

23 de marzo de 2021  
DJR-141-2021

Licenciada  
Ileana Camacho Rodríguez  
Dirección Contratación Administrativa  
**INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD**

**Asunto:** Criterio relativo al Texto Actualizado Expediente 21.546 Ley General de Contratación Pública

**Ref.:** Su correo electrónico de fecha 18 de marzo de 2021

Estimada señora:

En atención a su correo electrónico citado en el asunto, donde se solicita el análisis del texto actualizado del proyecto de ley: Expediente N° 21.546 "LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA" procedemos a dar respuesta en los siguientes términos:

#### **I. Inconstitucionalidad de derogar las prerrogativas otorgadas a RACSA**

El texto sustitutivo sometido a análisis pretende agrupar bajo un único régimen de contratación a toda la Administración Pública, incluido RACSA. Justamente, para llevar a cabo esta acción se plantea en el artículo 135, inciso b) del proyecto de ley derogar el capítulo IV de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones N°8660, relativo al Régimen Especial de Contratación Administrativa dispuesto en los artículos del 20 al 29. Lo anterior es muy grave dado que le resta competitividad a la empresa, que impide que RACSA, dentro de su naturaleza pública cuente con excepciones que le permitan actuar en iguales condiciones que los demás operadores que participan en el mercado.

En efecto las consecuencias de dicha derogatoria, además de resultar altamente lesiva a los intereses de la empresa, amenazando gravemente su supervivencia en un régimen de competencia, resulta abiertamente inconstitucional. Lo anterior por cuanto si nos remontamos al surgimiento de dicho Régimen Especial de Contratación Administrativa, éste tiene su origen en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de Norte América, que por jerarquía normativa los tratados internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa tienen autoridad **superior a la ley**.

Dicho Tratado –como fue reconocido y expuesto por la Sala Constitucional en la sentencia voto N°11210 del 16 de julio del 2008-, compromete al Estado costarricense frente a la apertura del mercado de telecomunicaciones, concretamente, *"...a fortalecer y modernizar el Instituto Costarricense de Electricidad para que, frente al proceso de apertura, se convierta en un participante idóneo en un mercado competitivo, lo cual obliga al Estado a promulgar un marco jurídico para que esta institución se le garantice que efectivamente podrá enfrentar la competencia en igualdad de condiciones."*

Producto de este fortalecimiento surgió la aprobación de la Ley 8660 “Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones” **aplicable al ICE y sus empresas, dentro de la cual se encuentra RACSA que es una sociedad 100% propiedad del ICE.**

Expresamente el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de Norte América (CAFTA), que corresponde a la Ley N°8622 del 21 de noviembre de 2007, publicada en el Alcance No. 40 a la Gaceta N°246 del 21 de diciembre de 2007, deja acreditado el compromiso del gobierno costarricense de fortalecer y modernizar al ICE y sus empresas a fin de fortalecerlas y que enfrentaran de mejor manera el proceso de apertura.

“8.10 Telecomunicaciones

Se acordó la apertura para algunos servicios, en particular, los servicios de redes privadas, Internet y los servicios de telefonía celular. Se acordó que el proceso de apertura de estos servicios será gradual y regulado, y que se deberá respetar los principios de universalidad y solidaridad en el suministro de los servicios en Costa Rica. **Asimismo, se reconoce el compromiso del gobierno costarricense de fortalecer y modernizar al ICE en este proceso.** Se acordó que Costa Rica aprobará una ley de modernización y fortalecimiento del ICE, **y tendrá en efecto una legislación moderna para regular el sector, incluyendo el establecimiento de una autoridad reguladora.**” (lo destacado no es del original).

“9.18 Telecomunicaciones

.... El TLC no dejaría al ICE en una **situación de desventaja frente a los competidores privados.** El Anexo 13 del TLC incluye para Costa Rica la obligación de promulgar un marco jurídico para fortalecer al ICE. Esta obligación fue establecida en el mejor interés del ICE y de los costarricenses, dado que resulta innegable la necesidad de que una ley de modernización sea promulgada lo más pronto posible, para que la institución pueda prepararse adecuadamente para enfrentar la competencia y **tenga los instrumentos necesarios para actuar con la agilidad necesaria para poder dar un servicio de la mejor calidad.**

En relación con este tema, no cabe duda que el TLC también beneficiará al ICE de tres maneras: 1) el ICE ya no tendrá la carga exclusiva de financiar o subsidiar ningún servicio de telecomunicaciones, pues los operadores privados deberán contribuir al sistema de servicio universal que Costa Rica decida tener, es así que esta carga será compartida; 2) los operadores deberán pagarle al ICE por cualquier uso de su red; y 3) **el TLC implica modernizar al ICE para que, en un régimen de competencia, el ICE se esfuerce por dar más y mejores servicios al público.**” (El destacado es nuestro).

Asimismo, específicamente en el Capítulo 13 que regula el tema de Telecomunicaciones en el Tratado, Anexo 13, punto II. Modernización del ICE, se indica:

*“II. Modernización del ICE.*

*Costa Rica **promulgará un nuevo marco jurídico para fortalecer al ICE, a través de su modernización apropiada, a más tardar el 31 de diciembre del 2004.**”*

De manera que el régimen especial de contratación administrativa que goza RACSA es el resultado de la garantía otorgada por el Estado para que se pudiera enfrentar la competencia en un grado mayor de igualdad de condiciones y dotar a RACSA de las herramientas necesarias para poder desempeñarse dentro de un marco de flexibilidad propio de quien compete.

