

24 de julio de 2020  
**CNC-ST-0382-2020**

Licenciada  
Noemi Montero Guerrero  
Jefe de Área de Comisiones Legislativas I  
Departamento de Comisiones Legislativas  
Asamblea Legislativa

**Asunto:** *Criterio institucional sobre Expediente N° 21.546  
Denominado “Ley General de Contratación  
Pública”*

**Referencia:** CE 21.546- 327-2020

Estimada señora:

Me permito remitir el criterio institucional solicitado en el oficio de referencia, acerca del Proyecto de Ley de Expediente N° 21.546 “Ley General de Contratación Pública”, en lo que a continuación se expone. No obstante, de previo a exponer las consideraciones que analizáramos en conjunto con el Área de Gestión Jurídica-Legal del CNC, procedo a hacer de su conocimiento un concepto general sobre el proyecto de ley que nos ocupa:

Es criterio de quien suscribe y de su equipo de trabajo en el Área de Gestión Jurídica-Legal que, en general, nuestra ley actual de contratación administrativa es una ley robusta que, en la medida en que los procesos de contratación se han ajustado a su letra, los resultados han sido satisfactorios, muchas veces lentos por razón de las instancias recursivas que se admiten a los oferentes, pero, en general, se trata de una ley que cumple bastante bien su propósito y que brinda seguridad y transparencia a los procesos de contratación. Como todo en la vida, la ley actual es sujeta a mejoras producto de la basta experiencia que, en sus años de estar vigente, son ampliamente conocidas. Es así que, consideramos que, en lugar de abocarse a la confección de una nueva ley sustitutiva y que abarque la totalidad de los regímenes de contratación vigentes en nuestra institucionalidad, probablemente, se lograría un mejor resultado legislando para enmendar aquel articulado que, sabemos por experiencia, que puede ser optimizado. Entre algunas de las mejoras que consideramos pueden atenderse y que no se reflejan en el actual

proyecto contemplado en el Expediente N° 21.546, está el tema de las garantías de cumplimiento con los objetos contratados. Uno de los grandes problemas, sobre todo en lo que se refiere a contrataciones de gran cuantía, como las de obra pública, es que el monto tope de la garantía de cumplimiento es muy bajo (10%), lo cuál ha permitido que la obtención de dichas garantías, sea relativamente sencillo para empresas cuyas finanzas no son las óptimas para participar en concursos que requieren una solidez comprobada. Así las cosas, a manera de sugerencia, consideramos imperativo romper ese tope del 10% y establecer un tope variable hasta un 50%, dependiendo de la cuantía presupuestada para la contratación. Dicha garantía, en sus rangos superiores (de 20% - 50%) debería ser exigido que fuese emitida por una entidad aseguradora del sistema nacional y no por entidades financieras, como los bancos. La razón de lo anterior se desprende del hecho que, las aseguradoras mantienen un criterio de actuación muy diferente a los financistas, estas, analizan “con lupa” a sus clientes (trabajo que le ahorran a la Administración) y no se embarcan en emitir bonos de cumplimiento a aquellas empresas con debilidades financieras o estructurales. Asimismo, su filosofía es que, antes de pagar una garantía, las aseguradoras intervienen el contrato en un intento de salvarlo de previo a que se deba pagar la garantía, todo lo cual es en ventaja de la Administración y del contrato en sí.

Otro punto que es menester mencionar se refiere a que, en muchos casos, los problemas que se presentan con las contrataciones se originan desde la confección de los carteles o pliegos de contratación, incluyendo los términos de referencia, aspecto que resulta difícil de solucionar desde el marco de una ley. Por lo anterior, es importante que, a través de la ley de contratación, se exija la modelación de contratos tipo en lo que se refiere a condiciones generales, se elabore una guía en lo atinente a las condiciones específicas y se capacite a las instituciones en lo relativo a las características de los objetos que se pretende contratar.

Una vez mencionados los comentarios generales, a continuación, procedemos con las observaciones al Proyecto de Ley contenido en el Expediente N° 21.546.

De acuerdo a estudio pormenorizado del mismo, es menester mencionar que en general el Proyecto que nos ocupa, en su redacción cuenta con aspectos realmente preocupantes, en lo que respecta al quehacer de nuestra institución, y que es de importancia considerar, para el buen funcionamiento y consecución de los fines de la Administración en función del interés público.

