

08 de junio de 2020  
SENARA-GG-0498-2020

Noemy Montero Guerrero  
Jefa de Área Comisiones Legislativas I  
Departamento Comisiones Legislativas  
Asamblea Legislativa

**ASUNTO:** Comisión Especial N° 21563.

Estimada señora:

En atención a la solicitud realizada mediante Oficio CE 21.546- 327-2020, con fecha 29 de Junio del 2020, se remiten las observaciones realizadas al Expediente N° 21.546 “Ley General de Contratación Pública”.

**a) ARTÍCULO 3:**

La propuesta de ley dispone:

**Artículo 3.- Excepciones.** *Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades:*

- a) La actividad contractual sometida a un procedimiento especial de contratación, en virtud de acuerdos internacionales aprobados por la Asamblea Legislativa.*
- b) La actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, cuando el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar. Para recurrir a esta excepción debe quedar acreditado en el expediente electrónico la idoneidad del ente público que se pretende contratar, debiendo éste realizar al menos un 70% de la prestación del objeto contractual. Las contrataciones con terceros por parte del ente público contratado deberán estar referidas a cuestiones especializadas y observar los procedimientos establecidos en la presente ley. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley.*
- c) Cuando se determine que existe un proveedor único, lo cual deberá estar precedido tanto de una verificación en el sistema digital unificado que así lo acredite, como de un estudio de mercado, y de una invitación que debe ser realizada en dicho sistema por el plazo mínimo de tres días hábiles a fin de conocer si existe más de un*



*potencial oferente para proveer el objeto contractual, y verificar así la unicidad. De existir más de un eventual proveedor, se deberá realizar el procedimiento correspondiente. Para el uso de esta excepción no se podrán alegar razones de conveniencia, ya que sólo es posible utilizarla una vez comprobada la unicidad. No se considerará proveedor único, entre otros, el desarrollo de sistemas de información ni la adquisición de partes de tecnología que se agreguen a una existente, cuando aquélla haya cumplido su vida útil.*

- d) El patrocinio, y la contratación de medios de comunicación social vinculados con la gestión institucional, lo que no incluye la contratación de agencias de publicidad para realizar campañas publicitarias.*
- e) Contratación de capacitación abierta entendida como aquella donde media invitación al público en general.*
- f) La contratación de numerario por parte del Banco Central de Costa Rica. Para ello, el Banco deberá definir los mecanismos de control interno pertinentes que garanticen la seguridad de la compra.*
- g) Las compras realizadas con fondos de caja chica, siempre y cuando no excedan de los límites económicos fijados para la licitación reducida, conforme lo disponga el reglamento a esta ley.*
- h) Las alianzas estratégicas autorizadas mediante ley, con el fin de lograr ventajas competitivas, todo de acuerdo con el giro de negocio de cada parte. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley.*

*Por reglamento no podrán crearse nuevas excepciones.*

**a.1. INCISO B:**

En cuanto al inciso b, resulta atinada la inclusión del 70% por cuanto algunas empresas públicas procuran el empleo de esta posibilidad de contratación directa para ganar contratos y luego subcontratan con alguna sociedad propia o con terceros la prestación del servicio contratado, entonces realmente quien ejecuta no es quien tiene la experticia para ello.

**a.2. INCISO C:**

El tema del proveedor único es ampliado en cuanto a la delimitación de cuando procede la contratación lo que es acertado y necesario en aras de procurar una objetivización de las actuaciones administrativas.



**a.3. INCISO D:**

No se extrae la pertinencia de que el patrocinio y la contratación de medios de comunicación social vinculados con la gestión institucional, se exceptúen de los procedimientos, sería distinto aquellas contrataciones para pautas publicitarias en actividades de bien social, más la simple publicidad de los entes públicos debe de tramitarse mediante los mecanismos de contratación que garanticen la libre competencia, el trato igualitario entre oferentes.

**a.4. INCISO F:**

Con respecto a la adquisición de numerario por parte del Banco Central de Costa Rica. Es un objeto contractual de evidente interés público y de seguridad nacional. Hay un voto de la Sala Constitucional N° 6754-98, que así lo señala, donde la contratación de numerario está rodeada de seguridades extremas, seguridades calificadas en resguardo del orden público y resulta pertinente su inclusión dentro de las materias exceptuadas.

