

**Al contestar refiérase
al oficio No. 01325**

28 de enero, 2021
DCA-0419

Señora
Fiorella Salazar Rojas
Ministra
MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ

Estimada señora:

Asunto: Se deniega 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-723-2020 fechado 18 de diciembre del 2020 y recibido en la Contraloría General el 21 de diciembre recién pasado, mediante el cual solicita la autorización descrita en el asunto.

Mediante oficio No. 00638 (DCA-0228) del 15 de enero del año en curso este órgano contralor requirió información adicional, la cual fue remitida por la Administración mediante oficio MJP-DM-053-2021 del 22 de enero de 2021.

I. Antecedentes y Justificación de la solicitud

1. Que desde la entrada en vigencia de la Ley de Mecanismos Electrónicos de Seguimiento en Materia Penal, Ley 9271, el Ministerio de Justicia y Paz ha sido consciente de la importancia de que el servicio público que se presta sea de calidad, de ahí que mediante un elemento novedoso del sistema penal busca dar la retribución de la armonía social y la seguridad dentro de la comunidad.
2. Que desde el 2016 el Ministerio de Justicia y Paz contrató a la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, S.A. (ESPH) la solución integral del monitoreo electrónico para cumplir con los fines encomendados en la Ley 9271. Dentro del marco de dicha contratación, se previó un margen para la implementación de mejoras tecnológicas, que se ha traducido en beneficios para los funcionarios y los propios usuarios de la Administración de Justicia.

3. Menciona que a lo largo de la operatividad de la Unidad de Monitoreo, es decir, en menos de 4 años, se han consolidado tres cambios indispensables de la plataforma tecnológica para la optimización del servicio según lo estableció el contrato firmado al respecto. Los cambios han respondido a la necesidad de subsanar falencias de impacto detectadas en la operatividad.
4. Manifiesta que cada uno de estos tres cambios ha traído consigo curvas de aprendizaje para los funcionarios que trabajan con el sistema, así como etapas de estabilización en la aplicación de las nuevas tecnologías en los procesos de monitoreo. Además, ha representado un esfuerzo importante de la institución en relación con los desplazamientos, a lo largo y ancho de todo el país, que supone el cambio de dispositivos de cada una de las personas monitoreadas.
5. Que con ocasión de la época de emergencia sanitaria que está experimentando el país, dichos cambios implican consideraciones sanitarias y de seguridad adicionales, con su correspondiente impacto en costos.
6. Que la contratación que actualmente se encuentra en ejecución vence en febrero del 2021 y por ello conformó, a lo interno de la institución, una comisión encargada de efectuar un estudio de mercado que permitiese identificar los aspectos técnicos necesarios de los nuevos dispositivos a adquirir, así como el detalle de sus requerimientos de gestión, logísticos y tecnológicos para efectos de elaborar el respectivo cartel licitatorio e iniciar un nuevo procedimiento de contratación administrativa para arrendamiento de solución integral de mecanismos electrónicos alternativos al cumplimiento de la privación de libertad.
7. Que dado que la preparación del nuevo documento de licitación se iba dando en paralelo con el más reciente cambio de tecnología que ha experimentado el proceso de monitoreo electrónico, desde el Despacho de Administración se solicitó que se considerara como insumo fundamental en el proceso de preparación del cartel, las lecciones aprendidas durante dicho proceso de cambio tecnológico, de manera que se incorporaran en el nuevo cartel los aspectos técnicos y de gestión que se recogieran de la experiencia obtenida para que la nueva contratación tomara en cuenta las nuevas necesidades identificadas.
8. Menciona que con el cambio de tecnología, la recopilación de lo aprendido y tomando en cuenta el plazo de finalización del contrato actual, consideró irresponsable lanzar un proceso licitatorio para la contratación de un servicio en plena modificación del mismo, sin contemplar los resultados inmediatos y de corto plazo que salieran de él, siendo que la próxima contratación debe tomar como base mínima el servicio actual y procurar una mejora en favor de los administrados, la institución, las finanzas del país, el interés público, y en definitiva, la seguridad nacional.