#### **I.- SOBRE LOS PRINCIPIOS INVOCADOS EN EL PROYECTO DE LEY:**

Establece dos escenarios sobre principios el primero en el artículo 8.- **Principios generales de la contratación pública** que rigen la materia de la contratación administrativa, e indica que son: principio de integridad, principio de valor por el dinero, principio de transparencia, principio de sostenibilidad social y ambiental, principio de eficiencia y eficacia, principio de igualdad y libre concurrencia, principio de vigencia tecnológica; y el segundo escenario refiere a sobre los principios que rigen los medios digitales **artículo 19.- Principios y garantías del sistema**, e indica que son: publicidad y transparencia, seguridad, integridad y, no repudio y neutralidad tecnológica, los cuales no se desarrollaron en el artículo 8, ni en el 19 que los menciona.

En cuanto a este aspecto, nos dimos a la tarea de profundizar cuales son los principios que deberían de estar adicionalmente a los enunciados en el proyecto, incorporados dentro de un régimen de contratación administrativa, los cuales deben no se encuentran incluidos en este texto, y que deben regir idealmente de forma unificada en un solo bloque:

El artículo 4° de la Ley General de la Administración Pública, preceptúa lo siguiente:

*“La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios”*

#### **Sobre el Principio de Legalidad y de Reserva de Ley:**

El artículo 11.1 Ley General de la Administración Pública, consagra el principio de legalidad y dice que: *“La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes”*. Por su parte, el artículo 13.1 de este cuerpo legal,

---

señala que *“La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo (...) sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos”*.

**Sobre el Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad:**

Este principio es vital a la hora de la aplicación de las estipulaciones contractuales, en los convenios marco, ya que es necesario que se vislumbre en las contraprestaciones, este aspecto ha sido expuesto en reiterados votos de la Sala Constitucional, entre ellos uno de los más importantes el Voto No. 732-2001.

**Sobre el Principio de Buena Fe.** Sobre este relevante principio en las relaciones jurídico-administrativas, y se debe dar especial relevancia a la buena fe contractual, máxime en el tema de contratación administrativa, al respecto citamos el voto de la Sala Constitucional No. 10171-2010. De acuerdo a la doctrina existente para este tipo de contratos es de suma importancia mencionar lo expresado en su momento por Dolores Rufián Lizana en su libro Manual de Concesiones de Obras Públicas, citamos textualmente: *“Los principios que informan la responsabilidad administrativa, al igual que la responsabilidad civil, son el de la reciprocidad de las prestaciones y el de la buena fe. Según Escobar Gil: “ El principio general de la buena fe tiene una extraordinaria importancia en los contratos administrativos, principalmente por dos razones: la primera de ellas consiste en que constituye un límite a la supremacía jurídica de la administración pública en garantía de la posición patrimonial del contratista, puesto que le señala unas reglas de conducta para el ejercicio de los derechos y de las potestades exorbitantes y el cumplimiento de las obligaciones; la segunda estriba en que contribuye a elevar el tono moral de la gestión contractual pública y a humanizar la relación entre las entidades públicas y los contratistas. La bona fides es el fundamento, orienta la labor interpretadora y preside la normativa de los contratos”.*” (R.A. Escobar Gil, *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, Temis Bogotá).

Principios no solamente aplicables a los contratos de concesión, sino a toda la actividad contractual estatal.

**Sobre el Principio de Seguridad Jurídica e Intangibilidad de Actos Propios:**

El principio de la seguridad jurídica entre sus implicaciones cabe mencionar la doctrina de la intangibilidad de los actos propios de las administraciones públicas, que debe siempre regir en esta materia de contratación administrativa. Al respecto se señalan los votos 9040-2002, reiterado en los votos de la Sala Constitucional números 4486-2008, 11504-2008, entre otros.

### **Sobre el Principio del Debido Proceso y Derecho de Defensa**

De medular importancia observar en el momento de aplicar el régimen sancionatorio, multas, las cláusulas penales contractuales o bien el régimen recursivo, como es el caso de este texto proyecto ley que señala este régimen en varias partes, debería unificarse e integrarse en un acápite dedicado al tema, por lo que es importante mencionar que puede generar conflicto de aplicación a futuro.

### **Sobre el Principio de la Motivación de la Actuación Administrativa**

Respecto a este principio, todo acto generado por la administración debe ser debidamente fundamentado, aspecto que se ha indicado tácitamente en el texto de marras, sin embargo no

hay un señalamiento explícito de este principio. Al respecto se cita el voto de la Sala Constitucional No. 6535-06. Es importante también indicar que la motivación guarda una relación estrecha con el principio de la interdicción de la arbitrariedad, razonabilidad y proporcionalidad de los actos administrativos.

