

Al contestar refiérase
al oficio N° **02806**

24 de febrero de 2021
DCA-0809

Señora
Lidia María Conejo Morales
Directora Nacional de CEN-CINAI
MINISTERIO DE SALUD

Estimada señora:

Asunto: Se deniega, por no requerirse, autorización a la Dirección Nacional de Centros de Educación y Nutrición y de Centros Infantiles de Atención Integral para que contrate en forma directa alquiler del sistema informático, administrativo y de Recursos Humanos para la Dirección Nacional de CEN-CINAI, con la empresa Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA), por un monto de \$378.327,66 (trescientos setenta y ocho mil trescientos veintisiete dólares con sesenta y seis centavos).

Nos referimos a su oficio No. DNCC-OF-1437-2020 de fecha 22 de diciembre del 2020, y presentado en esta Contraloría General el 04 de enero pasado, mediante el cual solicita la autorización descrita en el asunto.

Mediante oficios Nos. 00683 (DCA-0247) y 01927 (DCA-0592) del 18 de enero y 09 de febrero pasados, sucesivamente, esta División le solicitó a la Administración información adicional, lo cual fue atendido mediante oficios Nos. DNCC-OF-0081-2021 y DNCC-OF-0168-2021 del 22 de enero y 12 de febrero pasados.

I. Justificaciones de la solicitud

Señala que para que la Dirección Nacional de CEN CINAI se consolidara como ente adscrito al Ministerio de Salud, era requerido contar con un sistema de información en el cual se llevara la formulación, ejecución y control de los recursos de la Dirección, Además, indica que a través del sistema se le cancelaría el salario a más de 2400 funcionarios, permitiendo la operativa institucional, la cual es indispensable para continuar la atención directa de los niñas y los niños, mujeres embarazadas y en periodo de lactancia en condición de pobreza, tal cual su mandato dictado por la Ley No. 8809 "Creación de la Dirección Nacional de Centros de Educación y Nutrición y Centros Infantiles de Atención Integral".

Explica que mediante la Contratación Directa No. 2016CD-00028-0009200001, el Ministerio de Salud promovió la contratación para el alquiler de sistema informático administrativo financiero y de recursos humanos, conocido en el mercado con el nombre de Planificación de Recursos Empresariales (ERP) donde su operación es el 100% por medio de la web (hosting), además con acceso a la nube”; bajo el artículo 130 del RLCA (actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público) con la empresa estatal Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA).

Manifiesta que mediante adenda No. DNCC-DG-UPI-002-2020 se procedió a modificar el plazo del contrato y se extendió su vigencia por un periodo de seis meses más, comprendidos desde el 08 de septiembre de 2020 hasta el 07 de marzo de 2021, al amparo del artículo 12 bis de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 209 de su Reglamento.

Indica que la necesidad de esta adenda se generó a la luz de los alcances de la Ley No. 9524, ya que se pretendía que para el año 2021 se debían pasar los presupuestos de las instituciones adscritas al Ministerio rector y al Ministerio de Hacienda y, se utilizarían los sistemas financieros y de recursos humanos propios del Poder Ejecutivo. No obstante, señala que al mes de setiembre de 2020 no había certeza de esto, por lo que fue requerido ejecutar una adenda de ampliación del 50 % de este contrato.

Explica que ha existido una incertidumbre importante sobre las soluciones informáticas que facilitará el Gobierno Central para las instituciones desconcentradas, dentro de la aplicación de la Ley No. 9524 y, señala que comprenden que promover y hacer esfuerzos para nuevos Sistemas conlleva un riesgo sumamente algo.

Manifiesta que en la actualidad lo que se conoce con respecto a que el Ministerio de Hacienda suministre los sistemas de información es la comunicación brindada a la colaboradora enlace de Plan de contingencia de la Dirección en la presentación del Proyecto “Fiscal management improvement project modernizar y digitalizar los sistemas tecnológicos del Ministerio de Hacienda conocido como «Hacienda Digital para el Bicentenario», entre el gobierno de la república de Costa Rica y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento Expediente N.º 22.016”. Argumenta que este proyecto está en fase de requerimientos y se proyecta que estará siendo una realidad en el año 2023.

