**San José, 18 de diciembre de 2017**

**Criterio N° 722-DJ/CAD-2017**

***MBA***

***Ana Eugenia Romero Jenkins***

**Directora Ejecutiva**

#### *Su Despacho*

Estimada señora:

 En respuesta al oficio número 6116-DE-2017, del 14 de diciembre del 2017, recibido en esta Dirección ese mismo día, y suscrito por su estimable persona, mediante el cual se solicita criterio legal en cuanto al trámite a seguir para realizar las obras extras que se requieren dentro de la Contratación Directa No. 2017CD-000075-PROVCD para el “Bombeo de aguas negras de las celdas del Organismo de Investigación Judicial, ubicadas en el sótano del edificio de los Tribunales de Justicia del Primer Circuito Judicial de San José”, ya que de autorizarse tales extras se superaría el límite económico para el tipo de contratación tramitado, nos permitimos atender su consulta en los siguientes términos:

**I.- Antecedentes:**

 **1.-**Mediante la Contratación Directa No. 2017CD-000075-PROVCD, se adjudicó a la empresa Técnicas de Redes y Sistema A y V S.A. la obra pública correspondiente al “Bombeo de aguas negras de las celdas del Organismo de Investigación Judicial, ubicadas en el sótano del edificio de los Tribunales de Justicia del Primer Circuito Judicial de San José”.

 **2.-**  Según informó el Departamento de Servicios Generales, mediante oficio No. 1422-05-SG-2017 del 12 de diciembre del año en curso, se requiere contratar obras adicionales por un valor de ¢8.234.487,75, lo que sumado al costo inicial de la obra, daría como resultado un total de ¢45.610.876,99.

 **3.-** A su vez, el anterior oficio remitió el informe de la Sección de Ingeniería y Arquitectura No. 554-27-AI-2017 del 12 de diciembre de 2017, en el cual se exponen, entras otras cosas, las razones técnicas para justificar la modificación contractual, así como recomendar que las extras sean realizadas por la misma contratista.

 **4.-** Según los límites generales de contratación administrativa definidos por la Contraloría General de la República, el tope económico para una Contratación Directa con obra pública, es de ¢44.020.000,00, por lo que en caso de autorizarse la realización de las extras que nos ocupan, se sobrepasaría dicho límite económico.

**II.- Normativa Aplicable:**

 **1.-** Nuestro ordenamiento prevé la posibilidad de modificar el objeto de una contratación durante su ejecución, siempre que se configuren algunos supuestos específicos, ya que el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa establece en lo conducente:

***Artículo 12.—Derecho de modificación unilateral.*** *Durante la ejecución del contrato, la Administración podrá modificar, disminuir o aumentar, hasta en un cincuenta por ciento (50%), el objeto de la contratación, cuando concurran circunstancias imprevisibles en el momento de iniciarse los procedimientos y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido, siempre que la suma de la contratación original y el incremento adicional no excedan del límite previsto, en el Artículo 27 de esta Ley, para el procedimiento de contratación que se trate.* (lo subrayado no corresponde al original).

**2.-** De la mano con lo anterior, el numeral 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, desarrolla el tema de las modificaciones contractuales, y establece el trámite a seguir en caso de que no se cumpla alguno de los requisitos legales establecidos para estos casos, al señalar en lo conducente:

***Artículo 208.- Modificación unilateral del contrato****. La Administración podrá modificar unilateralmente sus contratos tan pronto éstos se perfeccionen, aún antes de iniciar su ejecución y durante ésta, bajo las siguientes reglas:*

*[…] 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.*

*[…]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.*

**III.- Precedentes de la Contraloría General de la República:**

Si bien es cierto los criterios que emite la Contraloría General de la República, no resultan vinculantes más que para la institución a quien dirige su opinión, se constituyen en una fuente de información relevante, en tanto emanan de la mayor autoridad en materia de contratación administrativa, por lo que es práctica común que las distintas instituciones públicas velen por el apego a los lineamientos que el Ente Contralor define en las múltiples materias sometidas a su conocimiento.

