

79+

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al Oficio No. **14653**

12 de diciembre, 2007
DCA-4186

Licenciada
Karla González Carvajal, Ministra
Ministerio de Obras Públicas y Transporte
Plaza González Víquez

Estimada señora:

Asunto: Se emite criterio en relación con la consulta formula por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes mediante oficio N° 20074068, referida a la posibilidad de retener el pago de facturas de contratistas —incluidos los trabajadores independientes—, que en el momento en que realizan el cobro no se encuentran al día en sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social.

Damos respuesta a su oficio N° 20074068, recibido en esta Contraloría General el día 18 de octubre pasado.

I.- Motivo de la consulta:

De manera puntual se consulta en el oficio:

1. ¿Resulta procedente o no efectuar el pago de las facturas de un contratista, si al momento de realizar la propuesta de pago correspondiente, éste no se encuentra al día con sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social?
2. ¿Se encuentra obligado o no un contratista (trabajador) independiente de mantenerse al día con las obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social?

II.- Criterio de la División:

1. **Sobre la retención del pago por incumplimiento de obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social fundamentadas en el artículo 74 de la Ley Constitutiva de esa institución autónoma.**

Respecto al pago de las obligaciones contractuales propias de la actividad de contratación administrativa, el artículo 35 del nuevo Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, dispone: "El pago al contratista procede una vez recibido a satisfacción el bien o servicio. (...)".

Esta norma recoge un principio fundamental en la materia, el cual indica que en el momento en que se cumple con la prestación convenida, es obligación de la Administración contratante y derecho del contratista, entregar y recibir respectivamente el pago convenido por esa prestación.

La doctrina señala al efecto que en los contratos administrativos “El precio debe ser pagado en el lugar, en el tiempo, en la forma y en las condiciones que hayan sido fijadas por las partes en el contrato o por acuerdo posterior (...) el precio cuando se lo paga parcialmente a cuenta de prestaciones en curso, puede estar sujeto a retenciones por parte de la Administración, autorizadas por el contrato o por el régimen normativo vigente.” (Dromi (Roberto). Licitación Pública. Ciudad Argentina. Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, segunda edición, 1999, p. 517).

Lo anterior significa que, no resulta tan simple disponer que ante cualquier incumplimiento contractual la sanción al oferente sea la retención de su pago, si éste ha “cumplido” al menos la parte sustantiva de la prestación convenida.

En el caso de las obligaciones de pago de cuotas obrero patronales a la Caja Costarricense de Seguro Social, sabemos que se exigen en la materia de contratación administrativa en virtud de lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social. Dicho artículo señala en lo que interesa: “...Los patronos y las personas que realicen total o parcialmente actividades independientes o no asalariadas, deberán estar al día en el pago de sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social, conforme a la ley. Para realizar los siguientes trámites administrativos, será requisito estar al día en el pago de las obligaciones de conformidad con el artículo 31 de esta ley (...)3.- Participar en cualquier proceso de contratación pública regulado por la Ley de Contratación Administrativa o por la Ley de Concesión de Obra Pública. En todo contrato administrativo, deberá incluirse una cláusula que establezca como incumplimiento contractual, el no pago de las obligaciones con la seguridad social. (...)La verificación del cumplimiento de la obligación fijada en este artículo, será competencia de cada una de las instancias administrativas en las que debe efectuarse el trámite respectivo; para ello, la Caja deberá suministrar mensualmente la información necesaria.”

Si vemos la norma en cuestión, no se refiere expresamente a la consecuencia que tiene, para el caso de la contratación administrativa, el incumplimiento específico de esa obligación.

En el primer supuesto, referido a la participación en cualquier procedimiento de contratación administrativa, nuestra jurisprudencia ha señalado que:

“... el pago de las cuotas obrero-patronales no resulta ser un simple requisito de forma o de carácter intrascendente como pretende hacer ver la Administración licitante y la adjudicataria, sino que, por el contrario, deriva de un deber constitucional que por lo demás resulta sustancial para efectos de la participación en los procesos de contratación administrativa. Se convierte este requisito en un presupuesto para participar, el cual debe tenerse no solo ante la posibilidad efectiva en la etapa de suscripción del contrato o momentos posteriores -como dice la adjudicataria, sino que requerimiento desde el momento en que se pretende someter la oferta a consideración de la Administración. En este sentido, la norma legal es clara en indicar que el requisito debe cumplirse para efectos de participar y esto debe cumplirse no en cualquier etapa del procedimiento sino en un momento cierto, como es la

apertura de ofertas. Es en ese momento en el que se toma una especie de fotografía de las ofertas respecto de sus condiciones técnicas, jurídicas o económicas; de tal suerte que no pueden ser susceptibles de modificación, por lo que el cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento también debe tenerlo el oferente al momento de someter su pliego a conocimiento de la Administración.”(R-DCA-425-2006 de las 8:00 horas del 22 de agosto de 2006).