9. Por las razones esbozadas, considera que lo pertinente es solicitar al órgano contralor una extensión de plazo estipulado dentro de la contratación actual, de conformidad con el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

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 sea 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 el caso que nos ocupa la Administración solicita a este órgano contralor autorización para modificar el contrato suscrito entre el Ministerio de Justicia y Paz, con la Empresa de Servicios Públicos, el cual deriva de la Contratación Directa No. 2016CD-000097-0006900001 para una solución integral de mecanismos electrónicos alternativos al cumplimiento de la privación de la libertad, lo anterior con el fin de ampliar el plazo del mismo por 24 meses adicionales.

Sobre dicho contrato es de interés destacar que según consta en el expediente electrónico de la contratación, dicho procedimiento fue tramitado bajo un supuesto de excepción a los procedimientos ordinarios. Así, en el cartel del concurso se indica: “*Contratación directa de actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público (Artículo 2 inc. c) LCA y artículo 130 RLCA [actual 138 RLCA].*” (Ver SICOP, número del procedimiento, sección “2. Información del cartel”)

De frente a esto, es de interés resaltar que la disposición contenida en el artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa dispone una serie de supuestos en los que la Administración podría no realizar un procedimiento concursal descrito en la ley mencionada. Sin embargo, a dicha contratación si le resulta de aplicación las restantes disposiciones de la Ley y su reglamento.

En atención a esto último, 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 establece lo siguiente:

“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: 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. (...) 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. /La Administración deberá revisar el monto de las garantías rendidas a efecto de disponer cualquier ajuste que resulte pertinente.”

Como puede observarse, 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.

Bajo el contenido de la norma, resulta relevante traer a colación lo indicado por este órgano contralor sobre el acatamiento a las disposiciones de la Ley, esto pues la posibilidad de modificar contractualmente un contrato, no solo supone el cumplimiento de los supuestos del artículo 208 del RLCA (cuando la Administración lo realice) o bien su incumplimiento (cuando le corresponda a este órgano contralor), si no además el cumplimiento de supuestos básicos, tal es el caso del contenido presupuestario suficiente y disponible que amparen la contratación para el ejercicio económico correspondiente; así como, que el contrato que se pretenda modificar se encuentre aún vigente.

Así las cosas, todos los elementos mencionados se deben acreditar en la solicitud que se presente, siendo en orden de mérito la acreditación del contenido presupuestario y la vigencia del contrato, el primer escalón de dicho análisis, posteriormente, la acreditación del cumplimiento o no de los supuestos descritos en el artículo 208 del RLCA.

Además, conviene indicar que de conformidad con el artículo 12 bis de la Ley de Contratación Administrativa, la Administración una vez ejecutado un contrato, podrá obtener suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, del mismo contratista, siempre y cuando se cumplan con los requisitos indicados en dicho artículo.

Esta norma, se complementa con el desarrollo que se hace en el artículo 209 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) que desarrolla esta disposición legal y entre otras cosas señala: *“Si ejecutado un contrato la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista, siempre que este acepte y se cumplan las siguientes condiciones... Para utilizar esta modalidad, será requisito que dentro del plazo de los seis meses, conste en el expediente la debida motivación y promulgación, por quien tenga competencia para adjudicar el acto administrativo que contenga la decisión en que se funde el nuevo contrato... La sumatoria del contrato precedente y del nuevo podrá exceder el límite económico del tipo de procedimiento originalmente utilizado”*

Así las cosas, a partir de los elementos antes mencionados, este órgano contralor procederá a analizar el cumplimiento de dichos requisitos en la solicitud presentada.

A. Sobre el disponible presupuestario

El artículo 08 de la LCA, señala: *“Para iniciar el procedimiento de contratación administrativa, es necesario contar con recursos presupuestarios suficientes para enfrentar la erogación respectiva. En casos excepcionales y para atender una necesidad muy calificada, a juicio de la Administración y previa autorización de la Contraloría General de la República, podrán iniciarse los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual se requiere la seguridad de que oportunamente se dispondrá de la asignación presupuestaria. En estas situaciones, la Administración advertirá, expresamente en el cartel, que la validez de la contratación queda sujeta a la existencia del contenido presupuestario.”*

De la norma mencionada, si bien se detalla que la Administración podrá solicitar autorización para iniciar un procedimiento de contratación administrativa sin contenido presupuestario; tal como se puede apreciar, esa posibilidad es para el inicio del procedimiento, con lo que la exigencia de contar con el contenido económico es requisito ineludible una vez pasada la adjudicación del procedimiento.