Por lo expuesto, es necesario manifestar que el texto sustitutivo adolece de algunos de los citados, principios por lo que se realiza una breve exposición de estos, y que además consideramos que se deben mantener los siguientes principios:

- Principio de libre competencia
- Principio de seguridad jurídica
- Principio de publicidad
- Principio de intangibilidad patrimonial
- Principio de conservación de la oferta

- Principio de formalismo y equilibrio de intereses

Los cuales existen en la normativa actual, cuentan con amplia doctrina y jurisprudencia y que al día de hoy están estipulados dentro de la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento vigente, lo anterior se explica con el interés de coadyuvar con el análisis respectivo.

**II.- SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA.** Respecto a lo indicado en la Sección I, que refiere al establecimiento de un “Sistema Digital Unificado y Banco de Precios.”

Es necesario indicar que un sistema de compras públicas que se estime para administración y uso de un tercero, el cual manejaría datos económicos y sensibles de podría tener un roce directo con la Ley 8968 Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, además, no existe en la redacción mención de aspecto alguno a la ley citada, importante aquí mencionar que en los procesos de contratación administrativa no solo ofertan personas jurídicas, sino también personas físicas, por esta razón la importancia de observar esta ley.

En referencia a lo anterior citamos textual el artículo 16: *“El sistema digital unificado será único, centralizará todos los procedimientos de contratación de todas las entidades. Su administración estará a cargo de la Dirección de Contratación Pública, sin perjuicio de que pueda ser operado por un tercero cuya contratación deberá realizarse bajo las regulaciones de esta ley. **En caso de que sea operado por un tercero existirá un único contrato entre el Ministerio de Hacienda y la empresa proveedora del servicio. La Dirección de Contratación Pública fijará un modelo tarifario de uso del sistema, el cual deberá contener tarifas razonables y proporcionales, con el fin de garantizar su sostenibilidad, lo relativo al cobro por el uso del sistema se regulará vía reglamentaria. La capacitación por el uso del sistema digital unificado no representará costo alguno para las entidades.**”* (lo resaltado no es del original)

Indica claramente que se realizará un único contrato entre el Ministerio de Hacienda y una empresa proveedora del servicio, surgiendo la duda, a qué tipo de contrato, bajo que figura contractual, en apariencia es una concesión de servicios públicos por el establecimiento de un modelo tarifario que procura la sostenibilidad del mismo, es decir, el establecimiento de un negocio jurídico estatal, por lo que no existe precisión en este aspecto.

### **III- SOBRE LOS UMBRALES Y PORCENTAJES.**

Respecto a lo estipulado en el artículo 36, sobre los umbrales para determinar el procedimiento de contratación, en el texto del proyecto se establecen dos regímenes, el ordinario y el diferenciado, y dentro de cada uno de ellos, tres procedimientos, denominados: Licitación Mayor, Menor y Reducida. Con base en lo anterior, las siguientes son nuestras observaciones:

Según esta clasificación al Consejo Nacional de Concesiones estaría cubierta por el régimen ordinario, en cuanto a los umbrales en alusión al régimen ordinario la administración establecerá los nuevos procesos ordinarios siendo que antes existían dos Licitación Abreviada y Licitación Pública, con la implementación de las nuevas figuras sería más complejo de lo habitual en la praxis cotidiana para adquisición de bienes y servicios, con ello se vuelve un proceso más burocrático, menos dinámico, no lo hace más transparente, ni viene a colaborar con el control del gasto público.

En cuanto la fijación de límites por técnica legislativa es más prudente indicar en la norma que dichos límites se actualizarán conforme a la resolución que al efecto emita el Despacho Contralor, como competente para ello.

De acuerdo a lo que establece sobre el “*Régimen diferenciado*” no subyacen aportes significativos del proceso, siendo que es prácticamente el mismo texto de la norma original de 1995, por ende, no se vislumbran aspectos positivos en el procedimiento de contratación que dinamice, torne ágil y transparente, con el fin de la satisfacción de los bienes y servicios que requieren los entes públicos.

Con la eliminación de la Contratación Directa se estaría ralentizando las compras de escaso monto al tener tiempos de contratación más amplios, por tanto, se elevarían los costos en contra del uso eficiente de los fondos públicos, con ello se aumenta el riesgo de subejecución presupuestaria.



En otro orden de ideas, es importante destacar que eliminar procesos especiales como Compra Directa harían de la tramitación de los procesos de licitación desde la óptica de contabilidad de costos, en procesos más onerosos para administración pública.

#### **IV. - SOBRE EL REFRENDO.**

De acuerdo a la legalidad del procedimiento que conlleva la contratación administrativa, el mismo culmina con la conocida fase de ejecución del contrato, dentro de esta fase se encuentra el refrendo de los contratos que vaya a realizar la Administración Pública.