Cabe agregar que la competencia en el mercado de las telecomunicaciones es altamente agresiva, y con tal nivel de competitividad que no tiene ningún otro ente o empresa pública en este país, pues RACSA debe competir con empresas de telecomunicaciones de alcance mundial de gran tamaño y con mercados masivos a nivel internacional.

Justamente, el Proyecto de Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, Expediente N°16.397, expresamente dispuso:

*“...Finalmente, partiendo de un reconocimiento de la labor **desplegada por el ICE y sus empresas en el campo de las telecomunicaciones, el Gobierno de la República considera un compromiso ineludible el dotar a dicha entidad de los mecanismos legales y operativos necesarios para que, sin variar su naturaleza pública, pueda actuar en igual de condiciones con los operadores privados que participen en el mercado. Con este fin, el presente proyecto plantea desarrollar un marco normativo complementario a la Ley N°449, Ley de creación del ICE, que permita:***  
**- Fortalecer las capacidades del ICE y sus empresas para prestar y comercializar productos y servicios de electricidad y telecomunicaciones, dentro y fuera del territorio nacional. - Dotar al ICE y sus empresas de la legislación que le permita adaptarse al cambio en electricidad y telecomunicaciones...**” (EL DESTACADO NO ES DEL ORIGINAL)

Como resultado de la anterior manifestación, nótese que la Ley N°8660, en el artículo 2 referido a Objetivos de la Ley, considera en el inciso e):

*“Artículo 2. Objetivos de la Ley.*

***Son objetivos de esta Ley:***

***e) Flexibilizar y ampliar los mecanismos y procedimientos de contratación pública que tienen el ICE y sus empresas...” (El destacado es nuestro)***

De conformidad con lo anterior no se puede pretender simplemente dejar sin efecto unos artículos de la ley (12, y 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29) cuando su derogatoria impacta en la razón de ser, la esencia de la Ley 8660 y basta leer los objetivos de la Ley 8660 para entenderlo. De manera que a todas luces es un sinsentido vaciar de

contenido el objetivo de esta Ley antes referido, que precisamente el Tratado de Libre Comercio hizo suyos y lo impulsó como uno de sus principios fundamentales, sea el flexibilizar y ampliar los mecanismos y procedimientos de contratación con que cuenta RACSA.

Consecuentemente, el eliminar el régimen de contratación que aplica a RACSA, además de violentar el Tratado de Libre Comercio, que tiene un rango superior a la Ley en la escala normativa, **transgrede el espíritu de la norma, con lo que pone en riesgo la operatividad, eficiencia y eficacia de la empresa**, aunado al peligro en la estabilidad financiera que se podría afrontar y el correlacionado daño al interés público, por lo que advertimos desde ya la inconstitucionalidad del planteamiento de este Proyecto de Ley con la derogatoria prevista en el artículo 135.

Deben tener claro los legisladores que analizan este Proyecto de Ley de Reforma a la Ley de Contratación Administrativa, que acá no estamos de frente a una simple derogatoria del Régimen Especial de Contratación, sino que el tema trasciende a determinar la continuidad de RACSA. El incluir a RACSA dentro del mismo esquema de contratación común que el resto de las entidades públicas, prácticamente lo inmovilizaría y amenazaría gravemente su continuidad y competitividad, fortaleciendo a la empresa privada, en demérito de la hacienda pública.

Además, destacamos en lo conducente, la nota separada de la Magistrada Calzada Miranda y el Magistrado Mora Mora de la resolución 2008-011210, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas del dieciséis de julio del dos mil ocho, que sobre el tema señala:

- “2- *Mediante referéndum vinculante, el 7 de octubre del año próximo pasado, el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, fue aprobado por la mayoría del pueblo costarricense. En ese Tratado -como reconoció la Sala en la sentencia citada-, compromete al Estado costarricense frente a la apertura del mercado de telecomunicaciones, concretamente, ...a fortalecer y modernizar el Instituto Costarricense de Electricidad para que, frente al proceso de apertura, se convierta en un participante idóneo en un mercado competitivo, lo cual obliga al Estado a promulgar un marco jurídico para que esta institución se le garantice que efectivamente podrá enfrentar la competencia en igualdad de condiciones.” (...)*
- 3- *Del estudio del expediente legislativo y de las distintas opiniones de los órganos y entes involucrados (vgr. ICE, Contraloría, Procuraduría), queda claro que para que el ICE pueda ser un participante idóneo, es decir, que cumpla cabalmente con el interés público asignado para beneficio de todos los costarricenses, debe poder desempeñarse dentro de un marco de flexibilidad propio de quien compite. De otro modo, la competencia real y efectiva se convertiría en una falacia en perjuicio del interés público, que es a fin de cuentas el de todos los costarricenses.” (EL DESTACADO NO ES DEL ORIGINAL)*

Nótese especialmente esta última afirmación “De otro modo, la competencia real y efectiva se convertiría en una falacia en perjuicio del interés público, que es a fin de

cuentas el de todos los costarricenses”, en la que acertadamente la Sra. Magistrada Calzada es muy precisa al indicar que, si RACSA no cuenta con esa flexibilidad y fortaleza, en el mercado de telecomunicaciones, ni en el del infocomunicaciones y otros servicios en convergencia, es decir, en ninguno de los sectores de mercado en el que compite RACSA, **no existiría una competencia real y efectiva como se pretendió.**

Debe recordarse que durante la discusión del proceso de apertura quedó evidenciada la gran ventaja competitiva que tenían las empresas privadas que venían a competir con RACSA, que no estaban sometidas a un régimen de contratación pública que por lo general potencia más el control que el logro de los objetivos empresariales.

