

**Al contestar refiérase
al oficio No. 01776**

04 de febrero, 2021
DCA-0548

Señora
Fiorella Salazar Rojas
Ministra
MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ

Estimada señora:

Asunto: Se rechaza por inadmisibles, el recurso de reconsideración presentado por el Ministerio de Justicia y Paz, en contra del oficio No. 01325 (DCA-0419) del 28 de enero del 2021, por medio del cual se denegó la autorización al Ministerio de Justicia y Paz para realizar una modificación unilateral del contrato suscrito entre el Ministerio de Justicia y Paz y la Empresa de Servicios Públicos de Heredia derivado de la Contratación Directa No. 2016CD-000097-0006900001 para una solución integral de mecanismos electrónicos alternativos al cumplimiento de la privación de la libertad, para ampliar el plazo por 24 meses adicionales.

Nos referimos a su oficio MJP-DM-073-2021 fechado 03 de febrero del 2021 y recibido en la Contraloría General en esa misma fecha, mediante el cual plantea la acción recursiva descrita en el asunto.

I. Antecedentes del trámite

1. Que mediante oficio No. MJP-DM-723-2020 de 18 de diciembre del 2020 y recibido en la Contraloría General el 21 de diciembre de 2020, el Ministerio de Justicia y Paz solicitó autorización para realizar una modificación unilateral del contrato suscrito entre el Ministerio de Justicia y Paz y la Empresa de Servicios Públicos de Heredia derivado de la Contratación Directa No. 2016CD-000097-0006900001 para una solución integral de mecanismos electrónicos alternativos al cumplimiento de la privación de la libertad, para ampliar el plazo por 24 meses adicionales.
2. Que mediante el oficio No. 01325 (DCA-0419) del 28 de enero del 2021, este Despacho denegó la autorización solicitada, principalmente insuficiencia de contenido presupuestario, incerteza en cuanto a la vigencia del contrato y el precio final del servicio.

II. Criterio de la División

Como aspecto de primer orden resulta procedente señalar que la materia que nos ocupa, posee una regulación especial en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, de manera tal que las regulaciones previstas en su normativa son las que permean todos los procesos vinculados con la materia regulada, en cuenta, las referidas a los procedimientos de excepción y más concretamente, a los supuestos que habilitan a este órgano contralor para autorizar una modificación unilateral del contrato.

Ahora bien, partiendo de lo anterior, la materia recursiva en materia de contratación administrativa, está reservada para los actos expresamente habilitados por esa misma normativa especial, que corresponde a los recursos de objeción en contra del cartel de un concurso y los recursos de revocatoria o apelación en contra de los actos de adjudicación, infructuosidad o desierto, todo de conformidad con los artículos 81 y 84 de la Ley de Contratación Administrativa y 172 de su Reglamento.

Esta consideración se encuentra plasmada en el artículo 34 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República, que dispone:

“Actos no recurribles administrativamente. Se exceptúan de la regla contemplada en el artículo anterior y desde que se dicten, quedarán firmes los siguientes actos de la Contraloría General de la República: a) Los actos que se dicten en procedimientos de contratación administrativa./ b) La aprobación de contratos administrativos./ c) Los actos relacionados con la materia presupuestaria.”

Disposición que también se encuentra contenida en la Ley General de la Administración Pública, en el artículo 367, que dispone:

“2. Se exceptúa de la aplicación de esta ley, en lo relativo a procedimiento administrativo: a) Las expropiaciones; b) Los concursos y licitaciones; c) Los contratos de la Administración que lo tengan establecido por ley; d) La materia tributaria que lo tenga establecido por ley; e) Lo concerniente al personal, tanto público como laboral, regulado por ley o por reglamento autónomo de trabajo, en su caso, salvo en cuanto a los funcionarios excluidos de esas disposiciones por motivos de rango o confianza; f) Los procedimientos en materia de Registros Públicos; g) Los procedimientos relativos a la aprobación, ejecución y liquidación de presupuestos, y los demás de fiscalización financiera y contable por parte de la Contraloría General de la República, cuando estén regulados; y h) Los demás que el Poder Ejecutivo determine por decreto, dentro de los tres meses siguientes a la promulgación de esta ley, cuando existan motivos igualmente justificados que los de los incisos anteriores, y siempre que estén regulados por ley./ 3. Los casos exceptuados en el párrafo anterior continuarán rigiéndose por sus normas de procedimientos especiales.”