Específicamente en materia de modificaciones unilaterales del contrato, en casos en que no se cumple el inciso f) del artículo 208 del Reglamento de rito, la Contraloría General de la República ha recordado la necesidad de contar con su autorización para poder realizar dicha modificación, ya que mediante oficio No. 06659 (DCA-1540) del 3 de julio del 2013 indicó:

*“El artículo* [*12*](file:///C%3A%5CUsers%5Cjorozcoq%5CAppData%5CLocal%5CMicrosoft%5CWindows%5CTemporary%20Internet%20Files%5CContent.Outlook%5CIFVVC3Q8%5CVerLeyArticulo.aspx%3FID%3D%20209) *de la LCA regula el derecho de modificación unilateral de los contratos de que goza la Administración y viene a ser desarrollado reglamentariamente por el numeral* [*200*](file:///C%3A%5CUsers%5Cjorozcoq%5CAppData%5CLocal%5CMicrosoft%5CWindows%5CTemporary%20Internet%20Files%5CContent.Outlook%5CIFVVC3Q8%5CVerRegArticulo.aspx%3FID%3D%20438) *[actualmente es el artículo 208] del RLCA. Así, el artículo* [*200*](file:///C%3A%5CUsers%5Cjorozcoq%5CAppData%5CLocal%5CMicrosoft%5CWindows%5CTemporary%20Internet%20Files%5CContent.Outlook%5CIFVVC3Q8%5CVerRegArticulo.aspx%3FID%3D%20438) *del RLCA, dispone: “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: […] Con fundamento en la norma transcrita, queda claro que la Administración puede recurrir a la modificación contractual en caso que resulte necesario modificar los términos de un contrato perfeccionado, ya sea antes de iniciar la etapa de ejecución contractual o durante ésta.*

*De cumplirse los supuestos contemplados en los incisos a) al f), la Administración podrá modificar sus relaciones contractuales vigentes, sin requerir autorización a este órgano contralor.*

*No obstante, el artículo que se comenta es claro al señalar que “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…” de modo que de no cumplirse, por ejemplo, la condición prevista en el inciso f) del artículo* [*200*](file:///C%3A%5CUsers%5Cjorozcoq%5CAppData%5CLocal%5CMicrosoft%5CWindows%5CTemporary%20Internet%20Files%5CContent.Outlook%5CIFVVC3Q8%5CVerRegArticulo.aspx%3FID%3D%20438) *del RLCA referente a “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”, de previo a realizar la modificación contractual se deberá contar con la autorización de este órgano contralor.* (énfasis agregado).

Por su parte, el tema de si se necesita autorización de la Contraloría General de la República en los casos en que se trate de procedimientos en los que no se ha requerido su participación previamente, puede ilustrarse conforme a lo analizado mediante oficio 14971 (DCA-2841) del 14 de noviembre del 2016, en el cual el Ente Contralor conoció y autorizó el incremento del objeto contractual de una Compra Directa de la Caja Costarricense del Seguro Social, con lo que se demuestra que pese a ser un trámite que inicialmente está exento de la participación de la Contraloría General de la República, sí debe intervenir para autorizar incrementos si éstos hacen que el objeto contractual supere el tope económico del procedimiento de que se trate. Al respecto, en el oficio de comentario indicó:

*“Con base en lo que viene dicho, se tiene que la autorización prevista en el párrafo penúltimo del artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa procede desde el momento de la perfección contractual y durante la fase de ejecución para las modificaciones que no se ajusten a las condiciones establecidas en dicho artículo, […] En ese sentido, se habilita la competencia de esta División para conceder la solicitud de autorización para efectuar la modificación al contrato de marras.”*

**IV.- Criterio de la Dirección Jurídica:**

 Conforme a la normativa y criterios expuestos anteriormente, se tiene un marco legal claramente establecido en el que, bajo el cumplimiento de determinados supuestos (previstos en el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa), la Administración puede incrementar un objeto contractual sin necesidad de solicitar autorización de la Contraloría General de la República; empero, ante la ausencia de uno o más de tales requisitos, la única posibilidad de realizar una modificación contractual de este tipo, es contando con la autorización del Ente Contralor, para lo cual se le deberá informar al menos, la naturaleza de la modificación, el estado de ejecución de la obra y el interés público correspondiente.

Lo anterior, por así disponerlo el penúltimo párrafo del artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, al disponer 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…”.*

Si bien es cierto, podría pensarse que por tratarse en esta oportunidad de una Contratación Directa, y que dada su cuantía no requirió participación de la Contraloría General de la República, tampoco se ocuparía en esta oportunidad su participación para aplicar el artículo 208 ibídem y proceder con las extras que se necesitan, debe enfatizarse que dicho artículo, al momento de establecer la necesidad de acudir a la Contraloría en caso de que no se cumpla uno de los requisitos legales, no establece ninguna excepción a la regla, y siendo que no es posible distinguir donde la ley no distingue, la Administración se ve compelida a acudir a esa instancia para que se le permita incrementar el objeto contractual.

**V.- Conclusiones:**

 De conformidad con el análisis anterior, así como la normativa y criterios de la Contraloría General de la República que anteceden, el trámite a seguir para solicitar a la contratista que realice las extras necesarias dentro de la Contratación Directa No. 2017CD-000075-PROVCD, exige solicitar autorización a la Contraloría General de la República, conforme a los términos del artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Atentamente,

####

c: Ref: 1162-2017.-

**jucar.-**