



DE-0951-08-2020

06 de agosto, 2020

Señora

Noemy Montero Guerrero

Jefa de Área, Comisiones legislativas I,

Departamento de Comisiones Legislativas

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica

Asunto: Oficio CE 21.546- 327-2020. Proyecto de ley 21.546

Estimada señora:

Conforme a lo solicitado a este Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos de Costa Rica (en adelante CFIA), mediante oficio CE 21.546- 327-2020 recibido por correo electrónico del pasado 30 de junio de 2020, se procede formalmente a rendir criterio referente al proyecto 21546, denominado "Ley General de Contratación Pública", de la siguiente forma:

I. Cuestiones Preliminares:

Este razonamiento se emite conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica número 3663 de este Organismo, ya que en el inciso g) del cardinal 4 se establece, precisamente, como fines primordiales "*Dar opinión y asesorar a los Poderes del Estado, organismos, asociaciones e instituciones públicas y privadas, en materia de la competencia de los diferentes colegios que integran el Colegio Federado*".

Este proyecto pretende dotar al país de una nueva ley general que regule el tema de la contratación pública, derogando así la actual Ley de Contratación Administrativa, 7494 del 2 de mayo de 1995 y sus reformas.

Con base en lo indicado por las y los proponentes en la exposición de motivos, los temas relevantes que se plantean como una innovación son los siguientes:

1. *Ámbito de aplicación único para las contrataciones de todos los órganos o entes, públicos o privados, siempre que empleen fondos públicos.*
2. *Maximización de la transparencia en cada una de las etapas del ciclo de contratación, mediante la utilización del sistema digital unificado y procedimientos claros de rendición de cuentas y control.*
3. *Sistema digital único de compras de fácil acceso para la Administración, para quienes tengan interés en participar en los diferentes procedimientos de contratación y para la ciudadanía en general.*
4. *Régimen diferente de prohibiciones. Registro de declaraciones juradas. Tipo penal ante información falsa en la declaración o la participación en procedimientos de contratación sin actualizar la información que conste en esta.*
5. *Modelo de alertas tempranas.*
6. *Reducción de excepciones a los procedimientos ordinarios de contratación, tanto en el número de los supuestos de excepción como introduciendo y ajustando requisitos para su utilización. Se elimina la autorización de contratación directa a cargo de la Contraloría General de la República. Principalmente porque se plantea una planificación general de contrataciones al inicio de cada periodo y porque la Administración podrá tramitar contrataciones de urgencia.*
7. *Simplificación de procedimientos para la gestión de las compras públicas mediante solo dos tipos de procedimientos ordinarios (licitación mayor y licitación menor).*
8. *Se modifica la forma de impugnaciones. Fijación de plazo cierto para objetar. Reducción en plazos para resolver. Multas por impugnaciones temerarias.*
9. *Creación de una Rectoría.*
10. *La contratación pública como mecanismo estratégico. Incorporación de cláusulas sociales ambientales y de innovación. Regula a las Pymes buscando su posicionamiento.*
11. *Impulso a la infraestructura pública mediante asociaciones público-privadas. Reforzamiento en materia de planificación. Se podrá contratar para la supervisión del proyecto con el fin de llevar el control de la ejecución.*

12. *Potenciación de diferentes formas y modalidades de contratos. Modalidad de entrega según demanda y la de ejecución por consignación. Regulación de la figura del Convenio Marco para el uso de las economías de escala, incluso para obra pública. Fomento de integración de compras.*

Así las cosas, se emite este criterio dada la solicitud recibida, pero además porque consideramos que esta ley es de carácter transversal que podría eventualmente influir en las relaciones contractuales **de nuestros agremiados con la Administración Pública**, influyendo tanto en factores de forma, como estructurales o de fondo, con altos impactos en la parte económica, ambiental y cultural.

Conviene de previo, indicar que el CFIA no se encuentra sujeto al plazo de ocho días para rendir criterios, estatuido en el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa debido a la naturaleza jurídica que ostenta por ley. No obstante, nos referimos a la mayor brevedad posible.

