de la Ley de Protección al Trabajador y recargos administrativos, ni presentaba investigaciones sobre esos particulares, según la información suministrada a la Cancillería por la propia Caja Costarricense de Seguro Social. / En consecuencia, de la manera más respetuosa debemos indicar que no existe elemento de juicio alguno relacionado al tema de la Caja Costarricense de Seguro Social que sea un obstáculo para el trámite de solicitud de autorización contractual que aquí nos ocupa.” (Destacado es propio)

Así las cosas, considerando los oficios remitidos por la Administración, se le ha acreditado a este Despacho que UNOPS no tiene obligaciones pendientes con la Caja Costarricense de Seguro Social hasta el momento, lo que se advierte corre bajo su entera responsabilidad y sujeto a lo que resuelva el proceso de diálogo en curso a nivel Diplomático que lleva el de Relaciones Exteriores y Culto.

c) Sobre el contenido presupuestario

Al respecto del contenido presupuestario, tal y como se advirtió de previo, en el oficio No. 04942 (DCA-1362) del 08 de abril de 2021 esta División denegó la autorización requerida por el Consejo Nacional de Vialidad, en los siguientes términos:

“De frente a la documentación aportada, se puede concluir que la Administración si bien presupuestó algunos recursos para este ejercicio económico, lo cierto es que no cuenta con contenido suficiente para cubrir el monto del único desembolso del 2021. / En atención a lo anterior, no es posible para este órgano contralor otorgar la autorización de modificación, visto que no se cuentan con los recursos económicos suficientes y disponibles para enfrentar las erogaciones de la modificación pretendida, en el presente año 2021.” (subrayado del original)

Sin embargo, mediante el oficio No. DIE-EX-07-2021-0404 (78) del 08 de abril de 2021, recibido en la misma fecha, la Administración atendió dicha situación, indicando que:

“[...] con el propósito de brindar la claridad y el respaldo requerido por el órgano contralor en el ejercicio de sus funciones de control, aportamos lo siguiente: / 1) Una certificación de contenido presupuestario derivada de la fuente de financiamiento externo (operación de crédito con el Banco Centroamericano de Integración Económica), por un monto de ₡ 819.169.758.80, de conformidad con el tipo de cambio que en el mismo texto de la certificación se indica. Esto resulta suficiente para cubrir las obligaciones derivadas de la modificación cuya autorización se solicita. En este punto, consideramos importante señalar que la fuente de financiamiento precisamente es un contrato de préstamo en dólares con desembolsos en esa misma moneda, por lo que en realidad se está ante un escenario de riesgo controlado. / 2) No obstante lo anterior, en atención al riesgo apuntado por la División a su cargo en cuanto al diferencial cambiario, aportamos complementariamente una segunda certificación de contenido presupuestario por un monto de ₡100.000.000.00, que corresponde a la Subpartida 10403, que es atinente al objeto de la contratación y que está disponible en su contenido según lo certifica el Director Financiero a.i, de este Consejo. Estos fondos adicionales permiten cubrir de manera muy amplia las eventuales fluctuaciones del tipo de cambio que pudieran producirse durante el plazo de ejecución contractual. Esto a pesar de que según lo indicamos en el punto anterior, la fuente de financiamiento relativa a la primera certificación está en dólares, así como los respectivos desembolsos, por lo que en estricto sentido se está en un escenario de riesgo controlado. Esta cifra de ₡100.000.000.00 es bastante superior, por ejemplo, al impacto del diferencial cambiario detallado en el ejercicio que se realiza en el oficio 04942, por lo que claramente se trata de una medida de contingencia muy razonable. / Con estas certificaciones se logra acreditar que el Consejo cuenta con el contenido presupuestario para honrar las obligaciones de la ampliación contractual e incluso para cubrir comportamientos de variación abrupta en el tipo de cambio. Con esto es nuestro entendimiento que se cumple de manera muy amplia y razonable con lo requerido por la Contraloría General de la República.” (subrayado del original)

En este sentido, se aporta la certificación No. 21-152 (282) del 08 de abril de 2021, suscrita por José Rojas Monge, Director Financiero a.i. del Consejo Nacional de Vialidad, en la que se observa un “**Monto Total Disponible**” de ₡819.169.758.80.

