



Contraloría General de la República

División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen

037462N08

Texto completo

N° 37.462 Fecha: 8-VIII-2008

La Defensoría Penal Pública solicita un pronunciamiento en torno a si corresponde modificar un contrato de prestación de servicios celebrado luego del respectivo proceso de licitación - con arreglo a las normas de la ley N° 19.718, su reglamento, sancionado por el decreto N° 495, de 2002, del Ministerio de Justicia, y las Bases Administrativas y Técnicas pertinentes- cuando imprevistamente se produce un aumento importante de casos en relación al número de causas proyectadas, adjudicadas y contratadas, por lo cual dicho número debe incrementarse para los efectos de cubrir esa mayor demanda.

Afirma la recurrente que a su juicio sería procedente hacerlo en virtud de lo previsto en el numeral 8.6, inciso final, de las Bases Administrativas Generales de Licitación de Defensa Penal Pública aprobadas mediante la resolución N° 38, de 2003, del Defensor Nacional, que permite modificar los contratos de defensa penal pública por mutuo acuerdo de las partes, en caso de manifiesto interés público, por exigirlo así la continuidad, calidad y regularidad del servicio, sin que, en todo caso, la modificación pueda importar un aumento de los precios convenidos.

Sobre el particular adjunta una minuta en la cual se exponen todos los argumentos y consideraciones que sustentarían la aplicabilidad de esa regla de las Bases a la situación planteada en la especie, sin perjuicio de lo cual señala que es posible sostener que la modificación en referencia podría alterar los precios convenidos "si se entiende que la suma del valor de los casos adjudicados constituye un precio del contrato" y por ello solicita que esta Entidad Fiscalizadora declare si se ajusta a derecho la interpretación que sostiene.

En relación con el asunto consultado cabe consignar, en primer término, el artículo 42 de la citada ley N° 19.718, conforme al cual la selección de las personas jurídicas o abogados particulares que prestarán defensa penal pública -mediando un convenio, en armonía con lo previsto en el artículo 4°, inciso segundo, del mismo texto legal- se hará a través de licitaciones a las que se convocará en cada Región, según las bases y condiciones que fije el Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública.

A su vez el artículo 5° del mencionado decreto N° 495, de 2002, del Ministerio de Justicia, reitera estas disposiciones y precisa que las licitaciones estarán reguladas por la ley N° 19.718, por el propio reglamento que aprueba dicho decreto y por las bases respectivas. Esto último es también aplicable a la celebración, contenido y ejecución de los contratos, tal como lo señalan expresamente los artículos 23°, inciso segundo, y 24° de ese reglamento.

Es útil tener presente que en virtud de lo ordenado en los artículos 42, inciso segundo, de la misma ley, y 9°, letra a), del decreto antes citado, las bases de la licitación deberán establecer el porcentaje de casos previstos que se licita, y la determinación del número de causas previstas sobre las cuales se calcula dicho porcentaje.

Por otra parte, el artículo 24°, letra e), del reglamento en referencia, prevé la posibilidad de que la Defensoría, de estimarlo procedente, pueda aumentar el porcentaje de causas asignadas en los casos y condiciones que se establezcan en las bases.

Esta disposición recoge el mismo criterio que la regla contenida en el artículo 13 de la ley N°

19.886 -de bases sobre contratos administrativos de suministros y prestación de servicios- en orden a que, además de las causales que habitualmente contemplan las leyes y reglamentos sobre esta materia, es posible modificar los contratos de prestación de servicios, por otras causas que se establezcan en las bases.

En concordancia con lo expresado, las Bases Administrativas Generales, aprobadas por el Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública, a través de la Resolución N° 38, de 2003, del Defensor Nacional, previenen en su numeral 8.6, inciso final, que "los contratos para prestación de defensa penal pública podrán modificarse por mutuo acuerdo de los contratantes en caso de manifiesto interés público; por exigirlo así la continuidad, calidad y regularidad del servicio; y, por razones de equilibrio económico financiero de los contratos, sin que ello pueda implicar un aumento de los precios convenidos".

