

San José, 17 de julio de 2020
GG-07-500-2020

Señora
Noemy Montero Guerrero
Jefe de Área
Comisiones Legislativas
Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Me refiero a su oficio CE 21.546- 327-2020 del 29 de junio de 2020, mediante el cual la Comisión especial encargada de “ANALIZAR, ESTUDIAR, PROPONER Y DICTAMINAR EL EXPEDIENTE N° 21.546 “LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”, requiere el criterio de esta institución sobre el texto dictaminado de esa iniciativa.

Una vez realizado el análisis correspondiente, compartimos la posición del Banco Nacional de Costa Rica, en el sentido de la necesidad de que se constituya un modelo de compras públicas moderno, que se ajusta más al modelo de licitación dispuesto por el constituyente en el artículo 182 de la Constitución Política, dando preponderancia a los procedimientos ordinarios de contratación (de naturaleza concursal) sobre procedimientos de contratación por excepción (contratación directa).

Otra mejora importante lo constituye el enfoque social y ambiental del proyecto de ley, según el cual las acciones que se realicen en los procedimientos de contratación pública, deberán obedecer –en lo posible- a criterios que permitan la protección medioambiental, social y el desarrollo humano; no debemos perder de vista que la contratación administrativa no solo fue prevista por el constituyente para la administración eficaz y eficiente de la hacienda pública sino además, para promover una adecuada distribución de la riqueza y un desarrollo sostenible.

No obstante, estas apreciaciones generales, debemos insistir respetuosamente, sobre la necesidad de poder establecer un **régimen diferenciado de contratación administrativa para la banca estatal y sus subsidiarias, debido a que somos empresas en competencia, y donde la oportunidad y dinámica del cambio están presentes para mejorar el servicio a nuestros clientes y no perder competitividad, por supuesto en el entendido de mantener y fortalecer un nivel de exigencia del control interno.**

Al respecto, y como consideración general, me permito indicar que nos unimos a lo expuesto ante esa honorable Comisión, mediante oficio del Banco Nacional GG 030-20 del 15 de enero del 2020, cuando se consultó el texto sustitutivo aprobado sobre esta iniciativa.

Indicamos en esa oportunidad:

“1. PROPUESTA ADICIONAL PARA LA BANCA ESTATAL EN COMPETENCIA

Resulta necesario ampliar nuestro criterio y visualizar la Banca Estatal costarricense desde un enfoque macro e inclusive desde el exterior. Debemos iniciar desde la perspectiva de la competencia comercial igualitaria, a nivel local, entre la Banca Estatal frente a la Banca Privada, la cual en su mayoría está conformada por capital extranjero.

En este sentido cabe mencionar el estudio realizado por la División Económica del Banco Central de Costa Rica denominado “*Asimetría regulatoria en el mercado bancario*” elaborado por el señor José Pablo Barquero colaborador de esa División, en ocasión al proceso relacionado con los esfuerzos del país de formar de la OCDE, determinó en lo que interesa:

- *La existencia de asimetría regulatoria tiene implicaciones sobre la rentabilidad, desempeño, y cartera de crédito.*
- *Contrario a lo pensado la asimetría es a favor de la banca privada.*
- *Banca estatal tiene perfil de colocación distinto al de la banca privada, atiende zonas con menor desarrollo.*
- *Si bien asimetrías parecen ser similares y compensarse no se puede ignorar sus distorsiones sobre la banca.*

Dado lo anterior, se concluye que las *cargas administrativas* revelan un gran peso para la banca estatal, rubro que contempla los plazos y los costos inmersos en los trámites de contratación administrativa.

Se evidencia, que la banca estatal debe recuperar a los clientes de las zonas con mayor desarrollo para su fortalecimiento, dentro de los cuales se encuentran las nuevas generaciones que cada vez utilizan mayor tecnología; consecuentemente es urgente y necesario que la Banca Estatal cuente con mecanismos más ágiles que le permitan competir en forma igualitaria con la Banca Privada, en el área de campo tecnológico e innovación de los servicios financieros y servicios complementarios a estos.