Es así como, de lo dicho queda claro que la consecuencia del incumplimiento de esa obligación en esa fase del concurso, es la exclusión del oferente que no está al día en el pago de cuotas obrero-patronales con la Caja, es decir, esto le impide participar en el respectivo procedimiento.

Ahora, respecto a la obligación de estar al día en el pago de cuotas obrero-patronales, luego de adjudicado el concurso, nuestra jurisprudencia ha señalado que:

“Una vez emitido el acto de adjudicación, se verificará el cumplimiento de estar al día en el pago de las cuotas obrero patronales con la C.C.S.S. al día de la suscripción del respectivo contrato, a la vez que en dicho documento se plasmará el compromiso del contratista de cumplir con ello a lo largo de la ejecución contractual, y en el caso de que en esa etapa de formalización la empresa cambie su condición a moroso, deberá corregir la situación en el momento que se detecte.” (R-DCA-429-2007 de las 10:00 horas del 2 de octubre de 2007).

Este texto, refleja nuestra posición en el sentido de que la obligación de estar al día con la Caja se mantiene a lo largo de todo el período de ejecución contractual. Sin embargo, no se menciona aquí cuál es la consecuencia del incumplimiento a este deber legal, una vez que adjudicado el concurso, éste se configure ya durante la ejecución del contrato.

El Reglamento al artículo 74 mencionado, a saber el Decreto Ejecutivo N°28770-MP-MTSS del 6 julio del año 2000, tampoco alude a la consecuencia que tiene un incumplimiento de estas obligaciones con la Caja durante la ejecución del contrato público. Únicamente indica que “La Administración Pública únicamente podrá oponerse a la realización de un trámite, por no estar al día el solicitante en el pago de obligaciones de seguridad social, cuando este hecho conste así en los reportes mensuales de la Caja. Esta oposición al trámite podrá extenderse por un mes calendario.” Es decir, la sanción es aplicable a los supuestos en los cuales para hacer ciertos trámites ante la Administración Pública, quienes los soliciten se encuentren morosos con la Caja.

Relacionado con la regulación del artículo 74 ya citado, se encuentra vigente la Directriz N° 34 emitida por el Presidente de la República y los Ministros de la Presidencia y de Trabajo y Seguridad Social. Esta norma se mantiene vigente y en lo que interesa dispone que:

“1ª—En todo cartel de licitación y contrato administrativo regulados por Ley de Contratación Administrativa o por la Ley de Concesión de Obra Pública, deberá incluirse una cláusula que establezca el deber ineludible de las empresas cocontratantes de cumplir estrictamente las obligaciones laborales y de seguridad social, teniéndose su inobservancia como causal de incumplimiento del contrato respectivo.

2ª—De conformidad con los artículos 11, 13 y 20 de la Ley de Contratación Administrativa, y 32 de la Ley de Concesión de Obra Pública esta cláusula de

estricto cumplimiento de las normas y garantías sociales y laborales, será considerada contenido esencial del contrato, y cualquier falta a la misma implicará incumplimiento contractual, en cuyo caso, podrá la Administración dar por terminado el contrato, según lo dispuesto por las normas que regulan la materia.”

Véase aquí que la sanción dispuesta al caso que venimos comentando es la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, según lo que establece el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 208 de su Reglamento.

Claro está que dicha “solución” resulta, en nuestro criterio, la medida más extrema que debería adoptarse además luego de un proceso en el que se le comunique al contratista su estado de incumplimiento, dándole además la oportunidad de cumplir con la obligación que se le cuestiona.