Esa filosofía está claramente materializada en el artículo 2 de la “Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones”, Ley N°8660, al establecer entre los objetivos de la ley:

(...) Son objetivos de esta Ley:

- a) *Fortalecer, modernizar y dotar al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), a sus empresas y a sus órganos adscritos, de la legislación que le permita adaptarse a todos los cambios en el régimen legal de generación y prestación de los servicios de electricidad, así como de las telecomunicaciones, infocomunicaciones, productos y servicios de información y demás servicios en convergencia. (...) e) Flexibilizar y ampliar los mecanismos y procedimientos de contratación pública que tienen el ICE y sus empresas (...) f) Garantizar y reafirmar la autonomía administrativa y financiera del ICE y sus empresas.(...)”*

Debe recordarse que para ese momento, RACSA estaba inmerso en la regulación general de contratación administrativa establecida para todo el sector público, cual es la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, y que a todas luces, era claro para todos los actores (Negociadores del Tratado de Libre Comercio, Sala Constitucional, diputados de la Asamblea Legislativa que analizaban el Proyecto de Ley) que resultaba necesario e imprescindible el extraer al ICE y sus empresas de dicha generalidad y dotar a RACSA de un procedimiento especial, a efectos de que pudiese afrontar con algún nivel de cierta igualdad a las empresas privadas de telecomunicaciones de gran tamaño que vendrían a competir en el mercado nacional.

De conformidad con lo anterior pretender derogar los artículos 12, y 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29 de la Ley Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, sería contrario al compromiso ya adquirido como consecuencia de la aprobación del CAFTA en su momento, lo cual además de evidenciar una vez más la inconstitucionalidad de esta norma, dejaría a RACSA indefensa y en un contexto de total desventaja respecto a la competencia y la sobrevivencia en el mediano plazo, comprometiendo sus posibilidades de desarrollo y crecimiento.

Pretender incluir a RACSA en un régimen de contratación pública como si fuera un órgano del gobierno central o una municipalidad, que no tienen que competir en el mercado para obtener sus recursos y fuentes de ingresos, resulta a todas luces irrazonable y desproporcionado por cuanto claramente RACSA no goza de las mismas

condiciones que otros operadores privados nacionales e internacionales de gran escala como Claro, Liberty, Movistar, entre otros.

De manera que estamos frente a una decisión que trasciende la forma de contratación de una entidad, sino, que refiere a su permanencia. De ahí el llamado que hacemos a los señores diputados de valorar eliminar la derogatoria que plantea el artículo 135 del presente Proyecto y mantener el régimen especial otorgado por el mismo legislador a RACSA con la finalidad de cumplir con los compromisos adquiridos producto de la firma del TLC.

Así las cosas, hacemos la debida reserva de constitucionalidad de este Proyecto cuyo texto actualizado mantiene los mismos yerros que el proyecto originalmente sometido a estudio. Pretender mediante esta ley eliminar el régimen especial de contratación previsto en la Ley N°8660, es contrario a la jerarquía normativa, en tanto que los Tratados Internacionales tienen rango superior a la Ley.

## II. Procedencia de Mantener el Régimen Especial

En atención a este punto debe recordarse que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el mismo voto N°11210 del 16 de julio del 2008, que analizó los alcances del Proyecto de Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, indicó sobre la procedencia del Régimen Especial aplicable a RACSA:

*“...Del análisis del proyecto de ley consultado, se deduce la clara intención del legislador de dotar al Instituto Costarricense de Electricidad de las condiciones necesarias para una mayor eficiencia y eficacia administrativa, financiera y tecnológica. Lo anterior, claro está, en el marco de un proceso de apertura del mercado de telecomunicaciones -ya definido por el pueblo con la aprobación del referéndum del TLC EE.UU., Centroamérica y República Dominicana (Ley referendaria No. 8622 de 21 de noviembre de 2007)- que procura fortalecer a los operadores públicos frente a su eventual competencia. En efecto, de las consideraciones de los dictaminadores del proyecto de ley se colige lo siguiente: ‘(...) En el proyecto de marras, se plantea un régimen especial de contratación administrativa para la adquisición de bienes y servicios del ICE./ En cuanto a este tema, el proyecto en estudio enuncia entre sus objetivos el dotar al ICE de una contratación administrativa ágil, eficiente y eficaz como parte de los esfuerzos de fortalecer y modernizar dicha entidad, así como de establecer un cuerpo normativo adaptado a sus particularidades./ Tanto la Sala Constitucional como la Contraloría General, han señalado la posibilidad de que existan regímenes especiales siempre y cuando la naturaleza y particularidades de la actividad pública de que se trate, así lo exijan y en tanto los supuestos contemplados en la normativa genérica no le resulten aplicables.”(EL DESTACADO NO ES DEL ORIGINAL)*

En efecto, tanto la Sala Constitucional como la Contraloría General de la República, han señalado de forma coincidente que es legalmente viable que existan regímenes

especiales como el aplicable a RACSA, siempre y cuando la naturaleza y particularidades de la actividad pública de que se trate, como es en el caso presente el competir en el mercado de las info-telecomunicaciones.

Valga agregar que dicho régimen especial ha sido respaldado en reiterados criterios por la Sala Constitucional por lo que no puede venir a desconocerse a estas alturas cuando el ICE y sus empresas nos encontramos de lleno en un mercado en competencia, pues ello desconocería la voluntad de los costarricenses y a la consecuente voluntad del legislador de fortalecer al ICE y sus empresas.