En relación al artículo 184 de la Constitución Política, se dota a la Contraloría General de la República como el ente encargado de otorgar el refrendo a los contratos que realice la Administración Pública.

La importancia de esta fase es vital, ya que sin este refrendo el contrato no puede llegar a tener su perfeccionamiento, en cuanto el refrendo le otorga al contrato eficacia jurídica que el mismo requiere.

Así tenemos que el artículo 3 del Reglamento del Refrendo de la Contratación Administrativa nos señala los contratos que requieren de refrendo, tales como: a) Todo contrato administrativo de obra pública derivado de la aplicación del procedimiento de licitación pública, b) Todo contrato administrativo derivado de procedimientos de contratación directa autorizados por la Contraloría General de la República con fundamento en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, c) Todo contrato o convenio específico celebrado con sujetos de derecho público internacional para la realización de proyectos en el tanto impliquen actividad contractual y medie disposición total o parcial de fondos públicos y que se sustenten en tratados internacionales o convenios, d) Todo contrato o convenio específico celebrado entre dos o más entes, empresas u órganos públicos, e) Todo contrato administrativo de obra pública de entes, empresas u órganos públicos cuya actividad contractual esté regida por principios de contratación y no por los procedimientos ordinarios de selección del contratista.



Según el ordenamiento jurídico costarricense, el artículo 198 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, nos detalla que existen dos tipos de refrendos:

*“(...) Suscrita la formalización, la Administración dispondrá de tres días hábiles para enviarlo a aprobación interna o refrendo, según corresponda. Cuando el refrendo deba ser conocido por la Contraloría General de la República, ésta deberá resolver la solicitud dentro de un plazo de veinticinco días hábiles cuando se trata de contratos resultado de una licitación pública y de veinte días hábiles en los restantes casos. De requerir la contratación aprobación interna la solicitud deberá resolverse en un plazo de quince días hábiles para licitaciones públicas y diez días hábiles en los restantes casos. (...)”*

De lo anterior tenemos que el refrendo interno según se establece en los artículos 17 y 18 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública (RRCA) le corresponde a la Administración contratante, realizar una revisión del cumplimiento de los aspectos que menciona el artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración.

Esta labor la realizará la unidad jurídica de la institución o aquella unidad que cuente con especialidad jurídica y sea designada por el jerarca y que en ningún caso podrá ser la Auditoría Interna. El refrendo interno tiene igual carácter de firmeza y eficacia que el refrendo que otorga la Contraloría General de la República.

El Artículo 17 del RRCA regula cuales contratos pueden tener eficacia con el refrendo interno. En cuanto al refrendo que otorga la Contraloría General de la República, la Administración Pública debe de cumplir una serie de requisitos para poder realizar la solicitud de refrendo, mismos que se especifican en el artículo 12 del RRCA.

Tanto el refrendo otorgado por la Contraloría de la República como el refrendo interno deben de analizar una serie de aspectos que se detallan en el artículo 8 del RRCA, el cual se transcribe textual:

*“(...)”*

- a) Que exista contenido presupuestario suficiente y disponible para cubrir el precio contractual, según lo dispone el artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa.*
- b) Que para la selección del contratista se haya seguido el procedimiento ordinario de concurso o la excepción de contratación directa que corresponda según el ordenamiento jurídico vigente. Debe entenderse que el análisis de legalidad que realiza la Contraloría*

*General de la República para determinar la procedencia del refrendo, no implica la revisión de legalidad del proceso de evaluación y selección del contratista, salvo en lo expresamente dispuesto en este artículo, pues para tales efectos las partes legitimadas cuentan con las vías recursivas ordinarias.*