**b) ARTÍCULO 8**

La propuesta de ley enuncia una serie de principios que venían siendo reconocidos jurisprudencialmente por el ente contralor y que no se esbozaban expresamente en la normativa actual vigente, los principios resultan atinados y ajustados a la realidad nacional.

La norma se lee de la siguiente manera:

**Artículo 8.- Principios generales.** *Los principios generales de la contratación pública rigen transversalmente en toda la actividad contractual en que medie el empleo de fondos públicos y durante todo el ciclo de la compra pública.*

*Los principios que informan la contratación pública son los siguientes:*

- a) Principio de integridad. La conducta de todos los sujetos que intervengan en la actividad de contratación en la que medien fondos públicos se ajustará al cumplimiento de las normas y valores éticos, entre ellos, la honestidad, la buena fe, la responsabilidad y el respeto; prevaleciendo en todo momento el interés público.*
- b) Principio de valor por el dinero. Toda contratación pública debe estar orientada a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones, de tal forma que se realicen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad.*



- c) *Principio de transparencia. Todos los actos que se emitan con ocasión de la actividad de contratación pública, deben ser accesibles de manera libre e igualitaria por parte de los intervinientes y de cualquier interesado. La información que se ponga a disposición debe ser cierta, precisa, oportuna, clara y consistente. Se exceptiona del libre acceso, la información que se determine confidencial según el ordenamiento jurídico, para lo cual deberá existir un acto motivado.*
- d) *Principio de sostenibilidad social y ambiental: Las acciones que se realicen en los procedimientos de contratación pública, obedecerán en la medida en que resulte posible, a criterios que permitan la protección medioambiental, social y el desarrollo humano.*
- e) *Principios de eficacia y eficiencia. El uso de los fondos y bienes públicos y la conducta de todos los sujetos que intervienen en la actividad de compras públicas deben responder al cumplimiento de los fines, metas y objetivos institucionales y a la satisfacción del interés público.*
- f) *En todas las etapas del procedimiento de compra prevalecerá el contenido sobre la forma y se favorecerá la conservación de los actos. Los defectos subsanables y los incumplimientos intrascendentes no descalificarán la oferta que los contenga.*
- g) *Principio de igualdad y libre concurrencia. En los procedimientos de contratación pública se dará un trato igualitario a todos los oferentes, se procurará la más amplia competencia y se invitará a potenciales oferentes idóneos. No se podrán establecer restricciones injustificadas a la libre participación.*
- h) *Principio de la vigencia tecnológica: El objeto de la contratación debe reunir exigencias de calidad y actualización tecnológica que obedezcan a avances científicos contemporáneos, de conformidad con las necesidades y posibilidades de la entidad contratante.*

### **c) ARTÍCULO 15**

El artículo 15 nuevamente recoge criterios esgrimidos por el ente contralor desde hace más de 10 años en torno a la posibilidad de que la información en un concurso no sea considerada como publica en su totalidad. Así se estipula la excepción a la publicidad de la información como un aspecto normado en la presente ley.



**“Artículo 15.- Excepción a la publicidad de la información.** En caso de que un participante considere que existe información confidencial, así deberá indicarlo de modo expreso en el sistema digital unificado, al momento mismo de presentar o facilitar la documentación, haciendo señalamiento claro de los folios o archivos que estima confidenciales y de los motivos y su sustento jurídico

Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la advertencia de confidencialidad, mediante acto motivado suscrito por funcionario competente y con apego al principio de transparencia, la Administración deberá señalar si procede o no la declaratoria de confidencialidad y en caso de que así proceda, realizará un resumen del contenido de los documentos sin revelar los aspectos confidenciales e indicará por cuánto plazo ha de mantenerse ésta. Durante el lapso de los cinco días antes señalado, la información se tendrá como confidencial.

#### **d) ARTÍCULO 20**

Esta norma presenta las funciones de una Autoridad de Contratación Pública, inexistente en la Ley de Contratación Administrativa actual y necesaria en aras de que las compras públicas se realicen en el marco de cumplimiento o satisfacción de las políticas públicas..

