

Cartago 08 de julio 2020

GG-AJ-254-2020

**Señores(as)
Junta Directiva
JASEC
Presente**

Ref: Revisión del proyecto de Ley de Contratación Pública Expediente N° 21.546

Estimados(as) Señores(as):

De una revisión integral del proyecto de Ley remitido para revisión se tienen y realizan las siguientes observaciones, las cuales son criterio de la Asesoría Jurídica Institucional, el cual como lo indica la Procuraduría General de la República es un criterio consultivo no vinculante.

Observaciones:

La presente ley tiene la diferencia evidente de su ámbito de aplicación ya que se basa en la aplicación a toda actividad comercial en la que se empleen fondos públicos, ya es indiferente la institución que contrate y su régimen regulatorio.

Observaciones a artículos específicos:

Artículo 6: La potestad de fiscalización de la Contraloría debe de limitarse y ser muy específicos, establecer un plazo de prescripción de la misma limitado a un transcurso de tiempo y no a cuando la Contraloría fiscalice posteriormente y determine que hay un aparente error, vicio o falta, sino más bien que ejerza una fiscalización efectiva y en tiempo y no que se convierta en una potestad perpetua y sin límites.

Artículo 9: Dicho numeral no es claro en su redacción y debido a lo anterior deja abierta la posibilidad a que la Contraloría o autoridades nuevas de contratación pública fiscalicen de forma subjetiva y no sometida a plazos. Dicho artículo de igual forma es contrario a lo que se regula en el Capítulo 9 del Tratado de Libre Comercio firmado entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, ya que en dicho capítulo se establecen procedimientos y plazos específicos que se deben de respetar y cumplir, lo cual no contempla el artículo 9 del proyecto.



Artículo 16: Se debe regular que el sistema unificado de compras es de uso obligatorio también para las nuevas autoridades de contratación pública así como para todos los tramites de contratación administrativa que realice la Contraloría General de la Republica, dado que actualmente la Contraloría exige su utilización pero esa misma institución no la utiliza para resolver recursos ni de objeción al cartel, ni emitir refrendo ni resolver recursos de apelación.

Artículo 17: El catalogo y banco de precio indicado y requerido en dicho numeral debería de ser el insumo principal para estudios de mercado y de razonabilidad de precios, dado que al ser el catalogo que consta en el sistema unificado y dicho sistema es de uso obligatorio se debería tener como insumo principal y no solo como una variable mas como actualmente lo regula. Se debe valorar que en dicho catalogo estarán todos los proveedores debidamente inscritos y además que favorece los principios de transparencia, eficiencia y eficacia y facilita la fiscalización posterior de los entes rectores de contratación administrativa.

Artículo 34: La base de datos exclusiva para el estudio de mercado y precios de referencia debería ser el catalogo y banco de precios regulado en el numeral 17 del proyecto de ley, dado que es la información que va a constar dentro del sistema unificado de compras públicas y no se podría contratar con proveedores que no estén inscritos. Se podría incluir que se utilicen procesos de contratación pública de la misma institución ejecutados en un plazo no mayor de dos años anteriores al inicio de la nueva contratación y talvez un plazo más amplio para obra pública. Se podría permitir cotizaciones externas y como una variable más, pero de forma excepcional. Además, que favorece los principios de transparencia, eficiencia y eficacia y facilita la fiscalización posterior de los entes rectores de contratación administrativa. Se tiene la experiencia que los proveedores no facilitan precios ni detalles solo por una solicitud, dado que alegan que la competencia puede ver la información. En caso de que se mantenga la redacción planteada se debe de agregar que la información que surja del estudio de mercado y precios de referencia debería declararse confidencial hasta el momento de la apertura de ofertas para no causar ventajas indebidas o favorecimiento a algún futuro oferente.

Artículo 45: Este numeral regula el procedimiento de ejecución de la garantía de cumplimiento, por experiencias con la Ley de Contratación Administrativa, su reglamento y la otra normativa especial vigente y los procedimientos para resolución contractual e imposición de multas, se debe analizar si puede encontrarse ante un procedimiento que no sea tan garante del debido proceso como los es el procedimiento ordinario o sumario de la Ley General de Administración Publica, por lo que podría considerarse una consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional de previo a la aprobación del proyecto de ley.