Actualmente, es claro que las cargas administrativas que le provocan los procedimientos ordinarios a la banca estatal, no le permiten desarrollarse y competir en forma igualitaria con la banca privada, por lo que se requiere de forma urgente, mecanismos de contratación especiales que le ofrezcan a la banca estatal mayor agilidad y versatilidad al momento de contratar sus bienes y servicios para competir en un mercado cada vez más cambiante y ágil. Es por ello que se propone excluir a la banca estatal y sus sociedades anónimas de los procedimientos ordinarios y que se le permita la creación de un régimen especial de contratación en competencia.

Lo anterior en armonía con la posición de la Unión Europea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), entre otros actores relevantes a nivel internacional, respecto al principio de transparencia, en el cual se destaca el principio de transversalidad para que a toda la actividad contractual y a todo el ciclo de la compra pública le resulten de aplicación los principios.

Para ello, debe dejarse claro que en la medida que se desarrollen los sistemas de comunicación, el comercio internacional y las relaciones internacionales estas han venido tomando mayor relevancia para el desarrollo económico y social de los países; consecuentemente los mercados financieros y sus servicios cada vez requieren de mucho más agilidad y eficiencia y deben manifestarse y se deben ofrecer a sus clientes servicios por estos

medios, con innovación, seguridad, adaptabilidad, transparencia y agilidad. Las contrataciones inmersas en estos servicios, sin duda, deben adaptarse a la conexión global y a las redes de comunicación, las cuales han transformado el mundo en todos los campos. Es por ello, que el ordenamiento jurídico en materia de contratación administrativa para la banca estatal debe evolucionar para poder ofrecer un respaldo lógico, razonable y proporcional desde el punto de vista de la eficiencia a las estrategias comerciales de la empresa pública en competencia en este sector, las cuales deben enfrentarse y adaptarse a los retos que ofrecen las realidades de mundo financiero globalizado.

Actualmente, el Banco Central de Costa Rica, ha determinado que la banca estatal posee mayores cargas en la normativa administrativa, las cuales han provocado que la banca privada tome ventaja en el sector de mayor desarrollo de la población. Siendo este sector el de mayor poder adquisitivo, acceso a la tecnología y pendiente a la innovación en mejores y nuevos servicios financieros.

La materia de contratación administrativa y las formas de contratar son una parte muy importante en este exceso de carga regulatoria y administrativa con la que debe operar la Banca Estatal, aspecto que razonablemente evidencia el deber de este sector de adaptarse y promover con mayor agilidad y transformación los mecanismos de contratación, sin dejar de lado el respeto a la transparencia y la competencia igualitaria de todos los agentes involucrados.

Para estos efectos se propone un artículo que regule el sistema de contratación de los bancos del Estado y sus subsidiarias en el siguiente sentido:

ARTÍCULO - Régimen Especial de Contratación Administrativa para los Bancos Comerciales del Estado y sus Subsidiarias

La actividad de contratación administrativa que realicen los Bancos Comerciales del Estado y sus sociedades, estará excluida de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa. Sin embargo, estará sometida a los principios constitucionales de la contratación administrativa.

Las Juntas Directivas de los Bancos Estatales emitirán la reglamentación correspondiente, tanto de organización, límites de contratación y de procedimiento de su Conglomerado, la cual deberá guardar la razonabilidad y proporcionalidad a los fines de la contratación.

Las contrataciones en este régimen serán publicadas en el sistema de compras públicas establecido por el Ministerio de Hacienda para el gobierno central.

La Contraloría General de la República deberá verificar el ajuste del procedimiento con los principios constitucionales de la contratación administrativa en cuyo caso, brindará la aprobación de estos.