De frente a esto, resulta de interés lo dispuesto en el artículo 110, inciso f) de la Ley de Administración Financiera y presupuestos públicos, que dispone: *“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.”*

Así las cosas, en el caso de mérito, por medio del oficio No. 00638-2021 (DCA-0228), este órgano contralor solicitó a la Administración acreditar el contenido presupuestario suficiente y disponible que cubrieran las erogaciones del contrato para este ejercicio económico.

Sobre esto, por medio del oficio No. MJP-DM-053-2021 del 22 de enero del 2021, la Administración remite el documento firmado por la Jefatura del Departamento financiero de ese ministerio, señala que:

“Que la subpartida 10199 “OTROS ALQUILERES” (PARA ATENDER CONTRATOS DEL SISTEMA DE MONITOREO ELECTRÓNICO O USO DE BRAZALETES), fuente de financiamiento 001, del subprograma 78906 “ATENCIÓN DE POBLACIÓN SUJETA A DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS”, presenta a la fecha en el Sistema Integrado de Gestión de la Administración Financiera (SIGAF), una apropiación actual por el monto de ₡1.318.938.874,00 ejercicio económico del 2021./ Que de acuerdo al sistema en cita, dicha subpartida presenta un disponible presupuestario por ₡1.204.570.215,20.”

Sobre este disponible, por medio del oficio No. MJP-DM-0029-01-2021, del 15 de enero del 2021, dirigido al Ministerio de Hacienda, la Administración indica:

“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.”

Finalmente, por medio del mencionado oficio No. MJP-DM-053-2021, la Administración expone:

“Asimismo, se adjuntan los oficios MJP-DM-029-2021 y MJP-DM-050-2021, mediante los cuales este Ministerio hace la solicitud de inclusión de recursos adicionales para esta partida en un presupuesto extraordinario, e informa al Ministerio de Hacienda sobre el requerimiento del ente contralor en relación con la solicitud para la extensión del plazo de marras./ 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 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 para todo el año, 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 solo el mes de abril.

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 suficientes y disponibles para todo el ejercicio económico.

B. Vigencia del contrato

Cómo se ha apuntado, la modificación unilateral de los contratos procede en el tanto el contrato se encuentre vigente, tal como se puede extraer del artículo 208 del RLCA, cuando menciona: *“La Administración podrá modificar unilateralmente sus contratos tan pronto éstos se perfeccionen, aún antes de iniciar su ejecución y durante ésta [...]”*

De frente a esto, este órgano contralor por medio de solicitud de información, requirió a la Administración que acreditará la vigencia del contrato. Al respecto se señaló:

“De conformidad con la información que consta en la plataforma electrónica SICOP respecto de la Contratación Directa No. 2016CD-000097-0006900001, se observa que el contrato original tiene como fecha el 21 de octubre de 2016 por un plazo de 48 meses y fecha de ejecución el 09 de noviembre de 2016. En ese sentido deberá aclarar y justificar la Administración, de forma detallada, cuál es la fecha de extinción del contrato por el acaecimiento del plazo, a partir de su entrada en vigencia.”

Al respecto, por medio del oficio No. MJP-DM-053-2021, la Administración expone:

*“De conformidad con lo establecido en el artículo 108 (sic) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, “La relación contractual válida y perfeccionada se formalizará cuando sea necesario para el correcto entendimiento de los alcances de los derechos y las obligaciones contraídas por las partes.” **En la plataforma SICOP consta el oficio GG-091-2017 mediante el cual el señor Allan Benavidez Vílchez solicita una prórroga para el inicio de la relación contractual, en vista de “circunstancias inesperadas” que no estaban contempladas en la planificación inicial. Mediante oficio DG-ME-54-2017, el señor Manuel Delgado Cubillo, administrador del contrato, concede la prórroga solicitada./ En vista de lo anterior, mediante documento “DA 080-2017” se realiza la primera orden de pedido el 28 de febrero de 2017 y se indica que la ejecución rige a partir del 28-02-2017. Siendo que el plazo de ejecución del contrato es de 48 meses, se colige que la fecha de extinción del mismo es el 28 de febrero de 2021.”***

Tomando en consideración lo anterior, resulta de interés destacar el contenido de los oficios mencionados y aportados por la Administración, y que constan en el expediente donde se pretende acreditar la vigencia del contrato.