II. DOCUMENTOS ANALIZADOS:

El presente informe se refiere específicamente a la “Moción de texto sustitutivo” aprobado por la Comisión especial encargada de analizar, estudiar, proponer y dictaminar el Expediente 21.546, según consta en el Acta de la sesión del 26 de junio de 2020, según se puede constatar en la página web oficial de la Asamblea Legislativa.

El contenido de dicho texto sustitutivo se desarrolla en ocho **títulos** de la siguiente manera: El **Título I** abarca disposiciones generales en cinco capítulos, que van del artículo 1 al 30. El **Título II**, contempla aspectos sobre el procedimiento de contratación pública en cuatro capítulos, que van del artículo 31 al 68. En el **Título III** se desarrolla los tipos y modalidades de contrato, consta de nueve capítulos que van del cardinal 69 al 87. El **Título IV** desarrolla el régimen recursivo constante de cuatro capítulos que van del numeral 88 al 101. En el **Título V** se desarrolló la ejecución contractual, en tres capítulos que van del 102 al 119. El **Título VI** regularía el régimen sancionatorio en dos capítulos que irían del ordinal 120 al 129. El **Título VII** normatiza la Rectoría en Contratación Pública, Juntas de Adquisición y Proveedurías Institucionales, consta de tres capítulos, que van del 130 al 134. Y finalmente en el **Título VIII** se dispondría lo que son disposiciones finales en tres capítulos que van del artículo 135 al 138.

El análisis se hace a la luz de la Ley de Contratación Administrativa, no. 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo no. 33411 de 27 de setiembre de 2006 y sus reformas, Constitución Política de la República de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949 y sus reformas (artículo 182), y de la Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos de Costa Rica número 3663 del 10/01/1966 y sus reformas, entre otros.

III. CONTENIDO DEL CRITERIO

Para efectos de orden, se procederá a emitir criterio únicamente respecto al articulado o temas que contempla el proyecto actual que suscitan un especial interés, y sobre aquellas observaciones que fueron contempladas en el informe anterior rendido por este Colegio Profesional, pero que siguen siendo de aplicación:

- Artículo 1, 2 y 3 del proyecto de ley

En lo que interesa el 1 establece:

*“La presente ley resulta de aplicación para **toda la actividad contractual que emplee total o parcialmente fondos públicos. Los sujetos privados que manejen fondos públicos deberán aplicar esta ley, únicamente cuando la contratación se cancele con recursos públicos** y su monto estimado alcance el umbral fijado para la licitación mayor del régimen ordinario. Cuando en esta ley se utilice el término “Administración” o “entidad contratante”, ha de entenderse que corresponde a los sujetos que desarrollan actividad de contratación pública al amparo de la presente ley”.*

Se observa que se eliminó de la redacción del proyecto lo referente a la excepción de aplicabilidad para los “sujetos privados cuyo financiamiento provenga en más de un 50% de recursos públicos”.

Esa propuesta fue modificada a efectos de **aplicar -pareciera- esa ley a todos los entes públicos** sin importar entonces el porcentaje de utilización de fondos públicos, sea que se aplica para toda actividad contractual que emplee total o parcialmente los fondos del Estado.

En cuanto a **los entes privados** establece que **su aplicación pende** de la siguiente hipótesis: cuando la contratación se cancele con recursos públicos **y su monto estimado alcance el umbral fijado para la licitación mayor del régimen ordinario** cuya estimación (inicial) es de ₡285.868.752, (el cual sería actualizado la segunda quincena del mes de diciembre por la CGR).

En lo que nos atañe a este colegio profesional -y en general para todos los órganos de similar naturaleza- debemos indicar que la redacción que se propone en correlación con los artículos 2 y 3, son ciertamente confusos, pues se pretende eliminar la excepción contenida en la ley vigente que dice:

*“Se exceptúan de la aplicación de esta ley, los entes públicos no estatales cuyo financiamiento provenga, en más de un cincuenta por ciento (50%), **de recursos propios, los aportes o las contribuciones de sus agremiados**, y las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público”.*

Con lo anterior, claramente se está abriendo la posibilidad de emplear interpretaciones subjetivas para incluir dentro del ámbito de acción del proyecto en estudio, a las entidades gremiales, obviando, en nuestro caso, la naturaleza de “organismo de carácter público con personería jurídica plena **y patrimonio propio**”, según lo instituyó nuestra ley orgánica en el artículo 2.