- c) *Que estén incorporados en el expediente administrativo de la contratación, los estudios técnicos, legales, financieros, económicos y administrativos, así como cualquier otro que sustente y se requiera para la selección del objeto contractual y los demás términos del cartel, cuando así lo requiera el ordenamiento jurídico. Es entendido que la solución técnica adoptada por la Administración es de su entera discrecionalidad y responsabilidad, por lo que la Contraloría General de la República se limitará a verificar la existencia de los estudios requeridos por el ordenamiento jurídico o de las razones que justifican su ausencia.*
- d) *Que las partes tengan la capacidad jurídica para acordar y suscribir las obligaciones contenidas en el contrato, para tales efectos el análisis de refrendo verificará la existencia de la siguiente información:*
  - i. *Certificación o constancia de que el contratista se encuentra al día en sus obligaciones con la Caja Costarricense del Seguro Social, vigente al momento de solicitud del trámite de refrendo.*
  - ii. *Certificación registral o notarial que acredite la representación legal de la contratista para la fecha de firma del contrato y cuando corresponda, para su respectiva adenda.*
  - iii. *Declaración jurada en la que se exprese por parte del contratista que no se encuentra afectado por el régimen de prohibiciones previsto en la Ley de Contratación Administrativa y que se encuentra al día en el pago de impuestos nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del Reglamento a dicha Ley.*
- e) *Que consten en el expediente de la contratación, la garantía de cumplimiento y cualquier otra garantía requerida por el cartel del concurso, que se deba hacer valer en la etapa de ejecución contractual, así como el pago de las especies fiscales que correspondan, según el ordenamiento jurídico.*
- f) *Que los derechos, obligaciones y demás condiciones incluidas en el contrato, se ajusten a los términos del cartel y sus modificaciones, a la oferta adjudicada y sus aclaraciones, así como a los términos del acto de adjudicación y de los estudios técnicos que lo sustentan, en el entendido de que el análisis de refrendo no implica en absoluto una validación de los estudios técnicos en cuestión, la cual es de entera responsabilidad de los funcionarios o consultores de la Administración que los suscriben. Cuando en el contrato se incluyan términos que difieran de los estipulados en los documentos señalados anteriormente, en la nota de remisión a la que se refiere el artículo 12 de este Reglamento, se deberá señalar el sustento técnico, financiero y jurídico del cambio, según corresponda.*
- g) *Que los derechos, obligaciones y demás condiciones incluidas en el contrato, resulten sustancialmente conformes con la Ley de Contratación Administrativa, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y la normativa especial que regule la materia objeto del contrato administrativa según corresponda. Para este propósito, la Administración identificará en la nota de remisión a la que se refiere el artículo 12 de este Reglamento, el marco jurídico especial aplicable a la relación contractual sometida al trámite de refrendo, con indicación de la norma y el articulado específico aplicable al caso concreto.*

*En el caso de los contratos administrativos de entes, empresas y órganos públicos cuya actividad contractual esté regida por principios de contratación y no por los procedimientos ordinarios de selección del contratista regulados en la Ley de Contratación Administrativa y en su Reglamento, el análisis de refrendo verificará el cumplimiento de la legislación y normativa especiales que regulan su actividad contractual, para lo cual debe cumplirse con lo indicado en este inciso en cuanto a precisar la normativa específica aplicable.*

- h) Que el precio del contrato se ajuste a los términos del avalúo administrativo, en los casos que así corresponda, y según los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico.”*

Por último, la CGR creó el Trámite alternativo de revisión, creando la posibilidad de que los contratos lleguen a su fase de perfeccionamiento sin realizar la solicitud de refrendo, el mismo se creó para mayor agilidad del procedimiento administrativo de la contratación administrativa. El artículo 15 del RRCA nos regula esta modalidad, el cual se copia textual:

*“(…)*

- a) El trámite de revisión previa deberá realizarse antes de la recepción de ofertas.*
- b) Solo aplicará cuando el cartel incorpore los términos integrales del futuro contrato, con la salvedad de los aspectos derivados de la oferta adjudicataria. De esta manera, se podrá prescindir del refrendo en el tanto la Administración no varíe los términos del contrato revisado en etapa previa por la Contraloría General de la República. Cuando haya existido variación a dichos términos, deberá someterse el contrato a refrendo, para lo cual la Administración especificará en la nota de remisión referida en el artículo 12 de este Reglamento, los cambios concretos operados así como su sustento técnico, financiero y jurídico, según corresponda.*
- c) Este tipo de trámite aplicará a categorías contractuales y no se establecerá para casos de contratos específicos aislados.*
- d) La Administración interesada en someterse a este trámite alternativo de revisión previa deberá solicitarlo por escrito a la Contraloría General de la República, con la indicación de las razones que lo sustentan, la o las categorías contractuales a las que se pretende aplicar, la etapa del procedimiento en la que se produciría la revisión de la Contraloría General de la República y el formato de cartel que se pretende utilizar, con identificación del esquema contractual incorporado.*
- e) La Contraloría General de la República analizará la solicitud y la resolverá dentro de los cuarenta días hábiles contados a partir del día siguiente de su recepción. En caso de aceptarse la solicitud, Contraloría General de la República emitirá la resolución motivada de autorización del trámite alternativo de revisión previa y dispondrá el procedimiento a seguir. Una vez comunicada la resolución de la Contraloría General de la República, la Administración deberá publicar en el Diario Oficial el acuerdo de aplicación del trámite alternativo de revisión autorizado por la Contraloría General, dictado por el órgano competente; en la publicación deberá incluirse el texto integral de la parte dispositiva de la resolución de la Contraloría General. El citado trámite podrá aplicarse a partir de la publicación en el Diario Oficial. La Administración deberá especificar en el cartel del concurso respectivo, si aplicará o no el trámite alternativo autorizado. La omisión de*