Así las cosas, en el oficio No. GG-091-2017 del 15 de febrero del 2017, el contratista indicó a la Administración contratante lo siguiente:

*“Por medio de la presente y con base en el artículo 198 del reglamento a la Ley de Contratación Administrativa solicitamos muy respetuosamente **analizar las una circunstancia (sic) presentadas durante la ejecución del proyecto**, la cual no estaba incluida dentro de la planificación inicial y en consecuencia han generado **un retraso en la entrega de los dispositivos electrónicos** y por ende en la fecha de cierre del proyecto, ésta se detallan a continuación: 1. Trámite de exoneración de Dispositivos electrónicos./ Antecedentes: 1. El 20/01/2017 la ESPH inicia el proceso de exoneración ante el Ministerio de Hacienda para los siguientes compontes (sic) de las soluciones (245 dispositivos, 500 cargador, 1000 cinta de fijación, 700 cargador) [...]./ El 31/01/2017 La ESPH inicia el proceso de la segunda exoneración ante el Ministerio de Hacienda para los siguientes compontes (sic) de las soluciones (250 dispositivos): [...]./ Conforme a lo expuesto, la fecha estimada de des almacenaje de los equipos sería el 24 de febrero de 2017 y no el 17 de febrero de 2017, **lo que nos obliga a solicitar una prórroga en el plazo de entrega de 7 días naturales.**” (Destacado es propio)*

Dicha solicitud es atendida por medio del oficio No. DG-ME-54-2017 del 17 de febrero del 2017, la Administración expone:

*“Reciba un cordial saludo, por este medio se adjuntó Oficio GG-091-2017, en el cual se solicita una prórroga de 07 días naturales. Ante la anterior petición, Institucionalmente se concede la prórroga, por cuanto **no afecta la recepción técnica de la solución tecnológica, por que tenemos dispositivos electrónicos disponibles para realizar las pruebas técnicas que correspondan.**” (Destacado es propio)*

De frente a esto, la Administración señala que el contrato entró en vigencia a partir del 28 de febrero del 2017, siendo que se vió afectado por la solicitud de prórroga del inicio de la relación contractual efectuada por el contratista y aceptada por la Administración.

Toma como sustento para esto el artículo 198 del RLCA, sobre la formalización contractual, el cual supone que el contrato se encuentra perfeccionado y se le ha otorgado el requisito de eficacia mediante la respectiva aprobación interna (hoy refrendo interno), la cual se le otorgó por medio del oficio No. DJ 2016-3763 del 21 de octubre del 2016.

Ahora bien, aparte de dicho numeral, es de interés destacar el artículo 200 del RLCA, que dispone: *“La Administración, deberá girar la orden de inicio del contrato dentro del plazo*

establecido en el cartel, y a falta de estipulación cartelaria, lo hará dentro de los quince días hábiles siguientes contados a partir de la notificación a la entidad contratante del refrendo o de que se dé la aprobación interna, según corresponda.”

Entonces, para acreditar la vigencia del contrato resulta necesaria la existencia de una orden de inicio, que se debería emitir, sea según lo dispuesto por el cartel o en caso de omisión, dentro del plazo de 15 días hábiles contados a partir de la notificación del refrendo o aprobación interna.

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)

A partir de lo anterior, la Administración remite a este órgano contralor el documento No. DA 080-2017 que se titula “Solicitud de pedido” que en sección fecha de emisión indica: 17 de enero de 2017, y contiene un sello con título “Unidad de presupuesto y gestión de pagos”, con fecha 28 feb.2017. Entre lo que interesa de dicho documento se destaca una sección que indica: *“Nombre Bien/ Servicio: Alquiler de dispositivos electrónicos para el control de la ejecución de la pena./ I Carga a contrato de 1 año de ejecución No. 0432016000700128-00 el cual rige del 28-02-2017 al 27-02-2018.”*

Recapitulando lo antes detallado, la Administración considera que es el 28 de febrero del 2017, el momento en que inició la ejecución del contrato.