Hay que recordar que el sentido de esta obligación legal, más que acabar con las relaciones contractuales que la Administración ha concertado y con ello inclusive poner en riesgo la prestación de sus propios servicios y fines públicos, es garantizar que todos los asalariados —en este caso quienes trabajan para el contratista— estén cubiertos en lo que se refiere a los aportes que su patrono está obligado a realizar por concepto de la seguridad social que rige en nuestro país.

De frente a este fin, lo que interesa es lograr que dichas obligaciones le sean canceladas a la Caja Costarricense de Seguro Social oportunamente.

En ese contexto, descarta esta División que la medida coercitiva procedente sea la retención del pago al contratista, dado que ésta solución no está contemplada por nuestro ordenamiento jurídico para el caso que nos ocupa. } ojo

En cambio, como incumplimiento contractual debe iniciarse el proceso correspondiente para acreditar su existencia y su peso para la relación que se tiene con el contratista.

Debemos tener presente aquí, que es posible encontramos de cara a múltiples supuestos. Por ejemplo, el nuevo Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa permite aplicar figuras como la del rechazo del objeto (artículo 196) cuando hay incumplimientos graves y evidentes, el cual encontramos factible en casos como los que se podrían dar en contratos de entrega de bienes o suministros. Esto le permitiría a la Administración impedir la recepción del objeto hasta tanto no se verifique el cumplimiento de las obligaciones con la Caja y con ello no hay tampoco obligación de pago al contratista.

Pero también, podría darse que ante un incumplimiento de obligaciones obrero-patronales, la Caja dictamine el cierre del negocio del contratista, con lo cual la prestación del servicio a la Administración se puede ver interrumpida y podría darse un daño susceptible de reparación según las propias condiciones del contrato en virtud de posibles cláusulas penales, multas o garantías de cumplimiento que pudieran aplicarse a ese tipo de incumplimiento.

Estima esta División, que la solución al asunto deviene en mucho de la fase en la cual se verifique el citado incumplimiento porque como se indicó, si éste se constata antes de la entrega del bien o del servicio, no procedería seguir con la ejecución. En cambio, ya iniciada esa ejecución, lo que procede es iniciar el proceso para resolver el contrato.

En definitiva, una vez que el bien o el servicio se ha “cumplido a medias” —puesto que de haber un estado de morosidad no hay cumplimiento total de lo pactado—, lo que procede es iniciar la resolución del contrato, nuevamente dando la debida oportunidad de cumplir con ese deber legal, para luego proceder a resolver o si fuera posible, continuar con la relación luego de gestionar la reparación correspondiente en caso de haberse configurado un daño para la Administración.

2. Sobre la obligación de un trabajador independiente de mantenerse al día con las obligaciones por concepto de cuotas obrero-patronales:

Respecto a la segunda de sus inquietudes, se estimó pertinente que fueran las propias autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social las que dieran respuesta a esta consulta.

De esta forma, le remitimos copia del oficio DI-1548-12-2007, mediante el cual la Dirección de Inspección de la Caja Costarricense de Seguro Social dio respuesta a nuestro oficio N° 14175 (DCA-4053) del 29 de noviembre anterior, en el que se planteó el cuestionamiento externado por ese Ministerio.

Atentamente,

Lic. Carlos Andrés Arguedas Vargas
Gerente de División

Licda. Ana Marcela Palma Segura
Fiscalizadora

AMPS/mst

Anexo: Oficio DI-1548-12-2007 emitido por la Dirección de Inspección
de la Caja Costarricense de Seguro Social .

Ci: Área de Servicios de Obra Pública y Transportes
Archivo Central

Ni: 21455

2007004851



Caja Costarricense de Seguro Social
Dirección de Inspección

Tel. 258 7382, 258 7691 ☎ 10105-1000 📠 258 8160

Oficina 2060 E
CONTRALORIA GENERAL
DE LA REPUBLICA
RECIBIDO

2007 DIC 10 A 9:14

07 de diciembre de 2007
DI-1548-12-2007

Licenciado
Carlos Andrés Arguedas Vargas, Gerente
División de Contratación Administrativa
Contraloría General de la República

Presente.

Estimado señor:

ASUNTO: Obligatoriedad de estar al día en las obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social, para participar en contrataciones administrativas.