Las resoluciones con efecto suspensivo que se dicten en sede administrativa o en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda en materia de contratación administrativa serán excepcionales. Para efectos de proteger el interés público, cuando se solicite la suspensión del acto, al solicitante se le fijará una caución, sin perjuicio de que la entidad bancaria y sus empresas, según corresponda, aporten la contracautela o garantía que se le fije. Una vez rendida la contracautela o garantía se levantará de oficio la suspensión del acto.

La Contraloría General de la República ejercerá sus competencias bajo la modalidad de control posterior. “.

En razón de lo expuesto, y, no habiendo logrado apoyo a nuestra propuesta en el trámite ante la Comisión dictaminadora, solicitamos una vez más, el apoyo de los señores legisladores y señoras legisladoras, ahora, en el Pleno Legislativo, para poder establecer en esta iniciativa de ley, un **régimen especial de contratación administrativa para los bancos estatales y sus subsidiarias.**

Ahora bien, en el caso de que no se admita nuestra propuesta para incluir un "Régimen Especial de Contratación Administrativa para los Bancos Comerciales del Estado y sus Subsidiarias", se solicita respetuosamente, valorar la posibilidad de incluir a los Bancos Comerciales del Estado y sus Subsidiarias, dentro del alcance del artículo 68 del proyecto, que establece un "Procedimiento especial para la adquisición de bienes, obras y servicios destinados a prestar los servicios de telecomunicaciones y de seguros en competencia".

Adicionalmente y, siendo BCR Sociedad de Fondos de Inversión, parte del Conglomerado del Banco de Costa Rica, se estima necesario plantear una propuesta para excluir del ámbito de aplicación de esta ley, la contratación de bienes y servicios para la ejecución de proyectos de fondos de inversión.

Si bien el proyecto de ley en consideración utiliza un parámetro específico y objetivo para definir el ámbito de aplicación de la ley, a saber, la utilización "total o parcialmente fondos públicos"- cuestión que dicho sea de paso corresponde al mismo ámbito de aplicación dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa vigente-, resulta de vital importancia para el mercado de fondos de inversión de desarrollo inmobiliario, para el desarrollo de proyectos en el sector público, que dicho ámbito de aplicación quede patente para este tipo de negocios, en el sentido de que los bienes y servicios contratados por el Fondo de Inversión no se encuentren sujetos al ámbito de aplicación de la Ley General de Contratación Pública, con fundamento en lo siguiente:

1. Los fondos de inversión cuentan con regulación propia: De conformidad con el artículo 3 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, Ley 7732, le corresponde a la Superintendencia General de Valores regular, supervisar y fiscalizar los mercados de valores, la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos y los actos y contratos relacionados, según lo dispuesto en la Ley.
2. Están habilitados para desarrollar proyectos públicos o privados: Artículo 94 bis. Contratos en los que participe la Administración Pública: "Si como parte del proyecto se consideran contratos en los que participe la Administración Pública que requieran del refrendo, autorización o aprobación por parte de la Contraloría General de la República, se debe adjuntar copia de los contratos al prospecto del fondo de inversión, previo a la colocación de participaciones, según lo requiere el inciso j. del artículo 93."
3. Pueden desarrollar proyectos en terrenos propios o a través de activos intangibles: Artículo 93 inciso h del Reglamento General sobre Sociedades Administradoras y Fondos de Inversión Como parte del proyecto se pueden considerar activos intangibles, tales como concesiones en la zona marítimo-terrestre o de otra índole, o derechos de explotación, siempre y cuando estén estrictamente relacionados con el proyecto y se revele claramente en el prospecto el alcance, plazos, limitaciones y condiciones de los activos considerados.
4. Los proyectos se desarrollan por cuenta y riesgo de los inversionistas: De acuerdo con el Artículo 89 del mismo Reglamento los fondos de inversión de desarrollo de proyectos son patrimonios independientes que administran sociedades administradoras de fondos de inversión, por cuenta y riesgo de los participantes cuyo objetivo primordial es la inversión en proyectos en distintas fases de diseño, es decir,

dichos fondos de inversión utilizan recursos de inversionistas privados y son ellos los que asumen todos los riesgos relacionados a la ejecución de los proyectos.