Así las cosas, nos oponemos al presente proyecto en el tanto no se establece con claridad que existen agrupaciones gremiales como la nuestra, que debe ser excluida de su ámbito de aplicación por lo expuesto supra, pero además por las siguientes consideraciones:

- La naturaleza de los Colegios Profesionales, podría decirse que es mixta, pero primordialmente se sujeta al derecho privado (así lo ha reconocido mucha doctrina y nuestros Tribunales de Justicia) en lo relativo a personal, contratos, responsabilidades, bienes, funcionamiento financiero y relaciones con terceros. Y es Público únicamente lo relativo a las potestades Administrativas (*de imperio*) dadas expresamente por ley, sea en cuanto al control objetivo de las condiciones de ingreso en la profesión y la potestad disciplinaria sobre sus

miembros, lo cual son funciones netamente de interés público, tal como lo establece el artículo 4 de la Ley Orgánica del CFIA.

- Los Tribunales de este país han establecido que este Colegio cuando tiene relación jurídica entre sujetos, de naturaleza civil o comercial son las reglas de esas disciplinas jurídicas las que imperan y no las del Derecho Administrativo. Para mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, ha subrayado lo siguiente:

“De conformidad con el artículo 1 del Reglamento Interior de Trabajo del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica las relaciones laborales internas se rigen por el artículo 66, 67 y 68 del Código de Trabajo. En consecuencia, la relación de empleo que une a la recurrente con la institución recurrida es una relación de empleo que se rige por el derecho privado. (Véase: Sentencia No. 2004-8094 de 9:46 horas de 23 de julio del 2004).

Lo anterior permite plantearnos la siguiente interrogante: ¿por qué si los salarios de nuestros empleados son cancelados con fondos públicos, no les aplica el régimen público y la consecuente la definición como funcionarios públicos? La respuesta es sencilla, esta institución **paga a sus empleados los salarios con sus propios ingresos**, no son fondos provenientes del Gobierno. Aunado a que las funciones del Colegio son privadas, con las excepciones ya indicadas. Permitir que se pueda interpretar que los fondos de este Colegio son públicos, se contrapone con los fallos de nuestra Sala Constitución -vinculantes- tribunales de justicia y doctrina en general. A nuestro parecer, este proyecto de ley estaría dejando abierta la posibilidad de cambiar la naturaleza misma del Colegio. Y por ello la necesidad de que se excluya expresamente de su ámbito de aplicación.

- En otro caso, al computar el tiempo laborado de un trabajador del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica, para los efectos del otorgamiento de una pensión del Estado, se determinó que este no podía ser cubierto por dicho régimen así:

*"...Este régimen no pudo haber cubierto al accionante, toda vez que **únicamente cubría a los que fuesen funcionarios públicos del Estado y sus instituciones a la citada fecha de promulgación de la ley No. 7013**, o durante su vigencia, lo cual no se verifica en el caso sub júdice, pues para ese momento, el accionante laboraba como empleado del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. Nótese que si bien ese ente profesional se cataloga como una corporación de derecho público o bien, como un ente público no estatal, ello no significa, según opinión de las diversas corrientes imperantes en nuestro medio, que formen parte del Estado o sus instituciones, o lo que es igual, no son administración pública a pesar de constituirse por voluntad legislativa (personalidad jurídica pública), poseer ciertos fines y prerrogativas públicas (administrativas, normativas y disciplinarias) y en consecuencia regirse en ese actuar conforme al derecho público. Las relaciones de empleo entre los trabajadores y el colegio profesional que se trate, son típicamente de derecho privado..." (Ver, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 52 de las diez horas del 14 de febrero de 1996. Ordinario Laboral de R. S. M. contra el Estado) (Lo resaltado en negrilla no es del texto original).*

Entonces para algunas cuestiones, se entendería que este organismo y sus fondos son públicos, pero para cuestiones de beneficios a sus empleados y agremiados no. Lo que se pretende claramente contradice el actual funcionamiento de la organización y la forma en que normalmente se le ha tratado a nivel judicial y doctrinario.