Mediante oficio DCA-4053, en el cual solicita criterio para definir si un trabajador independiente está obligado a encontrarse al día con las obligaciones contempladas en el numeral 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, ello en relación con lo señalado en el artículo 65 inciso C) párrafo final del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, le indico lo siguiente:

La Ley Constitutiva en su artículo 74 dispone en lo conducente que: "... Los patronos y las personas que realicen total o parcialmente actividades independientes o no asalariadas, deberán estar al día en el pago de sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social, conforme a la ley. Para realizar los siguientes trámites administrativos será requisito estar al día en el pago de las obligaciones de conformidad con el artículo 31 de esta Ley...". (El resaltado no es del original)

Nótese que la norma es clara en cuanto a la obligación legal que tienen los patronos y las personas independientes que realicen total o parcialmente una actividad (TRABAJADORES INDEPENDIENTES), de encontrarse al día en el pago de las obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social, en adelante Caja, para poder participar en cualquier contratación administrativa.

En cuanto a la obligatoriedad que tienen los trabajadores independientes de cotizar para la seguridad social, el Artículo 1 del Reglamento para la Afiliación de los Trabajadores Independientes expresa: "Las coberturas del seguro social, y el ingreso al mismo, son obligatorias para todos aquellos trabajadores independientes manuales e intelectuales que desarrollen por cuenta propia algún tipo de trabajo o actividad generadora de ingresos..." (lo subrayado no es del original)

Si se confronta lo regulado en dicho numeral 74, contra lo señalado en el artículo 65, inciso C) párrafo final del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se podría interpretar -como usted lo señala-, que únicamente los oferentes que ostenten la condición de patronos, estarían obligados a estar inscritos como tal ante la Caja,



Caja Costarricense de Seguro Social
Dirección de Inspección

Tel. 258 7382, 258 7691 ☎ 10105-1000 ☎ 258 8160

excluyendo a los demás oferentes que no tengan esta condición. Lo anterior por cuanto la norma literalmente señala: "... En caso de que el oferente presente certificación de que no se encuentra inscrito como patrono ante la CCSS, y del objeto licitado se derive tal obligación...".

Sin embargo, debe quedar claro que si bien es cierto lo señalado en la parte final del artículo 65 del reglamento ahudido, expresamente apunta a la obligatoriedad de aquellas personas que califiquen como patronos, lo cierto es que la Ley Constitutiva de la Caja en su artículo 74, establece la obligación de las personas que realicen total o parcialmente actividades independientes o no asalariadas (TRABAJADORES INDEPENDIENTES), a encontrarse afiliados como tal, y además de estar al día en las obligaciones respectivas, para poder participar en cualquier contratación pública, regulada por la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

De la consulta.

Se realizan tres cuestionamientos específicos:

a.- El primero encuentra su respuesta con lo hasta aquí señalado, sin embargo, se reitera que según el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja, los patronos y trabajadores independientes, -entendidos estos últimos como las personas que realicen actividades independientes o no asalariadas, generadoras de ingresos-, deberán estar al día en el pago de sus obligaciones, para participar en cualquier proceso de contratación pública.

b.- La segunda interrogante trata sobre las contrataciones de servicios profesionales (Abogados, Ingenieros etc.). Sobre este punto de igual forma es claro que estas personas al desarrollar una actividad generadora de ingresos, para todos los efectos califican como trabajadores independientes y como tal, se encuentran obligados a cotizar para la seguridad social y encontrarse al día en el pago de las obligaciones con la Institución, para poder participar en cualquier contratación pública.

En cuanto al argumento de estos profesionales, en el sentido de contar con asistentes contratados bajo la modalidad de servicios profesionales, es decir sin que medie relación laboral, para brindar parte del objeto licitado, es importante tener presente lo que define la normativa nacional como patrono o trabajador.

Según el artículo 2 del Código de Trabajo, patrono, "...es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo".

El mismo cuerpo legal, en su numeral 4 describe que trabajador "...es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros en virtud de un contrato de trabajo expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo...".



Caja Costarricense de Seguro Social
Dirección de Inspección

Tel. 258 7382, 258 7691 ☎ 10105-1000 ☎ 258 8160

Para el caso concreto sería la administración contratante la que tome la decisión de validar o no el argumento señalado por el oferente, esto tomando en consideración las definiciones de patrono, trabajador asalariado y trabajador independiente. Sin embargo, de considerar efectivamente que dicho asistente no mantiene una relación laboral con el oferente, de igual forma por desarrollar una actividad generadora de ingresos, estaría obligado a inscribirse como Trabajador Independiente. Lo cual obligaría al oferente contratado a certificar que esta persona se encuentra asegurada como tal y que además bajo esa condición, se encuentra al día en el pago de las obligaciones con la Institución.