Ahora bien, no obstante los términos amplios en que se formula la disposición que antecede, su alcance debe interpretarse en estricta armonía con las disposiciones legales y reglamentarias que conciernen a los elementos esenciales que deben considerarse en las bases de la licitación y a las reglas sustantivas inherentes a esta última -en relación con todas las cuales se han formulado las ofertas respectivas- y considerando que por la vía de la modificación de los contratos no puede alterarse la cabal aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los licitantes.

En este sentido debe anotarse, como cuestión previa, que conforme a lo ordenado en el numeral 2.11 de las mismas Bases para los efectos del señalamiento específico del porcentaje de causas a que postulan los licitantes, las Bases Especiales "de cada llamado fijarán un número total de causas previstas o estimadas para un período de tiempo en una localidad de una determinada región, y se indicará el porcentaje de tal cantidad que se licitará, lo que se denominará universo de causas a licitar", sin perjuicio de que con arreglo al numeral 4.7, letra k), el postulante considere en su oferta técnica el porcentaje de causas adicionales que estaría dispuesto a asumir por los mismos precios unitarios de la oferta económica, en la eventualidad que la Defensoría Regional correspondiente tuviere necesidad de ello, una vez que se encuentre en ejecución el respectivo contrato.

El numeral 4.8.A de las mismas Bases señala que las ofertas deberán realizarse sobre el universo de causas a licitar, previamente determinado por las Bases Especiales, para la zona de licitación de una región determinada, y el 4.8.B, letra a), puntualiza que éstas deben contener en forma clara y precisa el porcentaje del universo de casos al que se postula, y la cantidad o número de causas que ello implica, la cual no podrá ser inferior al mínimo establecido en dichas Bases Especiales.

Pues bien, en el contexto de las reglas antedichas, la cuestión planteada en la especie consiste en determinar si en virtud de la norma del último inciso del numeral 8.6, de las Bases Administrativas Generales de Licitaciones de Defensa Penal Pública, -aprobadas por el señalado Consejo y formalizadas mediante la precitada resolución N° 38, de 2003, del Defensor Nacional- es jurídicamente admisible que, por la vía de una modificación contractual, se asignen causas en términos que importen superar el porcentaje del universo señalado, en que recayó la adjudicación y el número de ellas que, por ende, se acordó en el contrato.

Al respecto, según se explica en la minuta adjunta, el aumento del número total de causas que les correspondía asumir a las empresas prestadoras de defensa penal pública, que mediante la referida modificación contractual se pretende implementar, tendría por objeto responder al incremento de las mismas que se ha producido en las distintas zonas del país, entre otras razones, por una mayor judicialización por parte del Ministerio Público y a los ajustes efectuados en el funcionamiento de los tribunales. Además, se afirma que tales aumentos tendrán el carácter de temporales y no excederán el tiempo de ejecución de los respectivos contratos. Asimismo, como ya se ha dicho, este mayor número de causas se pagaría al mismo precio unitario acordado.

Ahora bien, la disposición del mencionado numeral 8.6 de las Bases, contempla entre las

hipótesis en que pueden modificarse, de común acuerdo, los contratos en referencia, el caso en que ello sea de manifiesto interés público y, también, cuando así lo exija la continuidad, calidad y regularidad del servicio.

En relación con lo anterior debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 2° de la ley N° 19.718, la Defensoría Penal Pública tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado. Para cumplir esa finalidad el artículo 4°, inciso segundo, del mismo texto legal, establece la contratación de personas jurídicas y abogados con el objeto de que presten dicho servicio.

Es decir, se trata de un servicio público que, por mandato de la ley, puede cumplir sus funciones a través de la acción de particulares, y por tal circunstancia, ella regula las características de las licitaciones a través de las cuales éstos serán seleccionados, los contratos por los que se vincularán a la Administración y los controles que deben ejercerse sobre su actividad.

En este orden de ideas, el numeral 8.6 constituye, en lo sustantivo, un mecanismo para asegurar la prestación íntegra y oportuna del servicio de defensa penal, cuando durante la ejecución del contrato se constatan situaciones en que de no modificarse los acuerdos de voluntades, resultaría imposible o muy difícil cumplir cabalmente ese cometido.