Sin embargo, 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.

Al respecto, resulta necesario dimensionar de frente al cartel ¿qué es la solución integral y qué acciones comprendía?

Así, en la sección “1.1 Descripción del servicio, equipo o atributos adicionales” se precisa sobre la modalidad del contrato: *“Se requiere alquilar, **bajo la modalidad llave en mano**, una solución integral de mecanismos electrónicos alternativos al cumplimiento de la privación de libertad, sea bajo la modalidad de localización permanente de las personas sujetas a una medida cautelar o para el control de personas sentenciadas en los casos regulados por ley. Esta solución tecnológica no debe presentar límites en la transferencia de datos, independientemente del número de dispositivos electrónicos. Debe proveerse una solución que incluya todos los elementos que aseguren el adecuado funcionamiento de los servicios. Por la naturaleza del tráfico de información que soportará, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia S.A debe brindar soporte con un horario 24x7, durante todos los días del año.”* (Destacado es propio)

Ahora bien, en la sección “1.2 Especificaciones técnicas del contrato de la solución integral de mecanismos electrónicos alternativos al cumplimiento de la privación de libertad”, se delimita en forma general lo que se requiere para la solución, requiriendo un centro de monitoreo, manuales de operatividad técnica del servicio, descripción del componente de software de captura, ficha técnica de los dispositivos electrónicos, software de monitoreo, de captura e inteligencia policial, un data center, recurso humano y tecnológico, obras civiles de canalización, tubería, canastas o cualquier elemento que permita la conectividad entre los usuarios del dispositivo y el centro de monitoreo.

Por otro lado, precisa que durante la ejecución el contratista suministrará los dispositivos electrónicos en régimen de alquiler, y le corresponderá dar el respectivo mantenimiento.

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”¹.

¹ Al respecto, por medio de la resolución No. R-DCA-110-2010 del 04 de noviembre del 2010, este órgano contralor ha señalado: *“Esta modalidad de contratos, aceptados incluso en el mercado internacional, suelen tener diversas denominaciones reconociéndose entre estos el conocido como “llave en mano” o bien el “IPC” (ingeniería, procura y construye), siendo el rasgo particular en estos contratos que el contratista encargado debe entregar la obra encomendada lista para su uso por quien la encargó, quedando incorporado en el precio pactado tanto el costo del principal como las eventuales variaciones en el precio de cada uno de los rubros comprendidos en el precio.”*

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.

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.

De frente a todo lo expuesto concluye este órgano contralor que ante la falta de claridad de la Administración existe incerteza en cuanto a la fecha de inicio del contrato, lo que deriva en que no resulte claro para esta División que el contrato respecto del cual se requiere autorización se encuentre vigente, pues no se ha acreditado dicha condición a partir de lo que el cartel estableció.

Esta incerteza suma a la consideración que llega esta Contraloría General de no autorizar la solicitud de autorización planteada por la Administración pues la modificación contractual regulada en el artículo 208 del RLCA es clara en cuanto a que la misma aplica únicamente a contratos vigentes en ejecución, por lo que resultaba indispensable que la Administración demostrara de forma clara que dicho contrato está vigente tal como le fue requerido.

C. Precio

En su oficio No. MJP-DM-723-2020 fechado 18 de diciembre del 2020 esa Administración manifiesta que la modificación del contrato se hará *“...por el mismo precio que se paga actualmente por el servicio, o un precio menor si se logra concretar una negociación con el contratista en esa línea”*. En razón de lo anterior esta División le solicitó aclarar el estado actual de la negociación respecto al precio que han tenido las partes, indicar si ya tiene definido con certeza el precio que regirá para la modificación contractual o si se trata de un aspecto no definitivo al estar en negociaciones aún, de ser este último supuesto deberá indicar cuándo estima finalizar la negociación.