- Así, estas agrupaciones ejercen funciones en nombre del Estado, **solo cuando su función administrativa consiste en fiscalizar que sus agremiados desarrollen su actividad de acuerdo con los parámetros éticos, morales y profesionales que resultan exigibles, en atención al marcado interés público** que existe en la materia, originando, entre ambos, una relación de sujeción especial, tal como lo establece el artículo 4 de la citada ley. Así lo ha avalado nuestro Sistema de Administración de Justicia en la actualidad, ver por ejemplo el voto 00269 – 2018 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

- Siguiendo lo expuesto, se extrae que, si la relación jurídica entre este organismo y un sujeto de derecho es de naturaleza civil o comercial, serán las reglas de estas disciplinas jurídicas las que se apliquen, y no las del Derecho Administrativo. De hecho, así lo asumió la Procuraduría General de la República quien al respecto manifestó que en una contratación de servicios públicos el plazo de prescripción aplicable es el comercial. Ver dictamen C-082-95 de 27 de mayo de 1996 que dispone lo siguiente:

"Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que la prescripción de las facturas por concepto de prestación de los servicios públicos de electricidad, alumbrado público, telecomunicaciones, agua y alcantarillados y distribución de combustibles a granel se rige por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 984 del Código de Comercio. Por consiguiente, las acciones dirigidas a cobrarlas sumas facturadas por concepto del servicio prestado prescriben en cuatro años." Dictamen C-082-95 de 27 de mayo de 1996.

- Por otra parte, si bien esta entidad corporativa siempre inspira sus contrataciones en los principios de la contratación administrativa, reiteramos que los fondos del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos, de acuerdo con el artículo 56 de su Ley Orgánica, **son propios**, que provienen según la ley de:

" ...

- a) Las contribuciones ordinarias y extraordinarias que se impongan a los miembros y a las empresas a que se refiere el artículo 52 de esta ley.*
- b) Las donaciones que se le hagan.*
- c) Las multas que impongan los Tribunales de la República, y que le estén destinados por leyes especiales.*
- d) El producto de un timbre denominado «Timbre de Construcción», que se considerará como un aumento a los honorarios o sueldos de los profesionales que forman el Colegio Federado, separado de aquellos que se fijen de conformidad con lo estipulado por esta ley.*

Queda obligado el Colegio Federado a invertir parte de este patrimonio anualmente en lo establecido en los incisos a), c), d), y g) del artículo 4° de esta ley.

- Asimismo, tal como se ha hecho conocer con anterioridad al ente Contralor en relación con esta temática, el financiamiento del Colegio Federado proviene en más de un cincuenta por ciento (50%), por recursos propios y aportes o contribuciones de los agremiados. Asimismo, el Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos no recibe ningún recurso de la Hacienda Pública. Si existiere alguna duda con relación a lo que se encuentra comprendido dentro del término “Hacienda Pública”, simplemente remitimos a lo que dispone el artículo 8 de la Ley No.7428, el cual dice lo siguiente:

“Artículo 8.-Hacienda Pública ()*

La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan.

El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos,

estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior.

() El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8131 de 18 de setiembre del 2001. LG #198 de 16 de octubre del 2001...*

Nótese que para efectos de “Hacienda Pública”, y en relación con los entes públicos no estatales, **solo cuentan los recursos que son transferidos por medio de normas de presupuesto, y en el caso del CFIA es claro que el mismo no recibe ninguna transferencia bajo ese concepto.** Como se indicó párrafos atrás, los fondos del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos proviene expresamente de lo dispuesto en el artículo 56 de su Ley Orgánica. Así solicitamos formalmente que se excluya a este Colegio en forma expresa del ámbito de aplicación de este proyecto.