---

*dicha especificación, hará presumir que el cartel se someterá al trámite alternativo de revisión previa autorizado.”*

Sobre este trámite, dicta la Contraloría General de la República en su Curso Virtual de Aspectos Básicos de Contratación Administrativa lo siguiente:

*“La autorización de este trámite alternativo no elimina la posibilidad de presentar recursos de objeción y cuestionar el pliego de condiciones por ese medio. No obstante, en caso de que se varíen o modifiquen los términos del cartel y por ende el contrato, se debe remitir a refrendo el*

*contrato. En esos supuestos, debe indicarse en la nota de remisión cuáles cambios han operado y su fundamentación técnica, financiera o jurídica.*

*Finalmente, al igual que en el caso de un refrendo en el que se pueden realizar observaciones y condicionamientos, también en la resolución que autoriza este tipo de trámites alternativos, es posible hacer ajustes, observaciones y condicionamientos; los cuales deben ser acatados por la Administración en la fase de ejecución y aplicación, pues son parte de las valoraciones bajo las cuales la Contraloría General aprobó la aplicación del trámite alternativo.”*

Dicho esto, en el texto del proyecto de análisis hay una omisión del tema y regulación del refrendo, solamente es indicado este aspecto en el artículo 62, y tampoco, nos remite al Reglamento de Refrendos vigente, ni hace alusión a este tema tan importante del necesario tamizaje del ente contralor.

## **V.- SOBRE EL CONTRATO DE FIDEICOMISO PÚBLICO. CAPÍTULO VI**

Primero cabe mencionar que de conformidad con lo establecido en la legislación y de acuerdo a lo manifestado por la Procuraduría General de la República, cito textual:

*“ (...) la figura del fideicomiso surge en la legislación del comercio, como la posibilidad de que se transfiera la propiedad de bienes o derechos para el cumplimiento de determinados fines. En ese orden de ideas dispone el artículo 633 del Código de Comercio:*

*"Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo".*

*La nota característica de este contrato es la transferencia de la propiedad del bien o derecho sobre el que recae el negocio a título fiduciario. Es un negocio traslativo de la propiedad para*

*disponer de bienes dentro de los límites y con sujeción a las modalidades previstas para el cumplimiento de los fines. Empero, se trata de una propiedad imperfecta o limitada. No puede desconocerse, al efecto, que las facultades del fiduciario son restringidas y, particularmente, que le está prohibido dar al bien traspasado un destino diferente del determinado en el acto constitutivo. El fideicomiso se constituye para la ejecución de un encargo respecto de un bien. En ese sentido, la facultad de disposición del fiduciario es reducida. (...)" Opinión jurídica 072-J del 14 de junio del 2001.*

Consideramos que no es un tema que deba regularse en esta ley, de forma ordinaria ya que por la especialidad contractual que tiene, no se establece con claridad cuál será el procedimiento a seguir, y en apariencia deben de registrarse en el registro de proveedores, aspecto que es omiso, el contrato de Fideicomiso es un contrato complejo, pero lo otorga cierta agilidad y versatilidad la ejecución de fondos.

## **VI. - SOBRE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA CON SERVICIOS PÚBLICOS**

Debemos aclarar algunos temas relativos a la Concesión de Obra Pública y la Concesión de Obra con Servicio Público:

Esta figura es regulada en nuestro ordenamiento jurídico por una ley especial, la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, N° 7762 del 14 de abril de 1998 y su reforma Ley N° 8643 de 30 de junio de 2008, así como sus reglamentos, la Ley de Contratación Administrativa inspirada en los principios que rigen la contratación administrativa, se usa de forma supletoria, o por analogía o bien viene a llenar los vacíos jurídicos que se susciten dentro de la actividad ordinaria contractual de las concesiones, sin embargo al existir una norma especial, prevalece esta sobre la ley general como es el caso que nos ocupa.