No debe dejarse de lado que dicho fortalecimiento no se hizo en forma indiscriminada a todas las instituciones, sino que estuvo claramente dirigido al ICE y sus empresas como una medida paliativa para fortalecer al Grupo ICE para que pudieran enfrentar la competencia que se avecinaba. Así no puede venir a desconocerse a estas alturas el régimen especial otorgado, el cual fue reconocido en el mismo Tratado de Libre Comercio, siendo condicionante para su firma.

El pretender incluir a RACSA en un único régimen de contratación –el mismo que tendrían otras empresas que no compiten en el mercado- desconoce por completo el interés y la filosofía de dar un tratamiento especial a estas empresas que compiten. Valga agregar que en relación con los regímenes especiales en el estudio denominado “Estudio de Gobernanza Pública COSTA RICA” la OCDE justifica los regímenes especiales y los diferentes umbrales que existen en el país. Prueba de lo anterior es que hay países que forman parte de la OCDE y cuentan con regímenes especiales como es el caso de Chile, y México, entre otros.

Resulta altamente contradictorio pretender que en medio del escenario de competencia abierta que enfrenta el sector de telecomunicaciones e infocomunicaciones, someter de nuevo a RACSA a una normativa general en materia de contratación pública, pues ello ocasionaría un grave rezago para RACSA empresa que es patrimonio y propiedad de todos los costarricenses.

El texto actualizado es altamente lesivo a los intereses de RACSA y constituye un evidente retroceso en el régimen especial de contratación pública del que por ley goza RACSA, colocándola en una situación de desventaja y debilitamiento serio para los intereses del país.

### **III. Inconsistencias puntuales del texto actualizado remitido a análisis**

En relación con observaciones puntuales al texto se tienen las siguientes, las cuales se expondrán por orden de los artículos que ameritan un comentario:

- El tema de los convenios de colaboración no innova en absoluto, pues, es exactamente lo mismo que ya se tiene en la Ley y el Reglamento de Contratación Administrativa actual.
- Por su parte, es sumamente preocupante que pretendan en el artículo 3 de excepciones elevar a un 70% la sustancialidad de los negocios, sin un sustento técnico que justifique por qué se ha de requerir dicho porcentaje y no, el que en la práctica ha venido funcionando, sobretodo en alianzas público-privadas, lo

cual ocasiona un grave daño a RACSA, debilita o de alguna manera desincentiva las asociaciones como instrumento útil, que ha sido bastión en tiempos de crisis donde la unión hace la fuerza y es nugatorio del régimen especial que por ley goza RACSA en la ley 8660 contemplado en sus artículos 6, 8, 9 y 10.

- También debe considerarse que el Proyecto de Ley desnaturaliza la figura de asociación empresarial o alianza, debido a que la somete a trámites y procedimientos ordinarios para la elección del socio y otros, siendo que dicha figura es de naturaleza privada, lo que una vez más produce una pérdida de competitividad en comparación con otros competidores, para actuar de manera oportuna en un mercado en el que el tiempo es primordial para concretar los negocios. La jurisprudencia vigente de la Contraloría General de la República lo que señala es que la participación sea sustancial<sup>1</sup> aclarando además que no necesariamente van a existir fórmulas preestablecidas en la normativa para determinar dicha sustancialidad; por lo que, deben analizarse las particularidades de cada caso, de manera que elevarlo de la forma propuesta a un 70%, es una disposición irrazonable y desproporcionada, pues, con ello se están haciendo nugatorias las fortalezas que se habían concedido con la Ley No. 8660, ya contemplada en sus artículos 6, 8 y 9. Por lo tanto, se recomienda fijar en un 50% la sustancialidad del aporte tal y como está establecido a la fecha.

Este mismo artículo donde se indica: *“...Las contrataciones con terceros por parte del ente público contratado deberán estar referidas a cuestiones especializadas y observar los procedimientos establecidos en la presente ley. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley”,* va en detrimento de los negocios de RACSA de cara al mercado en competencia en que nos encontramos inmersos porque para ello se cuenta con el Reglamento de Asociaciones Empresariales y Otras Formas de Hacer Negocios de Radiográfica Costarricense Sociedad Anónima, el cual permite a RACSA concertar una asociación empresarial con empresas privadas, a fin de completar sus fortalezas y competir en el mercado, en la medida de lo posible en igualdad de condiciones.

Pretender que RACSA formalice una alianza y/o asociación empresarial con una empresa privada bajo las estrictas normas del presente proyecto de ley, tiene como objetivo afectar gravemente los tiempos de respuesta que exige el mercado en competencia de las telecomunicaciones e info-comunicaciones, lo cual prácticamente nos colocaría en una notoria desventaja de frente a los procesos ágiles y competitivos con que cuentan las empresas de nuestra competencia.

<sup>1</sup> Ver en ese sentido Oficio 11095 del 22 de octubre del 2012. *“...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.*



Debe recordarse que no se puede vía un artículo de una ley de tipo general afectar drásticamente la aplicación de otro artículo de una ley especial, pues eso va en contra de una adecuada técnica legislativa, dado que todos los artículos a nivel legal tienen igual peso, deben ser interpretados y aplicados en forma armónica y congruente y ser acordes con los objetivos de la ley.