En razón de lo anterior, como ese Ministerio podrá observar, no existe regulado en la normativa de contratación administrativa, recurso o impugnación alguna contra la denegatoria de una solicitud de autorización planteada ante este órgano contralor, a lo cual debe agregarse que esta figura no constituye un contradictorio en donde se resuelvan pretensiones de diversas partes, sino únicamente implica el ejercicio de una competencia por medio de la cual se habilita a una Administración a llevar a cabo un procedimiento de excepción, como el que se planteó por el reglamentista en el artículo 208 alegado por esa Administración.

De forma tal que al no encontrarse regulada en la normativa propia de la materia algún régimen recursivo contra lo resuelto por este órgano contralor en el trámite de autorizaciones, lo procedente en este caso es **rechazar por inadmisibile**, el recurso de reconsideración presentado en contra del oficio No. 01325 (DCA-0419) del 28 de enero del 2021.

III. Sobre otros aspectos de interés.

No obstante el rechazo de la gestión presentada, considera oportuno este Despacho referirse a las manifestaciones hechas por la Administración en la gestión que se atiende por medio del presente oficio.

A. Sobre el disponible presupuestario

Alega ese Ministerio en su gestión que “Concuerta este ministerio (sic) con lo señalado por la Contraloría General en relación con el contenido presupuestario para hacer frente a la extensión del contrato de marras. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el presupuesto extraordinario es una herramienta contemplada en el ordenamiento jurídico, que este Ministerio está en proceso de utilizar para cubrir lo que se requiere para dar contenido a la ampliación del contrato. Sin embargo, debe advertirse que se trata de un contrato por demanda, de cuantía inestimable, por lo que no hay forma materialmente posible de determinar con absoluta certeza el monto final que deba erogar la Administración por este contrato”.

De lo anterior se desprende que reconoce esa Administración que no cuenta actualmente con los recursos económicos para hacer frente a la modificación del contrato de la cual requiere autorización, siquiera para completar el presente periodo presupuestario 2021. Tal situación, como se indicó en el oficio impugnado es un requisito ineludible para poder otorgar la autorización.

No pierde de vista esta División que el contrato que se pretende modificar es bajo la modalidad de ejecución de entrega según demanda, no obstante ello no significa que la Administración no tenga la capacidad de determinar una estimación de consumo basada en parámetros objetivos como cuando afirma que *“Estamos ante más de 1800 personas que, hoy en día, son monitoreadas electrónicamente por orden de un Poder de la República, y cuya*

obligación de vigilar mientras desarrollan su plan de vida se encuentra amparada en la ley”, es decir que ese Ministerio con la autorización requerida pretende atender al menos esa población.

Además, ha de insistirse en que por medio del oficio No. MJP-DM-0029-01-2021, del 15 de enero del 2021, dirigido al Ministerio de Hacienda, la Administración indicó:

*“Me permito remitir propuesta de presupuesto extraordinario por un monto de ₡5 725 552 057,00 (cinco mil setecientos veinticinco millones quinientos cincuenta y dos mil cincuenta y siete colones netos)./[...] Crecimiento de dispositivos electrónicos y monto aprobado en la Ley de Presupuesto insuficiente: Esta situación es realmente preocupante para el Ministerio de Justicia y Paz, ya que de no contar con estos recursos no sería posible honrar los compromisos de pago posteriores **al mes de abril del año 2021**, por lo que existe un riesgo importante legal, de imagen para la institución, ante la **misma** población beneficiada y posiblemente con el personal judicial ante la imposibilidad de implementar esta medida cautelar por falta de recursos presupuestarios, por lo cual repercutiría en un posible desacato hacia las autoridades judiciales por dicha imposibilidad.” (Destacado es propio)*

De frente a la documentación aportada, se puede concluir que la Administración si bien está ante un contrato según demanda y presupuestó algunos recursos para este ejercicio económico, lo cierto es que según sus propios estudios internos no cuenta con contenido suficiente para cubrir, al menos, el presente periodo presupuestario, las obligaciones que requiere la solicitud que hace el Ministerio de Justicia por la ampliación de este contrato, pues es claro en indicar que se cuentan con recursos para cubrir obligaciones hasta el mes de abril de este año; sin embargo, la modificación propuesta plantea cubrir todo este año, no sólo hasta el mes de abril. De tal manera que el argumento de la modalidad contractual no es de recibo.