Artículo 47: Para la aplicación de multas y clausulas penales se debe de considerar lo ya resuelto e indicado en diferentes ocasiones por la Sala Constitucional al respecto, su aplicación automática, como demostrarlas, los informes técnicos que deben de sustentar dichas multas ya sea en el cartel o de previo al mismo, lo anterior para evitar posibles inconstitucionalidades u otros reclamos judiciales.



Artículo 48: Se recomienda eliminar el párrafo final dado que el sistema unificado de compras será de uso obligatorio y se requiere firma digital para poder ingresar al sistema. Si se utiliza otra figura se debe de regular de forma expresa como se validarán los actos.

Artículo 49: Se limita enormemente la subcontratación considerando las derogatorias de la Ley 8660 y de la normativa especial aplicable al sector en competencia, por lo que se recomienda analizar esos puntos para flexibilizar un poco para contrataciones en mercado en competencia, puede ser una gran limitante para ese sector.

Artículo 50: El artículo de subsanación y aclaraciones es omiso en muchos puntos sobre qué factores son o no subsanables, los plazos de subsanación que debería de predominar los criterios reiterados de la Contraloría que es hasta antes de haberse emitido el informe técnico (R-DCA-075-2008), no regula tampoco la cantidad de subsanaciones que puede realizar o solicitar la Administración o de forma oficiosa el oferente realizarlas. Queda abierto a interpretación subjetiva de los entes rectores de contratación administrativa.

Artículo 55 y Capítulo VII Sección I: Entra a regular de forma expresa que la APP deben de tramitarse por licitación mayor, siempre que se desembolsen recursos públicos. Es una figura que debería de analizarse si se requiere que se tramite por contratación administrativa o si se puede regular como una figura especial de mayor flexibilización para desarrollo e inversión pública. Va a limitar aún más el desarrollo del país y más aún en los sectores de competencia dado que los privados no tienen las limitaciones de los procesos de contratación pública.

Artículo 56: Inciso b) del artículo es contrario al numeral 38 del mismo proyecto de ley dado que indica que se puede iniciar el proceso de contratación sin contenido presupuestario pero que para la adjudicación se requiere del mismo. Así lo estipula actualmente la Ley 8660 y el Decreto 35148- MINAE.

Artículo 61: Inciso b) del artículo es contrario al numeral 38 del mismo proyecto de ley dado que indica que se puede iniciar el proceso de contratación sin contenido presupuestario pero que para la adjudicación se requiere del mismo. Así lo estipula actualmente la Ley 8660 y el Decreto 35148- MINAE.

Artículo 63: Inciso b) del artículo es contrario al numeral 38 del mismo proyecto de ley dado que indica que se puede iniciar el proceso de contratación sin contenido presupuestario pero que para la adjudicación se requiere del mismo. Así lo estipula actualmente la Ley 8660 y el Decreto 35148- MINAE.

Artículo 65: No se aclara ni se puntualiza que son bienes y servicios comunes y estandarizados, queda a interpretación subjetiva. Se debería aclarar concepto.

Artículo 66: Se refiere a las contrataciones de urgencia pero por la redacción del artículo se podrían incluir hasta eventuales faltas de planificación aunque la Contraloría ya ha indicado en diversos criterios que no es así, pero al indicar el numeral la frase



“independientemente de las causas que la originaron” se podría interpretar que es permitido.

Artículo 68: El artículo se titula como “Procedimiento especial para la adquisición de bienes, obras y servicios destinados a prestar los servicios de telecomunicaciones y de seguros en competencia.” pero en su texto únicamente incluye al ICE y al INS, deja por fuera a todas las demás empresas públicas del sector telecomunicaciones incluyendo el resto del Grupo ICE dado que la redacción únicamente indica ICE. Sucede lo mismo que con la ley 8660 que el título de fortalecimiento de las entidades públicas del sector telecomunicaciones no coincide con la redacción de la norma dado que la totalidad de la misma es solo aplicable al Grupo ICE y deja por fuera a todas las demás instituciones públicas que ingresaron a dicho mercado en competencia. Se debe velar por incluir a JASEC y la institución como tal debe de tener una posición más proactiva respecto a la participación en proyectos de ley. De igual forma el procedimiento establecido es muy limitante dado que el plazo de recepción de ofertas es casi el mismo de la licitación mayor, y lo único que se elimina es la posibilidad del recurso de apelación ante la Contraloría.

El inciso a) de dicho numeral es contrario a lo regulado en el numeral 38.

El inciso b) se refiere a oferentes idóneos pero no sugiere ni regula como se escogen, por lo que para fiscalizaciones posteriores los criterios que se pueden utilizar para determinar si es idóneo o no su valoración puede ser subjetiva afectando la transparencia del proceso de compra.