Señala que el comunicado para instituciones adscritas en diciembre del 2020, indicó “... *que los órganos desconcentrados deberán utilizar sus sistemas propios para la gestión de recursos humanos y planillas, además por medio del Sistema SIGAF, se deberá realizar mensualmente la carga con información de lo ejecutado en el mes*”. Por manifiesta que ante esta situación la Dirección Nacional de CEN CINAI se ve en la urgente necesidad de continuar operando con un sistema que permita la formulación,

ejecución y control del presupuesto asignado, por cuanto para el periodo 2021, la Dirección General de Presupuesto Nacional aún no cuenta con el sistema para tal fin.

Manifiesta que el proceso de contratación actual, contempló una amplia fase de implementación, que implicó actividades asociadas a capacitación de usuarios, implementación de infraestructura, parametrización del sistema, alineación de datos maestros y migración, pruebas funcionales, entre otros, lo cual implicó un costo de implementación que ya fue devengado en su momento.

Explica que el sistema ya está cargado con información histórica, además los módulos están implementados y en ejecución y; el seguir con este sistema permitiría a la Administración continuar la operativa normal a espera de la entrada del Sistema que el Ministerio de Hacienda está desarrollando «Hacienda Digital para el Bicentenario». Aclara que la implementación de un nuevo sistema de información implicaría asumir nuevamente un costo por esta fase, cuyo presupuesto no se encuentra disponible para el año 2021, dadas las restricciones que enfrenta la administración pública.

Así, considera oportuno continuar la contratación con la empresa estatal Radiográfica Costarricense S.A., a fin de no hacer incurrir en mayores gastos a la institución, debiendo realizar la implementación de nuevos módulos y la transferencia de información de un sistema a otro, con los costos y riesgos que ello implica por un periodo relativamente corto en tanto se da la apertura con Hacienda Digital.

II. Criterio de la División

El artículo 182 de la Constitución Política establece que el procedimiento licitatorio es el medio por el cual la Administración debe proveerse de los bienes, obras o servicios que requiera. Sin embargo, el legislador contempló excepciones a los procedimientos de concurso, como las establecidas en el artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), cuyo inciso c) refiere “La actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público”. Por su parte, el artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece lo siguiente:

“Los sujetos de derecho público, podrán celebrar entre sí contrataciones sin sujeción a los procedimientos de contratación, siempre y cuando la actividad desplegada por cada uno se encuentre habilitada dentro de sus respectivas competencias. En sus relaciones contractuales, deberán observar el equilibrio y la razonabilidad entre las respectivas prestaciones.

Los convenios de colaboración suscritos entre entes de derecho público, en ejercicio de sus competencias legales, no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa.”

Al respecto, debe considerarse que el ejercicio de excepciones como la comentada resulta responsabilidad de la Administración, conforme lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 135 del RLCA:

“La determinación de los supuestos de prescindencia de los procedimientos ordinarios, es responsabilidad exclusiva del Jerarca de la Institución o del funcionario subordinado competente, el cual en la decisión inicial deberá hacer referencia a los estudios legales y técnicos en los que se acredita que, en el caso concreto, se está ante un supuesto de prescindencia de los procedimientos ordinarios.”

De conformidad con la anterior disposición legal, los sujetos de derecho público intervinientes no requieren de autorización por parte de este órgano contralor para aplicarse, resultando pertinente lo dispuesto por esta órgano contralor en el oficio No. 15562 (DCA-2950) de 28 de noviembre de 2016, donde se establece lo siguiente: *“En este orden de ideas, la Ley de Contratación Administrativa suprimió nuestra intervención previa, por lo que no es necesario contar con la autorización de este Órgano Contralor, cuando se efectúen contrataciones entre entes de derecho público.”*

La decisión de los funcionarios competentes de cada uno de los sujetos de derecho público para contratar de forma directa entre sí *“...es posible en el tanto las Administraciones se mantengan en el ámbito de sus competencias y que el ente contratante reúna los requisitos de idoneidad legal, técnica y financiera para celebrar el respectivo contrato.”* (ver oficio 17388 (DCA-3217) de 23 de diciembre de 2016), en estricta concordancia con lo dispuesto en el artículo 133 del RLCA.

En el presente caso, la empresa Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA) está constituida como sociedad anónima con amplias competencias de conformidad con la libertad de comercio admitida por las leyes mercantiles, por lo cual no se requeriría la autorización solicitada. Desde luego, es responsabilidad de la Administración la verificación de la idoneidad legal, técnica y financiera en relación con la prestación a contratar, en atención a las consideraciones propias del objeto contractual.