En atención a lo anterior, se propone incluir un inciso “g)” al artículo 2 del proyecto de ley de cita, en los siguientes términos:

g) La contratación de bienes y servicios para la ejecución de proyectos en bienes inmuebles privados o públicos patrimoniales, incluido el régimen recursivo, por medio de Fondos de Inversión regulados por la Ley Reguladora de Mercado de Valores, No. 7732 y su reglamento.

Expuestas estas dos consideraciones generales, procedo a hacer las siguientes observaciones puntuales al articulado:

En el artículo 18, se propone aprovechar la existencia de este registro y su contenido, y autorizarse que el puntaje de experiencia de un oferente en un concurso, se aplique con respecto a la experiencia registrada, lo que simplificaría la confección de las ofertas y su evaluación, y sería un incentivo para que los oferentes mantengan actualizado su registro.

En el artículo 29, la previsión de resolución contractual del párrafo final, podría ser una medida muy perjudicial para el interés público.

Sería preferible la fijación de una multa a aplicarse contra los pagos debidos por el contrato o bien de la garantía de cumplimiento, sin perjuicio de responsabilidades penales por perjurio.

En el artículo 51, en el párrafo cuarto no se definen con claridad y contundencia la potestad legal de la Administración de revocar sus actos que no están firmes pero que han sido objeto de impugnación. En la práctica, cuando el acto final es recurrido ante la Contraloría General de la República y ésta le notifica su admisión a la Administración, se suspende la potestad de la Administración licitante para revocarlo, aspecto que se ha desarrollado así por medio de pronunciamientos del Órgano contralor. Sin embargo, debe definirse por ley la existencia de esta potestad del órgano fiscalizador de suspender las atribuciones legales de la Administración licitante, ya que en la práctica la Administración licitante podría revocar el acto cuando conozca los argumentos del recurrente en los casos que considere que lleva razón, ahorrándose todo el trámite de apelación para obtener el mismo resultado con un simple allanamiento a los argumentos del recurrente. Es decir, consideramos que debe aclararse que la Administración licitante posee esta potestad aún en la audiencia inicial del recurso de apelación, con el fin de introducir una mejora a lo que hoy en día provoca un atraso innecesario en los trámites de los recursos de apelación y un desgaste administrativo tanto para el ente contralor como para el Administración licitante.

Por lo que se sugiere la siguiente redacción del párrafo cuarto del artículo 51:

El acto final que no haya adquirido firmeza podrá ser revocado por la propia Administración, aún y cuando sea recurrido. En el caso del recurso de apelación la revocación deberá ser dictada previo al vencimiento del plazo otorgado para la audiencia inicial, para ello deberán constar las razones de tal proceder mediante resolución motivada. Contra el acto de revocación no cabrá recurso alguno.

En el artículo 63. Inciso d), se propone eliminar la palabra “sencillo” pues se trata de un concepto indeterminado, aunado a lo cual nótese que la complejidad o no de un cartel no deviene de su monto, sino de la naturaleza de los bienes o servicios a contratar.

En el artículo 81 se recomienda que la cesión de derechos prevista en el párrafo tercero, quede sujeta a la previa autorización de la Administración.

En el artículo 111, se propone excluir de esta norma los contratos de servicios de prestación continua, para los que no es posible hacer una “recepción diaria” en función de la frecuencia del servicio.

En el artículo 116, párrafo cuarto, se estima oportuno que se revise la redacción, pues se indica resolver el "contrato" y no el "proceso"; se considera que la redacción actual podría prejuzgar el resultado del procedimiento.

Se dejan así planteadas nuestras observaciones al proyecto sometido a consideración.

Atentamente,

Douglas Soto Leitón
Gerente General