Por otro lado, la Administración indica: “[...] *si la Administración acredita un disponible presupuestario para cubrir el año en curso, la solicitud de prórroga es por un plazo de hasta 24 meses, por lo que supera incluso el período anual de planificación y ejecución presupuestaria actual.*”

Dicha manifestación extraña, pues si bien es claro que el plazo por el cual se solicitó autorización es de 24 meses, el cual supera los de este año, existe obligación de la Administración de contar con los recursos para amparar las erogaciones que se den durante el ejercicio económico, no solo por la disposición de la Ley de Contratación, sino por las disposiciones en materia presupuestaria, que resulta de aplicación a esa Administración.

Aunado a esto, la Administración solicita: *“En vista de lo anterior, se solicita respetuosamente **considerar la posibilidad de brindar la autorización solicitada, condicionada a la aprobación del mencionado presupuesto extraordinario que se tramita en la Asamblea Legislativa.**” (Destacado es propio)*

Al respecto, nuevamente reitera este órgano contralor su preocupación, por cuanto dicha solicitud resulta contraria a lo dispuesto por la Ley de Contratación Administración, así como lo dispuesto por la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos (LAFPP). Sobre todo, por que lo solicitado encuadra en un supuesto de responsabilidad, según lo dispone el artículo 110 de la LAFPP.

Al respecto, se le recuerda a la Administración lo indicado en esa norma: *“Además de los previstos en otras leyes y reglamentaciones propias de la relación de servicio, serán hechos generadores de responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad civil o penal a que puedan dar lugar, los mencionados a continuación: / [...] f) La autorización o realización de compromisos o erogaciones sin que exista contenido económico suficiente, debidamente presupuestado.”*

Por otro lado, la Administración expone la necesidad de contar con los dispositivos; de lo cual este órgano contralor entiende la relevancia; sin embargo es importante mencionar a esa Administración que es ella la obligada a atender la necesidad y fines públicos de la mejor manera, en forma eficiente, eficaz y planificada. En especial si se trata de un contrato que se utiliza por ese Ministerio para atender un servicio que es continuo en el tiempo, por lo que las acciones para contar con un contratista que atienda la necesidad de ese Ministerio para cumplir sus obligaciones legales, no deben esperar a la finalización de la contratación que se tenía en ejecución. Eso debió administrarse por esa Administración con la antelación suficiente para incorporar los recursos en su presupuesto y efectuar los procedimientos de contratación correspondientes. Ello en especial si se considera que desde marzo del 2020 ese Ministerio ya tenía la intención de efectuar un concurso, como lo señaló en el oficio No. MJP-168-03-2020 del 04 de marzo de 2020, remitido a este órgano contralor.

Esta manifestación es importante, ya que la Administración señala en el documento que se contesta que: *“[...] es de interés de esta cartera manifestar que se encuentra en trámite en la Asamblea Legislativa el segundo presupuesto extraordinario de la República para el ejercicio económico 2021, remitido por el Poder Ejecutivo el día 03 de febrero, que contempla los recursos para cubrir el servicio de monitoreo electrónico en la eventual extensión del contrato actual.”*

Sin embargo, la situación de la carencia de recursos era de conocimiento para esa Administración desde el año pasado 2020, pues en el oficio No. MJP-DM-053-2021, del 22 de enero de 2021, la Administración expuso:

“Cabe indicar que en la discusión del presupuesto ordinario 2021 con la Comisión de Asuntos Hacendarios de la Asamblea Legislativa, en setiembre 2020, quedó claro a los señores y señoras diputados que los recursos presupuestados tendrían que ser complementados a través del mecanismo del presupuesto extraordinario a inicios de este año, tal cual se está gestionando. El tema fue comentado también con la Comisión de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa, en la audiencia que dieron a esta cartera el 21 de enero de 2021.”

De ahí que no se comprende, por qué si era de conocimiento que no se contaba con los recursos suficientes para dar continuidad al servicio desde la tramitación del Presupuesto Nacional para el año 2021, se ha pretendido tramitar una gestión de contratación que carece de disponible presupuestario, siendo hasta el 03 de febrero que se remite solicitud de presupuesto extraordinario a la Asamblea Legislativa.