Así las cosas, al tomar el monto del único desembolso del 2021 -\$1.332.000,00- y convertirlo a colones, utilizando el tipo de cambio de venta del BCCR del día de emisión de este oficio -₡614,68 por cada dólar- da un resultado de ₡818.753.760.

Por lo que, con la certificación aportada recientemente, se tendría contenido suficiente para cubrir el monto del único desembolso del 2021. Siendo deber de la Administración cubrir sus erogaciones.

En consecuencia, se entrará a analizar los supuestos del numeral 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que habilitan la autorización por parte de esta Contraloría General de la República.

d) Sobre los supuestos del numeral 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa

Respecto de lo dispuesto en el numeral de mérito, en el oficio No. DIE-EX 07-2021-127 (78) del 03 de febrero de 2021, el Consejo Nacional de Vialidad ha dispuesto lo siguiente:

“En el caso del inciso c), precisamente es el numeral que no se cumple, por cuanto la Adenda No. 7 supone un incremento acumulado del 71,90% con respecto al Mda original, de manera que es la razón por la que se solicita la autorización prevista en el párrafo penúltimo del artículo 208 reglamentario. En este punto debemos ser enfáticos en que las adendas 2 a 6 no fueron sometidas a autorización previa por parte de la Contraloría General, pues el incremento acumulado, es decir, el incremento total hasta la Adenda No. 6 fue del 47.21%, que está dentro de los límites del inciso c) que aquí nos ocupa. Pero ya en el caso de la Adenda No. 7, según lo indicado, sí se excede el 50% y se requiere la autorización del órgano contralor.”

En este sentido, este órgano contralor estima que, ciertamente no todos los supuestos del numeral 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se cumplen en este caso.

Particularmente y en lo que respecta al monto del contrato, se tiene que con la adenda No. 2 se incrementó el monto de la contratación en un 13.55% y con la adenda No. 4 se incrementó el monto de la contratación en un 47.21%. Ahora, con la modificación pretendida con esta solicitud, y el aumento en el monto de \$1.332.000, representa un incremento de 71.90% con respecto al monto original del Mda.

Así las cosas, se supera el porcentaje establecido en el ordenamiento jurídico, de ahí que corresponde a esta Contraloría General analizar las razones dadas por la Administración para modificar la contratación de cita.

Ahora, en cuanto a la satisfacción del interés público, en el oficio No. DIE-EX 07-2021-127 (78) anteriormente citado, se indicó:

“Es claro que la necesidad de la ampliación del plazo y de costo, no obedece a incumplimientos de UNOPS, sino que tienen su origen en las incidencias propias del contrato de diseño y construcción que ha se han descrito de manera amplia en los apartados anteriores. Es claro que las condiciones de la supervisión están atadas, indefectiblemente, a las del objeto de esa supervisión. Si hay un desfase en las obras, eso incide en la normal ejecución de la supervisión. Entonces, no se trata de un caso de incumplimiento de UNOPS pues, por el contrario, los servicios

prestados por UNOPS han sido satisfactorios. / En línea con lo anterior, en la medida en la que exista actividad de ejecución de obras, el CONAVI no puede prescindir de un esquema efectivo de supervisión, por razones que son claras para la Contraloría General. Es deber del CONAVI supervisar la ejecución de las obras que se financian con fondos públicos. Es decir, hay una necesidad objetiva que debe ser atendida. / No resulta conveniente, a esta altura de la ejecución del proyecto, hacer un cambio en el esquema de supervisión. Primero, porque las tareas a cargo de la UNOPS han sido atendidas de manera satisfactoria y efectiva. Segundo, porque promover una nueva contratación, supondría una nueva tramitación adicional, que resulta costosa y que toma tiempo concretarla, medidas que no tiene un sentido oportuno, eficiente y eficaz, pues lo lógico es que se le dé continuidad al proceso de supervisión que ya se encuentra en ejecución. / En línea con lo anterior, pensar en una sustitución de la supervisión actual, supone la introducción de un nuevo actor que tendrá una curva de conocimiento y aprendizaje acerca de las circunstancias del proyecto, que resulta inconveniente a estas alturas de la ejecución. Lo eficiente y efectivo es que quien ya conoce el proyecto, sus circunstancias y toda su memoria histórica, concluya las tareas remanentes por el tiempo restante.”