Al respecto, señala el Dictamen C-079-2004 del 8 de marzo de 2004 de la Procuraduría General de la República, lo siguiente:

*"(...) A efecto de ir puntualizando la diferencia entre una ley especial y una general, es importante transcribir las definiciones del Tratadista Guillermo Cabanellas.*

*"LEY ESPECIAL. La relativa a determinada materia, como las de aguas. Minas, propiedad intelectual, caza, pesca, hipotecaria, de contrabando, entre otra infinidad. - 1. - Razón y carácter. Se denominan especiales no sólo por la peculiaridad de su contenido, sino por apartarse de alguno de los códigos o textos fundamentales del ordenamiento jurídico de un país (...). Constituye, además, nota característica de las leyes especiales el que suelen ser orgánicas o completas, con inclusión de preceptos substantivos (los principios o prohibiciones del caso) y de*



*normas adjetivas (las penales y procesales consiguientes para la efectividad de las mismas, y para sanción de sus infracciones). De no contener preceptos de esta naturaleza, rigen como supletorios o normales los textos substantivos penales y procesales comunes. -2 Vigencia. En caso de conflicto, la especial prevalece sobre la ley general (v); salvo ser ésta posterior y formular inequívocas disposiciones incompatibles con las especiales previas. LEY GENERAL. La que comprende por igual a todos los habitantes, súbditos o ciudadanos. La generalidad de la ley se contrapone a la particularidad, pero no a la especialidad (...)" (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L... 2003, Piamonte 1730, 1º piso (1055), Bs, As, Argentina, páginas 161 y 163.)*

*Por otro lado, es importante traer a colación el dictamen C-038-2003 de 14 de febrero del año en curso, que desarrolla de forma amplia y profunda el tema relativo a "los conflictos de normas en el tiempo", señalando que existen tres criterios que el operador jurídico debe aplicar ante tales situaciones, como son: 1) el principio de la jerarquización normativa; 2) el principio de la que norma posterior deroga a la anterior; y 3) el principio de que la norma especial prevalece sobre la general.*

*De ese dictamen, es importante transcribir lo expresado sobre el tercer criterio: "La tercera, se expresa en el principio de que la norma especial prevalece sobre la general. Aquí estamos ante el supuesto de normas de igual jerarquía y que pueden tener o no la misma fecha de vigencia, debiendo optar el operador jurídico por la especial frente a la general". También dentro de ese dictamen, al invocarse el principio de que la norma especial prevalece sobre la general, se hace referencia a otros criterios jurídicos de interés. ..."*

Por lo indicado, la Ley de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos y en especial su contenido y marco jurídico, que incluye un sin número de aspectos técnicos, jurídicos, financieros ambientales entre otros, no puede estar incorporada en este proyecto de Ley General de Contratación Administrativa, tampoco lo referente al tema de expropiaciones y las asociaciones público privadas, ya que son parte de la actividad ordinaria del Consejo y su regulación, **cuya competencia es exclusiva y excluyente.**

Es un contrato administrativo por el cual la Administración concedente conformada por: **Consejo Nacional de Concesiones CNC, Administración Concedente, Ministerio de Obras Públicas y Transportes MOPT, Ministerio de Hacienda (Poder Ejecutivo en los términos del 21.2 de la LGAP y artículo 5 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos N°7762 y 8643)**, encarga a un tercero que en este caso es el CONCESIONARIO, para que elabore el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de

---

cualquier tipo pagadas por la Administración concedente, lo cual queda consignado en un contrato que debe ser refrendado por la Contraloría General de la República.

Todo Proyecto de Concesión se formula a partir de estudios técnicos, jurídicos, económicos, financieros y ambientales que demuestran la viabilidad y factibilidad del mismo, con proyecciones y flujos futuros que se darán durante el plazo de la Concesión, son contratos complejos bajo el modelo “Project Finance”, de larga data 20-50 años y de gran envergadura (en ocasiones contratos de mil millones de dólares o más). Además, son contratos básicamente de administración de riesgos, firmados por el Poder Ejecutivo y la empresa concesionaria adjudicataria, donde asumirá ciertos riesgos la parte que mejor los pueda administrar, dentro de ellos se encuentran entre otros riesgos de diseño, financiamiento, construcción, operación, mantenimiento, riesgos regulatorios, etcétera.

A continuación, se enunciarán los aspectos mas relevantes en el tema:

- Este modo de contratación tiene dentro de las ventajas, que la utilización de esta figura permite la liberación de recursos estatales del presupuesto público y de Hacienda para que sean utilizados en temas sociales, salud, vivienda o educación entre otras, además genera empleo, infraestructura y servicios de calidad, lo cual se vincula con la obligación que el Estado tiene en relación con los servicios que debe darle a ciudadano.
- Existe además en la Ley 7762 sus reformas y reglamentos la posibilidad de la utilización de la figura de los proyectos por iniciativa privada, los cuales pueden ser planteados por un tercero privado, para identificar y satisfacer necesidades que requiera la Administración concedente según lo que establece el Reglamento de los Proyectos de Iniciativa Privada de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos No 31836-MOPT, para lo cual es necesario cumplir con los requisitos del artículo 15, 16 siguientes y concordantes de dicho cuerpo legal.
- La figura de la concesión es una herramienta de financiamiento que colabora en la obtención de inversión privada extranjera directa con la finalidad de solventar entre otras,



---

el déficit de infraestructura pública y brindar servicios públicos con estándares de calidad para el país.