En razón de lo anterior y siendo que al atender la solicitud de autorización que se pretendía, no se acreditó por esa Administración el contar con los recursos presupuestarios suficientes y disponibles, que este órgano contralor se vió imposibilitado de atender la gestión de la autorización de prórroga, tal como se indicó en el oficio recurrido.

B. Vigencia del contrato

Sobre este aspecto, por medio del oficio No. No. 01325 (DCA-0419) del 28 de enero del 2021, este órgano contralor indicó:

“De ahí que a fin de acreditar la vigencia del contrato debería existir una orden de inicio en los términos del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, que acredite el momento que el cartel dispuso. Sin embargo, a pesar de lo requerido por la CGR a la Administración, la misma no aportó la orden de inicio, si no la orden de pedido de los dispositivos, lo cual se entiende es un producto de la ejecución del contrato. Tampoco se identificó en el expediente electrónico que se hubiera incorporado ese documento de inicio.”

Sobre lo expuesto en el apartado del oficio mencionado, la Administración efectúa una serie de consideraciones de las cuales es de interés referirse.

Argumenta ese Ministerio que *“El 11 de noviembre de 2016, el señor Manuel Delgado Cubillo, Administrador del Contrato, mediante correo electrónico dirigido a la ESPH, gira la orden de inicio del contrato. Sin embargo, el 21 de noviembre de 2016, el señor William Villalobos Herrera, de la Dirección Jurídica de la ESPH, dirigió un correo electrónico al señor Manuel Delgado Cubillo, mediante el cual solicitó que se suspendieran los plazos de ejecución de labores que debía cumplir la ESPH ante este Ministerio, en virtud que ellos debían asistir ante la Contraloría General de la República a solicitar el refrendo del contrato que ellos celebrarían con la empresa que posteriormente fungió como subcontratista (...) En vista de ello, la ESPH, acude ante la Contraloría General de la República en búsqueda del refrendo del contrato que ellos celebrarían con la empresa subcontratada. Esto ocurrió mediante oficio AD-579-2016, en fecha 23 de noviembre de 2016. Dicha petición de la ESPH, fue resuelta por el ente contralor el 20 de diciembre de 2016, mediante oficio DCA-3183.”*

Al respecto, como primer punto de partida, se tiene que para afirmar que se suspende un contrato, necesariamente, éste debe encontrarse en ejecución, por lo que extraña las afirmaciones de la Administración sobre el inicio de la ejecución.

Más allá de esto, según se desprende del documento que se remite, el cual es copia y que parece ser un correo electrónico, se deja ver que el 11 de noviembre del 2016 se indica que se remite orden de inicio a la contratación que se efectuó con la ESPH; ahora, de lo que se observa del documento, no se remitió adjunto documento formal donde se diera la orden de inicio.

Ahora bien, en la primera página de ese documento, se aprecia una respuesta de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, en la que señala algunos aspectos, cómo por ejemplo:

“a. En fecha 27 de octubre del 2016 inicia el proceso de Contratación Excepcional 51-2006 para adquirir los dispositivos y el software con la empresa Grupo Cesa/ b. El 01 de noviembre la empresa oferente Grupo Cesa presenta su Oferta./ c. el 14 de noviembre del 2016 la Junta Directiva del ESPH realiza el acto de adjudicación/ d. El día 15 se le comunica a la empresa Grupo CESA la debida adjudicación de la Oferta y se le otorga un plazo de 5 días hábiles para rendir la Garantía de Cumplimiento, con base en las disposiciones del Reglamento de Compras y Contrataciones de la ESPH S. A” [...] Hemos sido información, que el día de hoy que en horas de la tarde el adjudicatario está rindiendo ante la unidad de Adquisiciones la debida garantía de cumplimiento./ f. El día de mañana estaremos procediendo a la firma del Contrato respectivo correspondiente a la contratación excepcional 51-2016; el cual deberá ser remitido ante la Contraloría General de la República para su trámite de Refrendo Contralor.”

Sobre esto, es de interés señalar la cronología de actuaciones que se detalla, pues según consta en el expediente de la contratación que consta en el Sistema de Compras Públicas (SICOP), el contrato que es firmado por esa Administración y la ESPH es del 21 de octubre del 2016, contrato que obtiene refrendo interno por medio del oficio No. DJ 2016-3763 de esa misma fecha, del 21 de octubre del 2016.