- En ese mismo artículo 3 inciso c) del proyecto, existe un evidente retroceso en relación con el oferente único al eliminar las razones de conveniencia de una entidad para determinar la unicidad, que implica en materia de contratación administrativa, lo que daría lugar a atrasos innecesarios en la adquisición de bienes y servicios, debiendo realizar un concurso para una solución o producto donde de antemano se conoce que sólo existe un proveedor que lo brinde, restando de esta forma la agilidad que públicamente se exige a las instituciones estatales. Esa redacción evidencia una desatención al tema propiamente de evolución tecnológica que claramente incorpora temas de conveniencia y oportunidad para determinar la unicidad de oferente.

Debe recordarse que en el pasado se daban largas disputas con la Contraloría General de la República en relación con el criterio de conveniencia para determinar la unicidad de un objeto. Por ello, no parece ni razonable ni proporcional aferrarse a criterios que no resultan aplicables en la realidad. Ya en los tribunales se le ha dado al ICE la razón en estos temas cuando se argumentó la imposibilidad legal de hacer una sustitución sustancial de equipo basado donde al final se dejó acreditado que el criterio de oportunidad y conveniencia era válido y propio de la Administración y no del órgano de fiscalización. Esa interpretación rígida de eliminar el criterio de conveniencia contradice el principio de valor por el dinero propuesto en el mismo texto.

- Carece de sentido la reducción excesiva de los tipos de contratación directa que es un tema de especial prioridad para empresas en competencia como RACSA y carece de fundamento legal dicha restricción dado que la Sala Constitucional reiteradamente ha señalado que no resulta inconstitucional el utilizar la contratación directa. El solicitar más cotizaciones vía plataforma claramente implica desconocer el criterio de la Administración quien es la que mejor conoce su necesidad y una vez más pretenden dejar prevista una norma para luego volverla impráctica, lo cual no es lógico, ni razonable. Por lo tanto, para empresas en competencia se recomienda incluir las modalidades de contratación que goza el ICE y RACSA a la fecha.
- El artículo 11 en relación con el pago por adelantado constituye otro retroceso de la senda que la misma Contraloría General de la República ha marcado en la materia. Es un sinsentido pedir una contragarantía en ciertos contratos incluidos el arrendamiento que se rige por normativa especial, así como la suscripción de periódicos y revistas, o bien pagos de membresía por concepto de derecho de accesos a bases de datos, plataformas de compra en línea de repuestos, etc.

Debemos tener visión de futuro para poder regular este tema y no volver a lo ya superado –como lo que ocurrió hace muchos años cuando se consideró que la carta de crédito era un pago por adelantado.

La forma de pago, no debería contenerse en un instrumento normativo, sino que debería estar sometido a la voluntad de las partes, para dar flexibilidad y razonabilidad a que los pagos se efectúen contra la obtención satisfactoria del bien o servicio, esto en virtud de los atrasos que se ocasionan en muchas oportunidades en la forma de pago que tienen la mayoría de las Instituciones del Sector Público, característico de esa tardanza, a pesar de la inversión realizada.

En momentos de crisis como el presente, no debería hacerse más gravosa la inversión del contratista, cuando de previo ya ha rendido una garantía de cumplimiento, y en algunos casos de participación, como para solicitar una nueva garantía para realizar los pagos lo cual claramente desincentiva la contratación local y la libre empresa acrecentando la crisis a lo interno del país. Asimismo, ello ocasiona que se dé un sobreprecio que claramente se traslada a la Administración obteniendo precios poco competitivos por cuanto trasladan el costo financiero que conllevan el rendir estas contragarantías, lo cual va en detrimento del erario público.

- Respecto al plazo de 10 días hábiles a partir del recibo de la solicitud para tramitar cualquier gestión del contratista que presente ante la Administración, establecido en el artículo 12 del proyecto, no es un término que se ajuste a la realidad en asuntos de tramitación compleja, como lo puede ser el caso de una solicitud de reajuste de precio en un contrato de obra o servicios.

Siendo que la inobservancia genera responsabilidad administrativa del funcionario incumpliente del plazo, según lo indica el proyecto, ese plazo debe ampliarse al menos a 30 días hábiles, sobretodo tomando en consideración que existen casos de mayor complejidad que merecen un tratamiento diverso e incluso de estudios técnicos.

Por esa razón es que resulta de mucha utilidad incorporar lo que señala el artículo 32 del Reglamento a la Ley 8660 que señala: *“Podrán convenirse pagos por anticipado cuando ello obedezca a una costumbre o uso derivado de la práctica comercial o las condiciones de mercado así lo exijan”*.

- En relación con el artículo 16 sobre el Sistema Digital Unificado hay un evidente sinsentido, pues el capacitar conlleva costos que deben cubrirse, pues, de lo contrario, se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa en perjuicio de RACSA y no tendría por qué RACSA operar un servicio con pérdida. Tampoco parece de recibo señalar que el sistema digital unificado debe procurar la interoperabilidad con los sistemas de información que requieran ser consultados, máxime cuando el tema de interoperabilidad es un tema que concierne a todos y existe un gran vacío a nivel país en este tema.

Debe tomarse en consideración que SICOP tiene a la fecha desarrolladas interfaces de interoperabilidad con sistemas de información con Instituciones del Estado. Sin embargo, nos hemos vistos obligados a suspender algunos de ellos, pues las Instituciones responsables no han hecho desarrollos suficientemente robustos, lo cual impide que se pueda garantizar la fluidez, seguridad y oportunidad de la información en tiempo real, lo cual evidentemente no es

responsabilidad de RACSA. Ejemplo de lo anterior es el caso de FODESAF y Ministerio de Hacienda en materia de impuestos.