- Artículo 3, sobre las excepciones.

Además de todo lo indicado anteriormente, se sugiere contemplar la figura de **obras de mantenimiento** la cual este colegio profesional incluso ha coadyuvado en su regulación para que tales obras omitan, bajo ciertas características, la participación de profesionales en ingeniería o arquitectura por la sencillez y simpleza de su desarrollo, por lo cual es importante contemplarla como una figura de excepción en este artículo por motivos de razonabilidad, celeridad, necesidad y eficiencia.

Lo anterior sin perjuicio, de que la Administración pueda optar por concursar conjuntamente la ejecución y **la conservación de estas** (lo que contempla necesariamente las obras de mantenimiento) a fin de que la obra cumpla con la calidad y el nivel de servicio esperado y contemplado en el pliego de condiciones, según se estatuyó en el numeral 70.

- Artículo 14, sobre las obligaciones de la persona oferente y contratista.

Se recomienda establecer expresamente en este numeral (aunque ya se haya expuesto como principio que rige la materia) la obligación que tiene tanto el oferente como el contratista, de mantener una actuación basada en el principio de integridad en el actuar de las partes, propiciando siempre la buena fe contractual.

- Artículo 36, sobre los umbrales para determinar el procedimiento de contratación.

En lo que interesa el numeral de cita establece:

“...El monto de los umbrales será actualizado por la Contraloría General de la República, en la segunda quincena del mes de diciembre, utilizando el monto de las unidades de desarrollo establecido por el Banco Central de Costa Rica para el quince de diciembre de cada año, y regirán del primero de enero al treinta y uno de diciembre del año siguiente a su publicación. Ante situaciones extraordinarias en las condiciones macroeconómicas del país o en el comportamiento de las compras públicas, la Contraloría General de la República podrá modificar, mediante resolución motivada, los umbrales establecidos en este artículo.”

En esta oportunidad, se debe mantener lo señalado en los informes anteriores, pues en el procedimiento de contratación a lo largo de la práctica jurídica, los umbrales delimitan cuantitativamente la aplicación de cada figura legal en el procedimiento de contratación, por lo que, **se recomienda evitar redacciones amplias que acompañen esos umbrales**, con el fin de evadir interpretaciones erróneas y perjudiciales para sujetos del derecho.

En este sentido, se debe agregar que la norma no es clara respecto a cómo o con qué fines utilizará la Contraloría las unidades de desarrollo, haciendo necesaria una mejor redacción en aras de evitar roces con el principio de seguridad jurídica.

De igual manera, **se recomienda establecer que los umbrales se ajusten mediante acciones automáticas con base en alguna fórmula matemática**, y no a criterios subjetivos de la Contraloría General de la República, o cuando menos establecer el procedimiento correcto para su ajuste

- Artículo 37, sobre la decisión de inicio.

Se mantiene nuestra recomendación de agregar la frase “contar con las previsiones ambientales, según corresponda”, con el fin de hacerlo expreso, aun cuando se entiende que pueda estar normado en otros cuerpos normativos.

- Artículo 40, sobre el contenido del pliego de condiciones.

En lo que es de interés el numeral establece:

*“Contenido. El pliego de condiciones deberá establecer los requisitos de admisibilidad, los parámetros para verificar la calidad y contener un sistema de calificación de ofertas, **siendo posible incorporar factores de evaluación distintos al precio, tales como plazo y calidad que, en principio, deben regularse como requisitos de cumplimiento obligatorio.** La combinación de cláusulas de admisibilidad y de factores de evaluación debe asegurar la adquisición del mejor bien, obra o servicio, al menor precio y con apego al principio del valor por el dinero. En caso de empate, se deberá dar una puntuación adicional a las Pymes, conforme se establezca en el reglamento. Las especificaciones técnicas deberán estar definidas en términos de calidad, desempeño y funcionalidad. Atendiendo a la simplificación de trámites se deberán solicitar los requerimientos que sean indispensables para verificar la idoneidad del eventual contratista. Mediante acto motivado la Administración podrá solicitar las muestras que estime convenientes a fin de verificar la calidad de los bienes ofrecidos y, finalmente entregados”.*

Como regla de principio todo cartel debería ser concreto, objetivo y claro, que no se dé lugar a interpretaciones incompatibles con la lógica de un procedimiento administrativo que sería elegir la mejor oferta. Pues de lo contrario el resultado no sería satisfactorio para la satisfacción del interés general y del interés de la Administración Pública.