Sin embargo, se detalla que la ESPH, inició el proceso de contratación de la subcontratista el 27 de octubre del 2016, y que el 14 de noviembre se adjudica a la empresa Grupo GESA, con posterioridad al momento que suscribió y se refrendó el contrato.

Es de recordar que si bien la Administración tramitó este concurso amparada en el régimen de excepción, esto lo que le exime es del trámite de los procedimientos ordinario, no del cumplimiento de las restantes disposiciones de la Ley, entre ellas la revisión de las propuestas, su completez, entre otros.

En ese mismo documento, que parece ser un correo electrónico, se indica:

“4. Como es de conocimiento, al requerirse el Refrendo Contralor debemos de esperar la obtención del mismo para que el contrato no sólo sea válido sino eficaz, y poder a girar la Orden de inicio a Grupo CESA, puesto que obviar ello implicaría violar el Principio de Legalidad y demás Principios rectores de la Contratación Administrativa./ Así las cosas, por éste medio solicitamos se suspenda los plazos de ejecución de labores que debe cumplir ESPH S. A. ante el Ministerio de Justicia; virtud a que por disposición legal estamos impedidos de iniciar labores hasta tanto ESPH no cuenta con el refrendo Contralor (que es un requisito de Eficacia Jurídica) para poder girar y comunicar la Orden de inicio a nuestro Proveedor Grupo CESA para que nos suministre el Software, Licenciamiento, Dispositivos y componentes; y por ende el cómputo de las 8 semanas de ejecución de labores debe cumplir ESPH S. A. inicie a partir de que la ESPH sea comunicada por la Contraloría General de la República de la debida obtención del refrendo.”

Lo anterior se complementa, con el oficio que remite esa Administración para la gestión que nos ocupa, al indicar:

“En vista de ello, la ESPH, acude ante la Contraloría General de la República en búsqueda del refrendo del contrato que ellos celebrarían con la empresa subcontratada. Esto ocurrió mediante oficio AD-579-2016, en fecha 23 de noviembre de 2016. Dicha petición de la ESPH, fue resuelta por el ente contralor el 20 de diciembre de 2016, mediante oficio DCA-3183.

Sobre el particular, la ejecución del contrato no está condicionado a la obtención del refrendo del contrato entre la ESPH y el proveedor, pues es contrato aparte y responsabilidad del contratista, es decir de la ESPH.

Así también, es de interés destacar que mediante oficio No. 17106 (DCA-3183) del 20 de diciembre del 2016, al que se alude en el documento que se contesta, este órgano contralor le señaló a la ESPH que el contrato que remitió no requería refrendo contralor.

Por otro lado, señala la Administración que la ESPH solicitó suspender los plazos de ejecución de la contratación en virtud del refrendo que señalaba debía cumplir. Sin embargo, no consta respuesta por parte de la Administración, sea por documento formal o por medio del sistema de compras, de tal manera se parte que no fue dada, con lo que el contrato siguió su curso de ejecución.

Al respecto, sobre la ejecución del contrato, este órgano citó algunas cláusulas del contrato que indicaba:

“Al respecto, en el cartel se dispone: “El Programa 21478300 “Administración Penitenciaria” del Ministerio de Justicia y Paz, requiere suscribir un contrato –según demanda- por cuarenta y ocho meses (48) contados a partir de la instalación y

*habilitación del servicio, en aplicación del artículo 130 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa./ Así también, en el apartado 15. Formalización, se indica: “Se advierte a los participantes que este contrato se registrará por lo establecido en el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones Administrativas, emitido por la Contraloría General de la República, publicado en La Gaceta Número 202 del 22 de octubre de 2007, modificado según resolución número R-DC-31-2012 de las trece horas del siete de marzo de dos mil doce, en consecuencia se requiere la aprobación interna por parte del Departamento de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Paz por lo que, una vez obtenido ese aval jurídico, la vigencia del contrato se computará a partir de la instalación efectiva de la solución contratada.”/ Finalmente, en la sección Plazo y Modalidad de Entrega, se indica: **“Una vez firmado y aprobado internamente el contrato, la empresa contratista tendrá un máximo 08 semanas para la entrega, instalación y habilitación del servicio de monitoreo electrónico desde cualquier parte del territorio nacional a las instalaciones de la Dirección de la Policía Penitenciaria, la cual se encuentra ubicada costado norte de las Oficinas centrales del Ministerio de Justicia y Paz (edificio color gris de 4 pisos). No obstante, de conformidad con el artículo 199 del RLCA, la Administración, de oficio o a petición de la contratista y mediante acto motivado, podrá suspender el plazo del contrato por motivos de fuerza mayor o caso fortuito.”** (Destacado es propio)”*