A efecto de atender lo anterior, la Administración mediante oficio No. MJP-DM-053-2021 del 22 de enero manifestó lo siguiente:

“Al respecto, se informa que este Ministerio, en respeto a la resolución pendiente de la consulta de marras enviada al ente contralor, no ha iniciado ningún proceso de negociación para formalizar una rebaja de la tarifa diaria del alquiler de los dispositivos electrónicos, hasta no tener la autorización para proceder con la extensión del plazo

del contrato vigente. De momento, la actuación se ha limitado a explorar la posibilidad con la empresa contratada, como se indica en la hoja "A2 CRONOGRAMA PRÓRROGA CONTRATO" del cronograma que acompañó al oficio MJP-DM-723-2020, que se envió al señor Allan Ugalde./ Así, en el mes de diciembre se envió el oficio MJP-DM-714-2020 (adjunto), mediante el cual, entre otras cosas, se solicitaba a la ESPH la posibilidad de negociar un precio menor por el alquiler de los dispositivos para el monitoreo electrónico. Ante esta solicitud, la ESPH respondió mediante oficio GER-771-2020, manifestando la anuencia para iniciar un proceso de negociación para un precio menor, sin dar una oferta específica. Más recientemente, el 19 de enero, se recibió el oficio GER-024-2021, en que se detalla el precio que se establecería dados varios escenarios. En todos los escenarios el costo sería inferior al que se maneja en la actualidad. Cabe indicar que esta propuesta no ha sido aún aceptada ni respondida por este Ministerio, ni se han llevado a cabo reuniones para su discusión, siendo que está pendiente de resolver la posible ampliación del plazo del contrato, de previo a concretar una adenda que establezca un costo distinto. Lo anterior está condicionado evidentemente a tener el aval de la Contraloría General de la República y que posteriormente se realice el respectivo proceso en el SICOP."

De lo anterior se evidencian claras contradicciones en relación al precio del servicio contratado, lo anterior en razón que ante nuestra consulta afirman que no se ha iniciado ningún proceso de negociación para rebajar la tarifa, sin embargo inmediatamente expone esa Administración que le solicitó a la contratista la posibilidad de negociar un precio menor y que existió anuencia por parte del contratista para iniciar la negociación para reducir el precio y que ya recibió la Administración Contratante una propuesta del contratista donde se detalla un precio según varios escenarios.

Lo anterior resulta importante por cuanto la solicitud de autorización que requiere debe tener un precio firme y definitivo pues no tiene sentido el que se plantee una solicitud de autorización cuando la Administración ya tiene previsto una posible modificación del precio del servicio, independientemente si este es a la alza o a la baja. Lo cierto es que la Administración debe tener plena certeza del precio que regirá durante el plazo del contrato que pretende modificar, máxime cuando se trata de un elemento esencial del contrato como lo es el precio.

Lo anterior no sólo genera incertidumbre en cuanto al precio final del servicio a autorizar, pues ello también tiene un impacto en el disponible presupuestario que se requerirá para la ejecución del contrato, pues ambos aspectos están directamente relacionados.

Así las cosas ante la incerteza del precio final del servicio, su impacto en el contenido económico para hacerle frente al contrato y aunado a lo ya resuelto en cuanto al tema presupuestario se impone denegar la autorización por este motivo.

D. Plazo de prórroga del contrato

La Administración solicita autorización para modificar el contrato para ampliar su vigencia por 24 meses durante los cuales promoverá un procedimiento ordinario de licitación pública. Además, ampara ese plazo en un cronograma según el cual estima finalizar el concurso y la transición de contratistas.

En consecuencia, el Ministerio de Justicia y Paz es responsable de iniciar con carácter de urgente y con observancia del marco legal el proceso de licitación pública -mecanismo aplicable- para contar con la solución integral que permita realizar el monitoreo de los mecanismos electrónicos como medida de ejecución alternativa de la pena y así prestar el servicio en cumplimiento de la normativa nacional vigente.

En razón de lo expuesto, se deniega la solicitud de autorización planteada por el 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.

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Fernando Madrigal Morera
Asistente Técnico

DVR/FMM/mjav
NI: 40, 2026
G: 2021000457-1
Expediente electrónico: CGR-AUV-2021000509



David Venegas Rojas
Fiscalizador