En el caso concreto, este numeral sugiere la posibilidad de establecer como único factor para la evaluación de las ofertas “el precio”, lo anterior porque agrega que es “posible” incorporar otros factores distintos, sea no es obligatorio.

Sobre el precio, no se hace la referencia objetiva de cómo se debe analizar o valorar ese factor, en cuanto a la calidad y excelencia del servicio ofrecido.

Lo anterior es preocupante, porque ¿cómo un sistema de evaluación se rige solamente por el precio?

Es decir, el precio que se da podría obedecer a varios factores, desde que la empresa o persona física no comprendió adecuadamente el bien o servicio que se está contratando y sus alcances, hasta que se trata de una persona que por tener un bien o servicio innovador o nuevo en el mercado puede efectivamente ofrecer precios más bajos a los que tradicionalmente ha adquirido la Administración. También podría tratarse de una empresa que quiere dolosamente quedarse con el contrato ofreciendo precios más bajos y así sacar a los competidores del mercado, incluso ofreciendo precios ruinosos, los cuales, de ser adjudicados, posteriormente intentarían ajustarlo amparados al principio de equilibrio económico del contrato, tal y como generalmente ocurre.

Si se da esta posibilidad, ¿cuál sería la fórmula correcta para evaluar adecuadamente al factor precio? Esa metodología debería ser incluida en la regulación a efectos de estandarizar un poco la forma en que las Administraciones evalúan ese factor sin dejarlo abierto a interpretaciones inadecuadas que han generado en la práctica actual cientos de recursos y procedimientos de contratación largos y tediosos.

El hecho de manifestar que “se va a adjudicar a la oferta de menor precio”, trae consigo la problemática -de siempre- de cómo se asignarían los puntos a cada participante por este factor “precio”, entendiendo que si a la oferta de menor precio se le asignan lógicamente la totalidad de los puntos correspondientes al precio (100%), no existe forma de saber cómo se le asignaría a las restantes participantes el porcentaje correspondiente.

Es por lo que, como mínimo, para su correcta evaluación, **se recomienda establecer la necesidad de realizar un estudio o exploración de mercado completo**, y no solamente una comparación entre las cotizaciones del oferente y las compras anteriores de la Administración. Todo para un correcto análisis de “razonabilidad del precio”. Asimismo, **instaurar que una oferta podría ser considerada ruinosa si está por debajo de un porcentaje específico de la partida presupuestaria**, a fin de descalificar válidamente aquellas que no se ajusten a la realidad de mercado.

Bajo la misma línea argumentativa, establecer como único factor el “precio” **deja prácticamente sin relevancia el tema de calidad** de los productos o del servicio que se prestará.

Por ello sería beneficioso para el correcto y buen funcionamiento de la Administración instituir siempre como factores obligatorios (*y no solamente como una posibilidad*) la experiencia, idoneidad y cuestiones académicas, entre otros que se consideren oportunos, para así dar mayor objetividad a la elección del oferente más calificado.

- Artículo 42, sobre el desglose del precio.

Se recomienda hacer un análisis del impacto y el riesgo que podría tener en el procedimiento de contratación el uso de precios ficticios por parte de los oferentes.

- Artículo 43. Sobre el derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

En lo que interesa el artículo establece:

“Solo serán reajustados o revisados los elementos de costo del precio cotizado. Bajo ningún supuesto la utilidad será susceptible de ser reajustada o revisada”.

Impedir la posibilidad de ajustar el precio teniendo como base la utilidad es incorrecto, porque dicho rubro es un componente del costo de la obra.