Valga agregar que el servicio de SICOP no se limita a un software, sino que además conlleva, servicios de infraestructura, equipos, servidores, sostenibilidad, soporte, garantía sobre niveles de servicio, call center, capacitaciones, desarrollos para mejoras, lo cual evidentemente tiene un costo.

En relación con el Registro de Proveedores citado en el artículo 18 de la propuesta se considera que el Registro electrónico debe estar referenciado al Reglamento para el funcionamiento de SICOP.

- No es de recibo lo establecido en el artículo 35 del proyecto, sobre calcular la estimación de un contrato con eventuales prórrogas a un plazo de 48 meses, recordemos que las prórrogas son facultativas para la Administración una vez determinada por ésta la oportunidad, conveniencia y necesidad de realizar las mismas.

Calcular la estimación por un plazo incierto y un valor mayor encarece el pago de especies fiscales para ambas partes, así como la garantía de cumplimiento para el contratista.

- Se echa de menos la posibilidad en el proyecto de ley de solicitar una garantía de participación en los procedimientos de contratación administrativa, la cual asegura la seriedad de la oferta y desincentiva la deserción del contratista, ante una eventual adjudicación en la que por cualquier motivo haya perdido el interés de contratar con la Administración.
- Los umbrales propuestos en el artículo 36 contradicen las reglas especiales de las cuales goza RACSA por lo que se solicita se mantengan los mismos umbrales y topes especiales fijados para RACSA.
- Otro aspecto por considerar es que la redacción incluida en el párrafo final del artículo 37 es claramente impráctica por cuanto pretende de antemano fijar los funcionarios que participarían en todas las etapas del proceso (planificación institucional). Es claro que en la práctica se dan muchas circunstancias como vacaciones, traslados, renunciaciones e incapacidades que afectarán la aplicación de dicha disposición.
- En el artículo 39 se sugiere incluir la redacción del Reglamento a la Ley 8660 **que prevé la posibilidad de hacer audiencias virtuales**, lo cual va más acorde con la evolución tecnológica enfocada al teletrabajo, y digitalización de tareas, tendencia que no puede ignorarse y que ha tomado un auge exponencial con la COVID-19. Dichas audiencias virtuales pueden recibir amplia difusión publicándose en la página de SICOP con lo cual se ahorrarían costos, para ello se sugiere se tome como base, la redacción completa del artículo 45 a fin de que no se creen vacíos:

*“Artículo 45.—Audiencias previas al cartel y reuniones con particulares. El ICE podrá celebrar audiencias públicas, ya sea*

*presenciales, virtuales mediante teleconferencia, o a través de la página Web de la Proveduría con potenciales oferentes antes de elaborar el cartel definitivo, para lo cual, podrá facilitar a los interesados un proyecto de pliego de condiciones no vinculantes. Para ello, deberá mediar invitación publicada en la página Web de la Proveduría y opcionalmente en otros medios de circulación nacional, en la que se indicará, al menos, el lugar, el medio, la hora y la fecha de la audiencia, así como el objeto de la contratación. La no participación de un potencial oferente no le generará ninguna consecuencia de frente al eventual procedimiento.*

*Por parte del ICE deberán participar a dichas audiencias, el Jefe de la Unidad solicitante o su representante, los técnicos de la materia del objeto de la contratación, así como quien asesore en materia legal y un funcionario de la Proveduría Institucional. Cuando se lleve a cabo por medios electrónicos; será responsabilidad de la Proveduría la coordinación con los representantes de la parte técnica y la legal a fin de hacer llegar las recomendaciones planteadas por los participantes, así como aclarar las dudas que presenten.*

*De la asistencia, lo actuado y de las sugerencias recibidas, la Proveduría levantará un acta que firmarán los asistentes que quisieren hacerlo. Igualmente, la Proveduría deberá levantar un acta en el caso de que la audiencia se celebre en forma virtual o a través de la Web de la Proveduría, en la que deberá consignarse los potenciales oferentes, así como los representantes por parte de la Administración con sus respectivas firmas. Las manifestaciones que se formulen por escrito, así como el acta se agregarán al expediente.*

*La Administración, no se encuentra obligada a aceptar ninguna de las iniciativas que se le formulen.”*

- En relación con el artículo 40, párrafo penúltimo del proyecto remitido, señala que la Administración estará facultada para modificar de oficio el pliego de condiciones **únicamente** en dos ocasiones. Lo anterior, evidentemente, es impráctico y excesivamente formalista, lo cual va en detrimento del principio de eficiencia que aboga por la conservación de los actos, prevaleciendo siempre el contenido sobre la forma. Es muy frecuente que los carteles se modifiquen más de dos veces, máxime entendiendo el desconocimiento que muchas administraciones tienen en materia contratación administrativa e incluso en la solución que se brinda, pues, pueden conocer la necesidad, pero los aspectos tecnológicos que implica alguna modificación la desconocen. La solución a las múltiples modificaciones al cartel no es limitar las posibilidades de modificarlo sino deben considerarse otras medidas como incrementar la capacitación en tema de carteles, establecer un cartel tipo o modelo para cada procedimiento, simplificar los sistemas de evaluación utilizados enfocándose 100% en precio, promoviendo las audiencias previas virtuales, etc.