Y sobre estas cláusulas se concluyó: “[...] según se detalla del cartel, lo que marca el inicio de la vigencia del contrato es la existencia de la orden de inicio, que debe emitirse con la instalación efectiva de la solución integral, la cual se debía entregar como máximo 8 semanas posteriores al refrendo interno, es decir al 21 de diciembre del 2016.”

De tal manera, bajo ese precepto contractual, la ejecución contractual se marca por la instalación efectiva de la solución integral, la cual debía entregarse ocho semanas después del refrendo interno del contrato suscrito entre la ESPH y el Ministerio, no de la relación ESPH y el proveedor.

Es por esto, que este órgano contralor dejó evidenciado que según la documentación que consta, si el refrendo interno se otorgó el 21 de octubre del 2016, la solución debía entregarse como máximo el 21 de diciembre del 2016.

Llama la atención sobre esto último que la Administración manifiesta:

“Adicionalmente, mediante oficio GG-091-2017, la ESPH solicita una nueva prórroga de 7 días naturales, la cual es concedida por la Administración el 17 de febrero de 2017 mediante oficio DG-ME-54-2019. [...] en fecha 27 de febrero de febrero de 2017, la jefa del Departamento de Tecnologías de la información, Marianella Granados Saavedra, mediante oficio DTI-100-2017, le indica al señor Manuel Delgado Cubillo, que la solución implementada por la ESPH cumplía con lo descrito por el pliego cartelario, respecto a la contratación amparada a la solicitud DA-0326-2016,

contratación directa 2016CD-000097-0006900001. Recibida dicha información, es que mediante oficio DG-ME-0083-2017, de fecha 01 de marzo de 2017, el señor Delgado Cubillo, le indica al señor Rolando Chinchilla Masís, Proveedor Institucional del Ministerio de Justicia y Paz, que, una vez revisados los aspectos técnicos contenidos en la contratación amparada a la solicitud DA-0326-2016, contratación directa 2016CD-000097-0006900001, le manifiesta que la solución implementada por la ESPH cumple con lo requerido dentro del pliego cartelario, y que la fecha de inicio del contrato es el 28 de febrero de 2017”

Sobre esto, en primer término, no se comprende por qué se solicitó una prórroga hasta este momento y que es la única que se evidencia es aceptada por la Administración, siendo que la solución debía entregarse como máximo el 21 de diciembre del 2016.

Además, sobre la solución esa Administración señala que: “[...] *el propio cartel de licitación señala que la empresa “suministrará los dispositivos electrónicos en régimen de alquiler” y a partir de la cláusula 136 detalla todas las especificaciones del dispositivo electrónico para monitoreo. De ello se colige que el suministro de los dispositivos es una parte de la solución integral, siendo una conditio sine qua non para que aquella pueda operar.”*

Partir del supuesto que indica la Administración llevaría a suponer que este contrato no ha entrado en ejecución, por que el suministro de los dispositivos se dá constantemente, es decir, se están entregando y colocando dispositivos constantemente.

De ahí que este órgano contralor de frente a lo dispuesto en el contrato señalara en el oficio que denegó la autorización pedida por esa Administración lo siguiente:

“Tomando en consideración el elenco de situaciones y elementos mencionados, este órgano contralor encuentra que el inicio del alquiler no puede ser considerado como el inicio de la vigencia del contrato, pues para que se diera en alquiler los dispositivos, necesariamente la solución ya debía existir conforme la regla cartelaria citada. En especial si se considera que esta contratación fue definida bajo la modalidad de “contrato llave en mano”./ Llama la atención esto último, no solo por lo dispuesto en la cláusula sobre el plazo, si no por cuanto según se desprende del oficio No. GG-091-2017 del 15 de febrero del 2017, el contratista manifiesta que el contrato está en ejecución y que la entrega de los dispositivos, no de la solución, se ha visto afectada, por lo que solicita una prórroga del plazo para entregar los dispositivos y no, como lo menciona la Administración, una prórroga de la entrada en vigencia del contrato, términos que jurídicamente resultan sustancialmente distintos según la normativa especial de la materia.”