Incluso, este Colegio Profesional lo incluye como un factor base para el cálculo de honorarios profesionales en el artículo 3 del Arancel de Servicios Profesionales de Consultoría para Edificaciones.

Es decir, si el monto de la obra sube, el monto de la utilidad también sube, afectando directamente los valores del arancel.

- Artículo 44, 45, 46 y 47, sobre la garantía de cumplimiento, sobre las sanciones económicas y sobre la aplicación de multas y cláusulas penales.

Es imperioso y sumamente beneficioso para la Administración **conferir de previo a la emisión de cualquier acto sancionatorio de los contemplados en los numerales 46 (sanciones económicas) y 47 (aplicación de multas y cláusulas penales), un plazo para el descargo o audiencia de defensa, con el fin de que puedan los adjudicatarios referirse a los supuestos incumplimientos, tal y como si lo establece el numeral 45 (para ejecutar la garantía de cumplimiento): “De previo a ejecutar la garantía de cumplimiento, la Administración dará audiencia por cinco días hábiles al contratista, contados a partir de su notificación...”**.

Lo anterior potencia la aplicación de los principios constitucionales del derecho de defensa y debido proceso y contribuye a que el acto administrativo sea debidamente motivado, siendo así, la actuación estaría del todo ajustada a nuestro Estado Social de Derecho.

Además, existe una línea jurisprudencial en materia constitucional que se avoca a que aquella persona que incumple debe recibir el aviso previo de incumplimiento, antes de aplicar la sanción de oficio.

Dar oportunidad de honrar lo que se deba previo a la aplicación inmediata de una medida de carácter sancionatorio, es de acuerdo con la buena marcha de la Administración y a la buena fe contractual.

Así las cosas, se recomienda procurar una redacción con la cual se evite la ejecución automática de las medidas sancionatorias.

Si bien se contempla la posibilidad de recurrir tal decisión, incluir un aviso previo a quien incumple, proporciona una oportunidad de cumplimiento a corto plazo, acorde a lo pactado dentro de un marco nacional e internacional que tiende a solucionar controversias de forma no contenciosa, así como ser garantistas del derecho constitucional establecido en el artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica.

De más relevancia, conviene prestar especial atención a lo siguiente: el artículo 47 refiere al establecimiento de multas y cláusulas penales. Mientras que el 45 regula la posibilidad de ejecutar la garantía de cumplimiento. Y por otro lado el 46, sistematiza las sanciones económicas.

Es imperativo que se diferencie entre la cada una de estas posibilidades, lo anterior porque los 3 numerales refieren en forma simultánea a la imposición de sanciones ante al supuesto de hecho de que el oferente no cumpla o cumpla tardíamente el objeto del contrato, todo lo cual podría interpretarse como una permisión ilegal de sancionar doblemente, contrariando el principio constitucional de non bis in ídem.

- Artículo 56, sobre los requisitos mínimos para el procedimiento de licitación mayor.

Es importante recalcar que cuando hablamos del desarrollo de proyectos constructivos, más si estos son de alta complejidad, se deben cumplir con las previsiones ambientales. Aunque ya el inciso “a” hace referencia al numeral 47 que establece la obligación de cumplir con las guías establecidas por MIDEPLAN, **es importante que expresamente la norma lo contemple -o reitere- y evitar portillos por los cuales el ejecutante pretenda evitar el cumplimiento de las estipulaciones legales en materia ambiental**, tal consideración reforzaría la integración normativa del ordenamiento jurídico costarricense.

- Artículo 70, sobre las etapas de contratación y ciclo de la vida de la obra.

Este cardinal en lo que interesa dispone:

“...En aquellos contratos de obra en los cuales se contrate la supervisión, tal contratista deberá rendir un informe semanal a la Administración respecto a la ejecución del contrato, haciendo ver las medidas correctivas y preventivas que deben adoptarse”.