De esta manera la modificación que contempla esta regla, puede operar respecto de la magnitud de los servicios contratados, cuando por circunstancias determinadas no previstas al momento del llamado a licitación, la variación de lo estipulado en el contrato resulte necesaria para cubrir las necesidades reales de cobertura que por estas nuevas condiciones se generan.

En este sentido, el hecho de haberse producido, en la situación planteada en la consulta, un aumento de causas que requieren defensa penal, que sobrepasó las proyecciones sobre cuya base fueron celebrados los contratos respectivos, se traduce en un mayor número de casos en que será necesaria la prestación de tales servicios, ante lo cual la modificación que plantea la ocurrente, tal como ella lo señala, tiende a garantizar que habrá defensores públicos suficientes para que todos los imputados que lleguen a las salas respectivas para controles de detención o, mediando citación, para audiencias prefijadas, puedan acceder a este servicio.

Es decir, en armonía con el espíritu de la disposición en referencia, la modificación contractual propuesta tiende al cumplimiento íntegro de la finalidad de la Defensoría Penal Pública y en las circunstancias que aduce dicho organismo aparece razonablemente fundamentado que concurrirían los aludidos supuestos de configurarse un caso de manifiesto interés público -pues, además de lo señalado, el adecuado logro de esa finalidad, facilita el cumplimiento de la función judicial- y, también, de resultar necesaria en razón de la continuidad y regularidad del servicio.

Sin perjuicio de lo expresado, es importante consignar que, además de la exigencia de mantener los precios convenidos, la modificación que se analiza no puede recaer en un mayor número de casos que importe un cambio sustantivo en la magnitud del contrato, toda vez que por regla general la asignación de causas debe hacerse mediando un concurso público en los términos previstos en los artículos 42 y siguientes de la citada ley N° 19.718.

Asimismo, tampoco puede significar variaciones de la misma naturaleza, a las estipulaciones inherentes al período durante el cual deben prestarse los servicios, al lugar donde esto se hará, ni a las modalidades de cumplimiento acordadas en el contrato.

Precisado lo anterior cabe señalar que, en las circunstancias anotadas, el aumento de causas materia de la presentación no conculca el principio de estricta sujeción a las bases que rigen

el certamen y la ulterior celebración y ejecución del contrato, ni tampoco el de igualdad de los participantes ante dichas bases -este último reconocido expresamente por el artículo 9° de la ley N° 18.575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y aplicable a todos los contratos administrativos-.

No se infringe el primero, porque existe en esas Bases una norma -la del referido numeral 8.6- que, en la medida en que se configuren las situaciones que ella prevé, permite acordar la modificación en comento, y, asimismo, esta última no transgrede el referido principio de igualdad, por cuanto quienes participaron en la licitación tuvieron conocimiento al tiempo de formular sus ofertas, de que, con arreglo a esa disposición era posible modificar los elementos de la propuesta para continuar proveyendo adecuadamente el servicio de defensa penal, de manera que en el evento de sobrevenir un cambio de condiciones como el que se plantea en la consulta, cualquiera que fuese el contratante que se hubiere adjudicado el certamen, habría podido operar dicha modificación.

Por último, atendido lo que esa Defensoría expresa respecto del requisito de no aumentar los precios convenidos que, para la modificación de los contratos, contempla el mencionado numeral 8.6 de las Bases Administrativas, es necesario tener presente que al tenor del resto de las disposiciones de dichas Bases -entre otros, el numeral 4.8.B, letra b)- tal exigencia debe entenderse referida al precio que por cada causa indicó el contratista al formular su oferta.

En mérito de lo expuesto esta Entidad Fiscalizadora cumple con informar que de concurrir los supuestos de hecho que se exponen en la presentación y siempre que se respeten las limitaciones señaladas en el cuerpo del presente informe, se ajustaría a derecho la modificación contractual en orden a incrementar el número de causas convenidas, que se plantea en la consulta.