Cabe agregar, que en la actualidad y tomando en consideración la norma señalada, cualquier persona física o jurídica que desarrolle una actividad generadora de ingresos, debe cotizar para la seguridad social, esto en su condición de patrono, trabajador independiente, e inclusive si ostenta la doble condición (patrono y trabajador independiente). Bajo esta tesis es poco probable que algún oferente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 65 inciso c) párrafo final, logre participar en algún proceso de contratación administrativa presentando una certificación donde conste que no se encuentra inscrito como patrono o trabajador independiente. ojo

c.- El tercer cuestionamiento, guarda relación con el segundo y refiere a la posibilidad de contratar a un profesional liberal, y que este se excuse de cotizar como trabajador independiente, si demuestra que tiene además una relación laboral con un tercero, quien además lo reporta en planillas de la Caja y le hace las retenciones de ley.

Sobre el punto lo primero que se debe aclarar es la posibilidad de que una persona ostente la doble condición (asalariado e independiente), el artículo 2 del Reglamento para la Afiliación de los Trabajadores Independientes señala: "... La condición de trabajador asalariado, y como tal, obligado a cotizar sobre el total de las remuneraciones que reciba, no exime a la persona de la obligación de cotizar como trabajador independiente, cuando ostente ambas condiciones..." ojo

Consecuentemente, si un profesional liberal participa en el proceso de contratación y se le adjudica el asunto, se encuentra obligado a cotizar como trabajador independiente y además presentar la constancia de estar al día con sus obligaciones. No sería de recibo el argumento de ostentar la condición de trabajador asalariado, para obviar su obligación como trabajador independiente, ya que el servicio contratado no ocurrió en el ámbito de una relación laboral, sino en el de un profesional liberal.

Ahora bien, si lo que se pretende señalar por parte del oferente es que se está ante una subcontratación, la discusión pasaría más por establecer si existe la posibilidad de que el oferente adjudicado, para cumplir con el objeto licitado, pueda realizar una subcontratación con un tercero. En este punto es indispensable que la administración contratante, tenga claridad de la persona con la cual está contratando. Si el participante es un patrono, la lógica señala que las personas que lleguen a desarrollar la labor para cumplir con lo contratado, serán trabajadores del oferente y si se contrata un servicio profesional, lo lógico es que sea el profesional que participó el que brinde el servicio. 8-



Caja Costarricense de Seguro Social

Dirección de Inspección

Tel. 258 7382, 258 7691 ☎ 10105-1000 📠 258 8160

Es claro que ambas disposiciones normativas (artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja, y 65 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa), en su esencia buscan minimizar la evasión en el pago de las cuotas obrero-patronales, por parte de los participantes -ya sean personas físicas o jurídicas- en cualquier contratación que realicen con el Sector Público, por lo tanto, si el servicio contratado por la administración, es a la vez subcontratado por el oferente, se podría estar en presencia de un portillo para incumplir justamente con lo que la norma persigue.

Siendo consecuentes con la normativa señalada, no parecería conveniente que en las contrataciones administrativas, se permita a la vez, realizar subcontrataciones, sin embargo, en el evento de que ello ocurra, y en aras de cumplir con el espíritu de la norma respecto de la minimización de la evasión en el pago de las obligaciones con la Caja, estarían obligados los oferentes adjudicados a responder porque las personas subcontratadas, de igual forma se encuentren debidamente aseguradas y al día en las obligaciones con la Caja.

Por último se solicita indicar en cuáles casos opera algún tipo de excepción que avale a los oferentes a no inscribirse ante la Caja, sobre el particular se reitera que las personas físicas o jurídicas que participen en cualquier contratación administrativa, se encuentran obligadas a cotizar para la seguridad social, ya sea bajo su condición de patronos o trabajadores independientes, sin que exista ningún tipo de excepción.

Sin otro particular, suscribe,

Atentamente,

Original
Firmado

Odilie Arias Jiménez

Odilie Arias Jiménez

DIRECTORA DE INSPECCIÓN



OAJ/aes



Archiv