Se limita el régimen recursivo a solo revocatoria pero no se incluye que si se presenta apelación se estaría ante un uso inadecuado del régimen recursivo para limitarlo definitivamente, por lo que eventualmente podría suceder que se presente y se debe suspender la adjudicación hasta que la Contraloría resuelva sobre su admisibilidad. Debe limitarse y regularse de forma expresa. Aplicación de artículos 95 y 96.

Artículo 77: No es claro cómo definir esa compatibilidad con la naturaleza del fideicomiso público para la aplicación supletoria del Código de Comercio, quien lo define o que parámetros se siguen? El fideicomiso público se considera endeudamiento para la empresa, según las nuevas políticas y límites de endeudamiento?

Artículo 95: Surge la duda de la redacción del artículo como se determina esa temeridad? No se indican parámetros base. No se indica de forma expresa como se llega al análisis de los porcentajes de sanción y si los mismos son proporcionales y razonables ya que se trata solamente del ejercicio de un eventual derecho de forma incorrecta. Se tiene los precedentes del cálculo y justificación de los porcentajes de multas y clausula penal que la Sala Constitucional ha indicado que debe constar un análisis motivado que sustente el cálculo respectivo. Puede ser un artículo con roces constitucionales o ilegales se debe analizar su viabilidad. Debemos recordar que, si bien estamos en temas de contratación pública, el principio de legalidad impera así como el derecho administrativo y los elementos esenciales del acto administrativo.



No regula ante que instancias se puede presentar el régimen recursivo regulado, si es ante la Contraloría quien resuelve la apelación. ¿La resolución final agota vía administrativa?

Artículo 99: Se recomienda revisar los plazos de actuación y resolución de la Contraloría General, así como los plazos de interposición de recursos para hacer más expedito el trámite. Se recomienda establecer un plazo de 5 días hábiles para interponerlo y el plazo para resolver un máximo de 15 días hábiles para la CGR o igualar plazo al de la Administración para la revocatoria, lo único que cambia es el nombre del recurso pero por forma y fondo se analiza el mismo punto. El punto de fondo de la reforma es la celeridad, transparencia, eficiencia y eficacia de la contratación administrativa.

El plazo para análisis de admisibilidad debería ser de 5 días y que la Contraloría comunique y resuelva sobre la admisibilidad e improcedencia manifiesta en ese plazo de 5 días hábiles sin necesidad de dar audiencia a la administración. Si se da audiencia es para resolver por el fondo sin que se utilice el plazo de resolución por el fondo para al final rechazar por inadmisibilidad o improcedencia. Incluir que si no se cumplen plazos hay responsabilidad de los funcionarios. Así se regula actualmente en el Decreto 35148- MINAE artículos 158-160.

Se podrían diferenciar plazos de obra pública a otro tipo de contrataciones al igual que lo hace el actual reglamento de refrendos y este mismo proyecto que diferencia en ese sentido.

Eliminar prorrogas de plazos.

Artículo 101: Reducir los plazos de interposición a 3 días y plazo similar para resolver admisibilidad e procedencia del recurso. Eliminar prorrogas de plazos. Ver otros comentarios del artículo 99 aplicables.

Artículo 103: Se debe analizar la modificación unilateral para las contrataciones realizadas aplicando el numeral 68 del presente proyecto de ley. El mercado en competencia requiere de más apertura y flexibilización.

Artículo 105: No indica como se llega a determinar que la contratación es irregular, si se hace una investigación previa, un informe o procedimiento administrativo. **Existe una acción de inconstitucionalidad en trámite en contra de los artículos actuales que regulan la contratación irregular o deber de verificación que podría afectar este artículo a futuro ya que la redacción es idéntica.**

Artículo 107: Se recomienda disminuir el plazo para solicitar las prórrogas a 5 días hábiles.

Artículos 108 y 109: Se debe incluir la potestad fiscalizadora de la Contraloría y su limitación a ese plazo de prescripción de responsabilidad.

Los funcionarios que emiten refrendos por parte de la Contraloría deben de ser incluidos dentro de los funcionarios que asumen responsabilidad por sus actos de refrendo, ya que actualmente refrendan pero no asumen responsabilidades por esa actuación difiriendo la

aplicación de la regulación cuando el refrendo lo da la Asesoría Legal interna actuando con competencia delegada de la Contraloría.