El numeral abre la posibilidad de contratar a un supervisor de obra pública, quien deberá rendir un informe semanal a la Administración respecto a la ejecución del contrato. Sin embargo, consideramos que sería conveniente establecer este supuesto como un artículo independiente, en donde se establezca la obligación de rendir al menos un informe cada 7 días naturales (para hacerlo

congruente con el reglamento de cuaderno de bitácora para el control de proyectos). Y establecer cuáles serían los presupuestos de su idoneidad y las formas de acreditar la experiencia para efectos de su contratación.

- Artículo 95, sobre las multas por la presentación de recursos temerarios y en general sobre la utilización de los términos que se dirán.

Se recomienda evitar el uso de términos como “temeridad” “mala fe” o “abuso de derechos.” Lo más conveniente es establecer cuáles serían los supuestos de hecho en los que sea posible aplicar multas, con lo anterior se mermaría el alto grado de subjetividad (donde generalmente confluyen el estado de ánimo del funcionario y las relaciones interpersonales) que dejaría la utilización de tales términos.

- Capítulo VII sección I, artículos 81, 82, 83, y 84, sobre Asociación Público-Privada.

En relación con el tema de las asociaciones público-privadas, se reitera que, actualmente existe un proyecto de ley que abarca detalladamente esta figura, por lo que no resulta de beneficio incluirlo en el presente proyecto, con el fin primordial de evitar interpretaciones erróneas y confusas, precisamente por el trabajo importante que la Asamblea Legislativa está haciendo, al promover otra ley especial que regulará ampliamente tal figura jurídica.

- Artículo 110, sobre la recepción de obras públicas.

Se corrobora que en este cardinal ya se tuvo por establecido un plazo de dos meses contados a partir de la recepción provisional para efectuar la definitiva, salvo que el pliego contemple un plazo diferente, lo cual se agradece.

- Artículo 130 y 131 sobre la creación de la “Autoridad de Contratación Pública” y la figura de “Dirección de Contratación Pública”.

En lo que interesa establece:

*“Créase un órgano colegiado denominado Autoridad de Contratación Pública, el cual **estará conformado por el Ministro de Hacienda, quien lo presidirá, el Ministro de Planificación Nacional y Política Económica y el Ministro de Ciencia y Tecnología y Telecomunicaciones.** Las funciones podrán delegarse en los viceministros y la participación no generará dieta alguna. Para el conocimiento de temas específicos, la Autoridad podrá invitar a jefes de otras instituciones públicas, quienes podrán asistir con voz, pero sin voto...”.*

“...f) Administrar los riesgos en materia de contratación pública y adoptar medidas de control que generen valor agregado para mitigarlos...”

Esta organización considera que la creación de una “Autoridad de Contratación Pública” generaría confusión en relación con sus alcances pues eventualmente podría traslapar las funciones y competencias que ejerce la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, lo cual podría generar mucha inseguridad jurídica.

Recordemos que a partir de la entrada en vigor de la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos 8131, esa Dirección se convirtió en el órgano rector del Sistema de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Gobierno Central.

Asimismo, se considera que ya existe en la actualidad distintos Órganos que coadyuvan al tema de fiscalización y construcción de obra pública inclusive.

Por ejemplo, existe un Consejo Nacional de Concesiones adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, integrado por el ministro o la ministra de Obras Públicas y Transportes, de Hacienda, de Planificación y Política Económica, el presidente ejecutivo del Banco Central, entre otros, donde tienen por función velar por la transparencia, oportunidad y legalidad de los actos y procedimientos administrativos que realice la Secretaría Técnica del Consejo, y la aprobación o modificación del cartel de licitación de las concesiones.



Así las cosas, para este Colegio, la creación de una “Autoridad de Contratación Pública” y su “Dirección”, podría eventualmente resultar innecesario. En su lugar, se recomienda potencializar y reforzar los Órganos que existen hoy, evitando así la necesidad de invertir más presupuesto en infraestructura (para la ubicación de estas nuevas dependencias) y salarios públicos (del personal que necesariamente se requerirá).

Se deja así rendida la opinión de este Colegio Profesional,

Atentamente,

COLEGIO FEDERADO DE INGENIEROS Y DE ARQUITECTOS

Ing. Olman Vargas Zeledón

Director Ejecutivo