- El artículo 41 pretende incluir un requisito más, con el objetivo de determinar la razonabilidad de la oferta –que es un ejercicio propio de la Administración– dándole un efecto excesivo y completamente nugatorio del mercado en competencia. El pedir una línea de crédito o garantía es abiertamente excesivo además de que desconoce la regla de oro que debe prevalecer en todo concurso y es que precisamente el concurso es el mejor indicador para valorar los precios de mercado, para ello existe en caso de incumplimiento otras figuras propias de la contratación, como lo son: multa, cláusula penal y ejecución de la garantía de cumplimiento. También no debe perderse de vista que los oferentes incluirán dentro del precio cotizado los costos que representa aportar la línea de crédito o garantía, que al final serán costeados por la Administración.
- El artículo 49 del proyecto ley lesiona los intereses económicos de RACSA, por cuanto menciona que: *“Una persona física o jurídica únicamente podrá figurar para un mismo concurso en una oferta ya sea como subcontratista, oferente individual o participar de forma conjunta o consorciada. La condición anterior también resultará aplicable a las personas físicas o jurídicas que conformen un mismo grupo de interés económico”*.

Asimismo, se contraponen al principio de valor por el dinero y principio de igualdad y libre competencia, estipulados en los incisos b) y f) respectivamente, ambos del artículo 8 del texto de ley:

*b) Principio de valor por el dinero. Toda contratación pública debe estar orientada a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones, de tal forma que se realicen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad.*

*f) Principio de igualdad y libre competencia. En los procedimientos de contratación pública se dará un trato igualitario a todos los oferentes, se procurará la más amplia competencia y se invitará a potenciales oferentes idóneos. No se podrán establecer restricciones injustificadas a la libre participación.*

Ambos principios tienen como finalidad promover la competencia de potenciales oferentes en los procedimientos de contratación administrativa, a fin de que la Administración cuente con múltiples opciones para elegir la mejor propuesta en calidad y precio, claro está en beneficio de los fondos públicos que administra.

Dicho artículo afecta directamente a RACSA, por cuanto su capital accionario pertenece directa e indirectamente al Instituto Costarricense de Electricidad. Además hay otras empresas en el medio, que tienen similares condiciones. Es decir, la antijurídica limitación afectaría a varios potenciales oferentes que pueden participar de manera individual, ofrecer soluciones tecnológicas y precios diferentes, cumplir de forma independiente los requisitos de admisibilidad requeridos por la Administración contratante en su cartel, como lo es recurso humano y experiencia.

Bajo este mismo orden de ideas, debemos indicar que el principio de **Libre Concurrencia supra citado** tiene arraigo constitucional, según lo resuelto por la Sala Constitucional en la resolución 998-98.

El artículo bajo análisis impone requisitos que atentan con el principio de igualdad y de libre concurrencia, debido a que no permite la participación de manera individual de empresas que conforman un mismo Grupo. Sin embargo, tal prohibición no encuentra sustento en ningún dictamen técnico, legal o financiero. Más bien parece requisito antojadizo y arbitrario, sin fundamento alguno, lo que a todas luces vendría a limitar la participación de RACSA impidiéndole participar en igualdad de condiciones en un mercado en competencia, al decidir ofertar a su conveniencia, es decir, de manera individual o consorciada con otra empresa.

Aunado a ello, es de orden constitucional la protección al **Principio de Igualdad**, contenido en el artículo 33 de la Carta Política. El artículo en discusión, atenta y violenta esa igualdad. Sin sentido jurídico alguno, se trata de forma desigual a RACSA que, por su estructura, forma parte de un grupo de interés económico.

El texto del proyecto de ley parte de un simple elemento formal, para LIMITAR la participación de empresas que puedan presentar plicas que satisfagan el interés público general y por consiguiente promover la sana competencia en el mercado, permitiéndole a la Administración inclusive contar con varias soluciones técnicas y mejores precios.

Con esta limitación no solo se priva a las empresas en dicha condición para ofertar, sino también se violentan los **principios de eficiencia y eficacia**, por cuanto las Administraciones limitarían la concurrencia de oferentes, se está negando a sí misma conocer ofertas económicas, técnicas y soluciones a lo que está requiriendo en su objeto contractual. Es decir, por este artículo la Administración **se niega a sí misma** poder utilizar e invertir de la mejor manera los recursos públicos. La naturaleza de la "Licitación" contenida en el artículo 182 de la Constitución Política, es que la Administración Pública, por medio de los mecanismos legales, tenga una paleta de opciones. Partiendo de ello y los elementos **mínimos y básicos**, contenidos en el cartel, puedan cumplir sus competencias legales y constitucionales, con **la mejor, más eficiencia y eficaz** inversión de los fondos públicos.

En nuestro caso, la empresa opera de forma autónoma al ICE. Contamos con ingresos propios, somos autosuficientes, contamos con nuestra propia estructura organizacional, personal técnico experto. Incluso para participar en procesos de contratación administrativa, accionamos de propio impulso; incluso RACSA cuenta con la capacidad de ofrecer soluciones técnicas de distintos fabricantes para satisfacer las necesidades de nuestros clientes.

Aunado a ello, la Constitución Política informa el **Principio de Libertad de Empresa** o comercial. Así las cosas, el Poder Legislativo no puede plantear condiciones que limiten innecesariamente el ejercicio comercial de una empresa. Bajo esta línea, toma más fuerza el argumento central que se viene discutiendo.

RACSA es una empresa individual con personería jurídica propia, lo que significa entre otras cosas: comercializar nuestros servicios de manera independiente, mediante contratación administrativa o bien en el mercado privado. Similar ocurre con el cumplimiento de las obligaciones de la seguridad social, municipal, temas fiscales, tributarios, judiciales, gestión de personal, entre otros, que RACSA debe cumplir de manera individual. Es decir, desde toda óptica, RACSA ejecuta sus actos de comercio y no resulta legalmente procedente la inclusión del artículo 49 del proyecto de ley, pues estaría minando la participación y libre competencia en el mercado de telecomunicaciones e infocomunicaciones en el que nos desenvolvemos; lo cual podría significar un cierre técnico de RACSA, debido a que gran parte de sus ingresos provienen del sector público.