Artículo 114: Regula la figura de la caducidad. Se debe incorporar que si la caducidad se da por inacción de la Administración debe de haber responsabilidad administrativa.

Artículo 116: Regula procedimiento de resolución contractual. Anteriormente la Sala Constitucional había anulado el procedimiento estipulado en normativas anteriores, se debería de remitir a utilizar el procedimiento ordinario de la Ley General de Administración Pública.

Artículo 119: Respecto al tema del Comité de Expertos no se establecen cuáles son los atestados de los mismos y la preparación que deben de tener, tampoco menciona si pueden ser funcionarios de la Administración o si deben ser externos. En el caso de que sean externos alguna autoridad, dirección, la Contraloría o en el sistema unificado de compras tendrán alguna base de datos de expertos y sus posibles honorarios dado que si se incluye este tipo de resolución de controversias se debe de incorporar la opción en el pliego de condiciones y los costos aproximados son compartidos por los contratantes por que es un gasto que eventualmente las partes deben de considerar en sus presupuestos.

Parece que este numeral en lugar de mejorar y aportar al a regulación causa más gastos innecesarios a la Administración. Se debería de remitir a la aplicación de la Ley de resolución alterna de conflictos ya vigente.

Artículos 123 y 129: Se debería de aplicar el procedimiento ordinario de la Ley General de Administración Pública.

En el párrafo segundo del numeral 129 se indica lo siguiente: “En caso de que el procedimiento lo tramite la Contraloría General de la República, aplicará su propia normativa” Dicha frase no es de recibo y debe eliminarse, ya que la relación de empleo público la tiene el funcionario con la empresa en la que labora y aunque la Contraloría sea el ente fiscalizador, se debe respetar la relación laboral existente entre patrono y trabajador y ajustarse a la normativa ya sea de esta ley, el procedimiento ordinario o el procedimiento ordinario de la Ley General de Administración Pública.

Artículo 127: Debe indicarse de forma expresa en el párrafo final que la responsabilidad de funcionario prescribe a los 5 años contados a partir del acaecimiento del hecho y ese plazo es aplicable aun para la potestad fiscalizadora de la Contraloría.

Artículos 130 y 131: No se indica si la Autoridad y Dirección de Contratación Pública tendrán potestad fiscalizadora sobre la Contraloría General de la Republica en todas sus actuaciones.



JASEC®

Comentarios finales:

De la revisión y estudio de la normativa se evidencia que la misma adolece de muchas falencias respecto a regulaciones claras y puntuales en diversos temas tales como ofertas en consorcio, ofertas en conjunto, aspectos subsanables, temas de referendos, no define nada sobre cumplimiento de declaraciones juradas de CCSS, impuestos, aplicación de incoterms 2020, entre otros.

Se supondría que el fin de una nueva regulación en la materia, no debe tener como único fin el simplificar la regulación o el agruparla toda en un solo cuerpo normativa eliminando y derogando normas especiales, sino que debe tener un fin integral, que sería mejorar y brindar celeridad a los procesos, lo cual es evidente que con el proyecto propuesto no se logra, lo anterior se evidencia con solo los plazos para resolver recursos de apelación que tiene la Contraloría General de la Republica el cual es de casi dos meses.

El fin de unificación del ordenamiento en materia de contratación pública tampoco se satisface ya que deroga parcialmente algunas normas y deja vigentes otras como el Decreto 35148-MINAE, no reforma la ley de JASEC, no incluye instituciones como JASEC en el numeral 68, no deroga el Reglamento de referendos emitido por la Contraloría el cual debería de incluirse dentro de la presente ley ya que es una parte muy relevante dentro del proceso de contratación pública, no hace mención tampoco a la reciente ley 9665 la cual debería de derogarse también.

Se debería de promover paralelamente una reforma a la Ley Orgánica de la Contraloría y eliminar la competencia de la misma para regular procedimientos a través de reglamentos, por ejemplo, el reglamento de referendos que es aplicable a todo el sector público y ahora con esta nueva ley a todos los que reciban y ejecuten fondos públicos y unificar todo el tramite a través del presente proyecto de ley.

También paralelamente debería de buscar la reforma integral de la Ley 8660 y hacerla de aplicación efectiva para todas las entidades del sector público de telecomunicaciones ya que con la redacción actual el alcance no da para aplicarla más que al ICE y su conglomerado.

Atentamente,

Lic. Jorge López Murillo
Abogado
Asesoría Jurídica Institucional
JASEC