En relación con lo anterior, este Despacho observa que la autorización para modificar el Memorando de Acuerdo de marras permite seguir con el esquema de supervisión del contrato para el Diseño y Construcción del Corredor Vial “Circunvalación Norte”, Ruta Nacional No. 39, Sección Uruca (Ent. Ruta Nacional No. 108) – Calle Blancos (Ent. Ruta Nacional No. 109), producto de la licitación pública internacional No. 2013LI-000008-0DE00, suscrito entre el Consejo Nacional de Vialidad y el Consorcio Estrella – Hernán Solís, sin necesidad de promover una nueva contratación, la cual resulta ser más onerosa y conlleva un mayor plazo.

Asimismo, se observa que los servicios prestados por UNOPS han sido a satisfacción de la misma Administración, y que incluir un nuevo contratista significa estimar un plazo para el aprendizaje de las circunstancias del proyecto.

Por lo que, con fundamento en el numeral 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se otorga autorización al Consejo Nacional de Vialidad para modificar el Memorando de Acuerdo CONAVI – UNOPS: “*Supervisión del proyecto “Corredor Vial Circunvalación Norte, Ruta Nacional No. 39, sección Uruca (Ent. Ruta Nacional No. 108) – Calle Blancos (Ruta Nacional No. 109)” y fortalecimiento de la Unidad Ejecutora del Programa de Obras Estratégicas de Infraestructura Vial*”, por el plazo de 9 meses y el monto de \$1.332.000.

III. Condiciones bajo las que se otorga la autorización

La autorización se otorga sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. Se otorga autorización al Consejo Nacional de Vialidad para modificar el Memorando de Acuerdo CONAVI – UNOPS: “*Supervisión del proyecto “Corredor Vial Circunvalación*

Norte, Ruta Nacional No. 39, sección Uruca (Ent. Ruta Nacional No. 108) – Calle Blancos (Ruta Nacional No. 109)” y fortalecimiento de la Unidad Ejecutora del Programa de Obras Estratégicas de Infraestructura Vial”, por el plazo de 9 meses y el monto de \$1.332.000.

2. Las autorización otorgada no exonera a la administración solicitante por los resultados de la contratación, ni por la calificación errónea de las circunstancias que, eventualmente, puedan servir de justificación para la solicitud de excepción de los procedimientos ordinarios de contratación.
3. Las partes deberán suscribir un adenda al contrato, por medio del cual se establezcan las modificaciones aquí autorizadas. La Administración deberá verificar que el contrato se encuentre vigente al momento de suscribir la adenda correspondiente. Dicha adenda deberá contar con la aprobación interna según lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.
4. En cuanto a las actividades detalladas en las adendas No. 4 y No. 5, respecto de la Unidad Funcional V, se advierte que la presente autorización se otorga considerando que las gestiones realizadas por la UNOPS han sido ejecutadas dentro del alcance inicial establecido en el Memorando de Acuerdo y las mismas están circunscritas a la fase de diseño del proyecto, lo cual corre bajo responsabilidad de la Administración.
5. En cuanto a los ajustes al presupuesto del proyecto, se advierte que de conformidad con lo indicado por la Administración no se está ante el supuesto o cuadro fáctico abordado en el Informe No. DFOE-IFR-IF-00009-2019 del 21 de agosto de 2019, lo cual corre bajo su entera responsabilidad.
6. La Administración deberá acreditar en el expediente administrativo que cuenta con el contenido presupuestario suficiente y disponible para atender los pagos producto de esta modificación contractual.
7. La razonabilidad del precio pactado queda bajo la absoluta y exclusiva responsabilidad de la Administración.
8. La Administración deberá dar seguimiento a todas las actuaciones, de forma que sean claras y precisas y se ajusten a lo dispuesto por las partes.
9. Es deber de la Administración verificar oportunamente que el contratista se encuentra al día en la cancelación de las contribuciones sociales derivadas del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.
10. De igual manera, se deja bajo responsabilidad de la Administración verificar que el contratista se encuentre al día en el pago 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.

18

Se advierte que la verificación del cumplimiento de las condiciones antes indicadas será responsabilidad de Mario Rodríguez Vargas en su condición de Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Vialidad, o quien ejerza este 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



RGV/DVR/LCHA/mjav
NI: 3386-6006-6014-8772-8776-10219.
G: 2015001870-10
Expediente electrónico: CGR-AUV-2021000793