Al respecto, la Administración debe tener en consideración lo dispuesto por este órgano contralor con respecto a la intervención efectiva del sujeto público que ofrece el objeto contractual, en caso de mediar la participación de un tercero particular en la satisfacción del interés público, respecto de lo cual mediante oficio 11095 (DCA-2512) de 22 de octubre de 2012, se dispuso lo siguiente:

“Si se estuviera dentro del ámbito competencial de cada ente, pero no todo el objeto contractual fuera a ser ejecutado por el respectivo sujeto público, sino que se estuviera acudiendo a un tercero privado, mediante alianza estratégica, debe verificarse que la participación del ente público sea sustancial. Así, no podría acudirse a la excepción

para contratar directamente entre entes de derecho público, si el ente contratado va a tener una participación marginal con relación a la integridad del objeto contractual, con nulo o escaso valor agregado. Ahora bien, es preciso aclarar que no necesariamente van a existir fórmulas preestablecidas en la normativa para determinar lo anterior, como sucede por ejemplo con relación a la subcontratación en donde se establece como límite máximo el cincuenta por ciento del total de la obra, por lo que habrá que analizar las particularidades de cada caso concreto, tomando en cuenta parámetros como el valor total del objeto contractual, la complejidad de las prestaciones asumidas por la Administración, la especialidad de la participación del sujeto privado, etc.

Es necesario además analizar si efectivamente la relación contractual entre el ente público y el privado refiere a una alianza estratégica y no a una mera adquisición de bienes y servicios. En este sentido, se debe determinar si existe un negocio de por medio para lograr un proyecto específico para lo cual cada parte realiza un aporte dentro de su especialidad, ya sea capital, servicios, tecnología, etc., en proporción a los beneficios esperados, y en donde se comparten los riesgos en el sentido de que si bien se tiene la expectativa de obtención de réditos también se participa en las eventuales pérdidas. (...) Lo anterior es importante, pues en la medida en que nos encontremos ante un mero aprovisionamiento de bienes y servicios a contratar entre el ente público y un tercero privado, deberá acudirse a los procedimientos ordinarios de contratación administrativa.

Debe analizarse cuál es el fin que motiva a ambas administraciones a llevar a cabo una respectiva contratación, pues evidentemente el propósito no debería ser evadir la aplicación de los controles en materia de contratación administrativa, pues podría incurrirse en fraude de Ley, que de acuerdo con los artículos 5 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito y 1, 18) del Reglamento a dicha Ley, se presenta cuando el servidor público en ejercicio de la función administrativa, o bien un sujeto de derecho privado en sus relaciones con la Administración, realice actos al amparo del texto de una norma jurídica persiguiendo un resultado que no es conforme a la satisfacción de los fines públicos y al ordenamiento jurídico vigente, lo cual no impedirá la debida aplicación de la norma jurídica que se haya tratado de eludir.

(...) La actividad contractual entre entes de derecho público, debe implicar que el respectivo ente tenga una participación relevante dentro del objeto contractual que se circunscriba en su marco competencial, y no consistir en una mera colocación de suministros, pues es claro que la entidad que pretende satisfacer una determinada necesidad pública no puede acudir a la referida excepción únicamente como un puente para realmente contratar en forma directa al tercero privado competente para llevar a cabo la respectiva ejecución contractual, pues en dado caso estaríamos ante un fraude de Ley.”

El citado artículo 138 del RLCA establece que las relaciones contractuales entre sujetos de derecho público deben observar el equilibrio y la razonabilidad de las respectivas prestaciones, y siendo que en el presente caso lo que se pretende es el alquiler del sistema informático, la Administración adquirente tiene la obligación de determinar la razonabilidad del precio a pagar.

Conforme lo expuesto, al resultar innecesaria la autorización de este órgano contralor, impone denegar la autorización en tanto corresponde a la Administración la decisión de acudir a la excepción normativa que se ha desarrollado previamente. No obstante lo anterior, resulta responsabilidad de las administraciones interesadas establecer la oportunidad y conveniencia del cumplimiento del objeto convenido, así como de su correcta tramitación y ejecución.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Natalia López Quirós
Fiscalizadora Asociada

NLQ/AUR/apus
Ni: 51-2044-
G: 2021000466-1
Expediente: CGR-AUV-2021000520