Incluso si se observa el contrato, esté separa lo que es la entrega de la solución, de la entrega de los dispositivos, de tal manera es claro que la entrega de estos, no se considera como el inicio de la ejecución.

Al respecto en el cartel se indica:

*“Plazo y Modalidad de Entrega: **Una vez firmado y aprobado internamente el contrato, la empresa contratista tendrá un máximo 08 semanas para la entrega, instalación y habilitación del servicio de monitoreo electrónico** desde cualquier parte del territorio nacional a las instalaciones de la Dirección de la Policía Penitenciaria, la cual se encuentra ubicada costado norte de las Oficinas centrales del Ministerio de Justicia y Paz (edificio color gris de 4 pisos). No obstante, de conformidad con el artículo 199 del RLCA, la Administración, de oficio o a petición de la contratista y mediante acto motivado, podrá suspender el plazo del contrato por motivos de fuerza mayor o caso fortuito./ **Plazo de instalación del dispositivo electrónico:** En este caso, de conformidad con la Ley, a las veinticuatro horas de la firmeza de la sentencia la Persona condenada deberá presentarse a la oficina que al efecto defina la Dirección General de Adaptación Social, la que valorará su caso y determinará su ubicación dentro del Programa, sus obligaciones, su control y atención técnica de cumplimiento. Una vez que la DGAS cuente con el consentimiento informado de la persona procesada, a solicitud expresa del Administrador del Contrato, la ESPH dispondrá de un plazo máximo de ocho horas para la entrega del dispositivo, cuya activación estará a cargo de la Unidad de Monitoreo.”* (Destacado es propio)

Así las cosas, de lo expuesto por la Administración se mantienen las dudas sobre el momento de inicio de la contratación y en consecuencia la vigencia del contrato. Por cuanto, como se expone la Administración parte de un supuesto, que no concuerda con lo que el cartel dispuso, es decir la entrega en ocho semanas de la solución integral, contados a partir de la aprobación interna.

C. Precio

Reitera en este documento la Administración en que no ha iniciado negociaciones respecto al precio del objeto del contrato, sin embargo, lo cierto es que si ha mantenido comunicaciones en ese sentido con la empresa contratista y que condiciona esa rebaja a la aprobación de la modificación unilateral del contrato.

En ese sentido debemos insistir que no se considera correcto que se plantee una solicitud de autorización cuando la Administración ya tiene previsto una posible modificación del precio del servicio, por lo que si se plantea la autorización debe indicar el precio que operaría durante esa prórroga del contrato y no plantearlo como una posible modificación posterior pues ello genera incerteza y además tiene un impacto en el disponible presupuestario que se requerirá para la ejecución del contrato, pues ambos aspectos están directamente relacionados.

D. Sobre la importancia del objeto

Finalmente resulta oportuno indicar que no desconoce esta División la importancia que mantener la ejecución del contrato representa para la Administración, pues con el mismo se garantiza el cumplimiento de una necesidad administrativa y con ella la satisfacción del correlativo interés público que deviene precisamente de la ejecución del servicio de monitoreo electrónico de personas privadas de libertad.

Es precisamente por el reconocimiento que esta Contraloría General tiene respecto de la importancia del servicio, que no se logra comprender cómo es que esa Administración no previó todas las condiciones necesarias para garantizar la continuidad del servicio, tomando en consideración lo inminente de tener que promover un procedimiento ordinario de contratación administrativa, tal como lo indicó ese Ministerio en el oficio No. MJP-168-03-2020 del 04 de marzo de 2020, en el que la señora ministra manifestó que “**Se prevé el inicio de este proceso licitatorio antes que finalice el primer cuatrimestre de 2020**”. No obstante, es hasta ahora y ante el vencimiento del contrato a muy corto plazo que publica la invitación a concursar.

En conclusión, se mantienen las consideraciones y dudas que este órgano contralor manifestó mediante el oficio No. 01325 (DCA-0419) del 28 de enero del 2021, y que en consecuencia llevaron a denegar la solicitud planteada.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Fernando Madrigal Morera
Asistente Técnico

DVR/FMM/mjav
NI: 3330
G: 2021000457-2
Expediente electrónico: CGR-AUV-202100050



David Venegas Rojas
Fiscalizador