- En materia de tipos abiertos el artículo 85 constituye un retroceso para quienes como el Grupo ICE cuentan con reglamento de tipos abiertos por la misma solicitud de la Contraloría General de la República hace muchos años.
- En cuanto a modificaciones regulada en el artículo 101 es evidente el rezago y la interpretación rígida del texto por lo que se sugiere utilizar la del ICE y RACSA para empresas en competencia. El 20% es un porcentaje mínimo que volverá claramente inoperantes a las Administraciones.
- Actualmente el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece un límite del 50% del monto y plazo del contrato base en modificaciones contractuales, ya sea en aumento o disminución.

No se considera razonable, ni proporcional disminuir dicho porcentaje en un 30%, permitiendo únicamente un 20% de modificación, lo cual inclusive iría en detrimento de la Administración al tener que iniciar nuevos procedimientos para satisfacer su necesidad administrativa que pudo haber solventado con una ampliación, aún peor, coartando la posibilidad de disminuir un contrato administrativo más allá de un 20%, lo anterior en detrimento de sus finanzas y teniendo que acudir a la figura de rescisión unilateral del contrato debiendo cancelar incluso daños y perjuicios al contratista.

- Adicionalmente el proyecto deja de lado la posibilidad de realizar Contratos Adicionales, figura que actualmente permite el artículo 209 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y posibilita adquirir bienes y servicios del mismo contratista una vez finalizado el contrato, por hasta un 50% del monto del contrato base, sin esta figura una vez finalizado el contrato la Administración obligatoriamente debe realizar un nuevo concurso para aprovisionarse de bienes o servicios similares.
- En el artículo 110 propuesto existe una evidente confusión dado que la cesión de un contrato sin estar autorizada previamente por la Administración es causal de resolución contractual, no es una causal nueva igual que la insolvencia.
- Agregar una rectoría en una dependencia que no tiene experiencia en el tema carece de sentido; artículo 128.

Se considera perjudicial el papel que se le otorga al Ministerio de Hacienda en el tema de fiscalización de las contrataciones que hagan otras instituciones dado que además de constituir una intromisión en las competencias de otras instituciones, su labor a la fecha ha demostrado ser sesgada, poco visionaria y no aplicar criterios de igualdad en el tema perjudicando especialmente al Grupo ICE en demérito de otros operadores, siendo claramente discriminatoria en su evaluación, prueba de ello es la circular DGABCA-DNC-052-2019 emitida sobre el tema, la cual se adjunta.

Debe recordarse que en el tema de la división de poderes y respeto de las competencias, el Ministerio de Hacienda, por su naturaleza jurídica, pertenece al Poder Ejecutivo, por lo que a lo sumo podría tener injerencia, únicamente, en cuanto a lo que las directrices alcance como ente Rector, **no así como fiscalizador, rol que en todo caso existe actualmente en la representación de la Contraloría General de la República, a quien por disposición constitucional corresponde la fiscalización y control de la Hacienda Pública, por lo que esta norma, sería inconstitucional (art. 183 de la Constitución Política y art. 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).**

- En cuanto al elemento concerniente a las impugnaciones temerarias, constituye una limitación de tipo subjetivo a recurrir actos administrativos, a su vez; el cobro de estas multas sería un proceso difícil para las Administraciones Públicas y consecuentemente un aumento en procesos judiciales con el desgaste económico que esto conlleva.

El manejo de los recursos con una etapa previa ante la Administración es una muestra más de la falta de claridad de la normativa propuesta; pues a todas luces generará un descontrol y confusión en relación con el tema competencial.

- Por otra parte, el proyecto también es deficiente en indicar el plazo en el cual el Poder Ejecutivo debe reglamentar la Ley, aspecto que debe quedar claro desde su emisión, debido a la importancia y el desarrollo que a éste compete, y de esta manera brindar seguridad jurídica.

#### IV. Conclusiones

Dado lo expuesto, lo que pretende el proyecto de ley sometido a análisis constituye una flagrante violación al principio de seguridad jurídica que debe imperar y a la voluntad del legislador externada con motivo de la entrada de RACSA en un régimen de competencia, siendo un requisito condicionante para la firma del TLC, amenazando seriamente la sobrevivencia y competitividad de RACSA creando además un clima de inseguridad jurídica.

Lejos de simplificar los procedimientos de contratación pública el excesivo desarrollo de normas lo que hace es volverlo más complejo. No obstante, entre los muchos yerros del proyecto sometido a análisis destaca el pretender dar el mismo tratamiento a una empresa en competencia a una que no compite, lo cual contradice la vasta



jurisprudencia emitida a la fecha y la doctrina internacional que claramente reconoce la existencia de regímenes especiales los cuales conviven.

Pretender darle el mismo trato a empresas iguales, pero jamás ello debe hacerse extensivo a instituciones y empresas que claramente cuentan con una realidad muy distinta, pues el hacerlo implicaría desatender la voluntad popular que exigió fortalecer a RACSA de cara a la competencia a fin de asegurar su supervivencia.

Atentamente,

DIRECCIÓN JURÍDICA Y REGULATORIA

Illiana Rodríguez Quirós  
Directora

Adj: Circular DGABCA-DNC-052-2019 de Ministerio de Hacienda

Gerencia General, RACSA

Ni. 110-DJR-2021-590