- Permite delegar la inversión económica financiera en sujetos de derecho privado por medio de Asociación Público Privada (APPs) o de Participación Público Privada (PPPS) que por medio de un contrato suscrito con el Poder Ejecutivo realiza el diseño, financiamiento construcción de una serie de obras públicas, asegurando su conservación y mantenimiento por el período de la concesión (20, 50 años) por cuenta propia e inversión financiera.
- Generación de empleo directo e indirecto.
- Activación de la economía nacional.
- El modelo financiero de la Concesión permite avances sustanciales a nivel social y económico del país.

Ahora bien, entendiéndose cuál es la figura de la concesión cabe mencionar específicamente los problemas jurídico prácticos que se encuentran reflejados en el texto del Proyecto, por lo que a continuación se dirá:

## **SOBRE EL CAPITULO VII. RELACIONES PUBLICO PRIVADAS**

Con relación a las Alianzas Público Privadas, (APPs) indicadas en el capítulo VII que va desde el artículo 81 al artículo 85 del proyecto, cuenta con grandes problemas de aplicación práctica, ya que, pretende incorporarse este aspecto en la Ley General de Contratación Administrativa, obviando todo un bagaje de regulaciones y estipulaciones, ya estudiadas por el legislador, y contempladas ampliamente en el Reglamento de los Proyectos de Iniciativa Privada de Concesión de Obra Pública o de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, Decreto Ejecutivo N° 31836-MOPT, el cual nace a partir de lo dispuesto en la Ley de Concesión de Obra Pública con servicios Públicos, N° 7762 del 14 de abril de 1998 y su reforma Ley N° 8643 de 30 de junio de 2008, reglamentando o instrumentalizando su artículo 20, por lo que, por el principio de jerarquía de las normas, no es procedente incluir este capítulo en su totalidad dentro de este proyecto de ley, por tratarse de un aspecto contemplado previamente en una Ley especial.

Nos llevaría esta inclusión a un problema grave de aplicación de la normativa, a una desincentivación de las propuestas que a futuro se ofrezcan, que, en lugar de coadyuvar a la atracción de inversión extranjera directa, generación de oportunidades sociales, económicas, laborales, de infraestructura y servicios para el Estado costarricense y la calidad de vida de los administrados, lo que generaría un conflicto de imposible solución a corto plazo.

### **SOBRE LAS EXPROPIACIONES, ARTICULO 71 DEL TEXTO.**

Consideramos que el tema de las expropiaciones y adquisición de bienes, se encuentra regulado debidamente en otra Ley especial la N° 7495, denominada Ley de Expropiaciones y su reforma integral N° 9286.

El incorporar esta disposición, generaría un conflicto evidente para la aplicación de las regulaciones en la materia de expropiaciones, esta ley es la que regula de forma amplia y basta, la expropiación forzosa por causa de interés público legalmente comprobado, la adquisición y la liberación de bienes o los derechos de vía necesarios para las obras o servicios que se requieran, para cumplir los fines de la Administración Pública, mediante el pago previo de una indemnización que represente el precio justo de lo expropiado.

Debemos indicar que el texto del Proyecto, exige que para que para cualquier obra pública deben estar primero realizadas todas las gestiones de expropiación y tener los terrenos disponibles para ello, entonces, no indica ni hace referencia al interés público, como se pondera, ni como se establece, por lo que no existe un orden, no hace mención tampoco de la ley especial que regula este ámbito de la potestad de imperio estatal.

Así las cosas, se solicita se tome en consideración lo expuesto, en especial lo referente al tema de la independencia técnica, jurídica y administrativa de la Ley de Concesión de obra pública y servicios, sus reformas y reglamentos, lo referente a fideicomisos, expropiaciones y asociaciones publico privadas, ya que, cuentan con regulación especial y reglamentaria que regula en lo sustantivo lo atinente a dichas materias, por ley sustantiva y puntual y que sus esferas no deben ser invadidas produciendo posibles redundancias o conflictos entre ellas.

Aunado a esto, es necesario indicar que el país requiere fluidez, inversión y apoyo decidido a la celeridad y agilidad de los procesos, evitando la burocratización y tramites excesivos, mecanización de los mismos, para que el Estado costarricense logre reactivar su economía, en beneficio de la satisfacción del interés público de todas y todos los ciudadanos.

Atentamente,

Ing. José Manuel Sáenz Scaglietti  
Secretario Técnico a.i.

*C/ Archivo/consecutivo*