*Artículo 20.- Compra pública estratégica. Las contrataciones públicas servirán a la consolidación de políticas públicas tendientes al desarrollo social y a la promoción económica de sectores vulnerables, a la protección ambiental y al fomento de la innovación.*

*La Autoridad de Contratación Pública definirá la política pública, incorporando los planes de acción y los indicadores de medición, en la que se establezca la posibilidad de incluir reservas para las PYME por objeto y por regiones, así como para fomentar la participación de grupos sociales en condiciones de vulnerabilidad, la protección al ambiente y el estímulo a la innovación.*

*La actividad contractual en que medien fondos públicos se definirá y desarrollará bajo la concepción de compra pública estratégica, reconociendo su carácter instrumental para el progreso económico y social y el bienestar general.*



**e) ARTÍCULO 29**

Se pretende regular con especial detenimiento lo atinente a las declaraciones juradas y la falsedad de estas, más la norma, no es completa se haya vacía en lo medular, en el tanto no soluciona el problema real de la Administración, generado cuando en un concurso público un oferente aporta información falsa con el fin de sacar algún provecho para sí. Al final la consecuencia será más que el proseguir la causa penal, más es difícil que la consecuencia de la exclusión del concurso de llegarse a acreditar la falsedad en etapa de ejecución se dé, dada la mora judicial existente. Entonces pues al final la norma se presenta como insulsa, insuficiente para resolver el problema real.

**Artículo 29.- Declaración Jurada.** *Todo interesado en participar como oferente o como subcontratista en cualquier procedimiento de contratación pública, deberá rendir una declaración jurada, por una única vez, sobre los siguientes aspectos:*

*a) Que no se encuentra sujeto a ninguna de las causales de prohibición establecidas en esta ley,*

*b) Que en caso de encontrarse en alguno de los supuestos de prohibición regulados en los incisos j) y k) del artículo anterior, cumple con alguno de los supuestos de desafectación establecidos en el artículo siguiente de la presente ley.*

*c) Tratándose de personas jurídicas deberán indicar en la declaración jurada la naturaleza y propiedad de las acciones.*

*Si se faltare a la verdad en la declaración jurada, tal hecho dará lugar al delito de perjurio regulado en el artículo 318 del Código Penal.*

*De previo a la participación en todo procedimiento de contratación pública, la declaración jurada deberá formar parte del Registro de Proveedores que conformará la Dirección de Contratación Pública, el cual será de acceso público y estará disponible para su consulta y verificación por parte de cualquier interesado a través del sistema digital unificado.*

*La Declaración Jurada se deberá rendir solamente una vez. Para poder participar en los procedimientos de contratación pública, es deber de los oferentes, contratistas y subcontratistas mantenerla actualizada. De generarse cualquier variación a los términos consignados en la declaración que consta en el registro, deberán rendir oportunamente una nueva que deberá constar en el*



*sistema digital unificado a efectos de que la información sea completa, actual y fidedigna. En todos los concursos en que presenten sus propuestas, los oferentes y subcontratistas deberán manifestar expresamente en su oferta que la información contenida en la Declaración Jurada presentada en el registro que al efecto lleve la Dirección de Contratación Pública se mantiene invariable. Cualquier violación debidamente acreditada a la presente norma, generará la exclusión de la oferta del procedimiento y la resolución del contrato si se detecta en la fase de ejecución, así como la imposición de la sanción prevista en el artículo 121, incisos c) y h) y las sanciones penales indicadas en la presente ley.*

f) **ARTÍCULO 41**

Este artículo establece la posibilidad de adjudicar pese a existir dudas sobre la razonabilidad del precio ofertado, siendo una progresión en cuanto a la posibilidad de poder satisfacer el interés público.

Asimismo en sintonía al principio de valor por el dinero, se establece la posibilidad legal de que la Administración licitante limite el monto mínimo o máximo de utilidad admitido en un concurso público.

Así la norma señala:

**“Artículo 41.- Precio.** *El precio deberá ser cierto y definitivo, sin perjuicio de eventuales reajustes o revisiones. Será posible mejorar los precios cotizados de conformidad con lo que disponga el reglamento a esta ley.*

*Los oferentes podrán cotizar en cualquier moneda. En caso de recibir propuestas en distintas monedas, se deberán convertir a una misma para efectos de comparación, aplicando las reglas previstas en el pliego de condiciones o en su defecto al tipo de cambio de referencia para la venta, calculado por el Banco Central de Costa Rica, vigente al momento de la apertura de las ofertas.*

*En todos los casos la Administración debe realizar un estudio de razonabilidad del precio.*



*En el supuesto de que la Administración presente dudas acerca de la razonabilidad del precio de una oferta, podrá adjudicarle siempre y cuando no contenga ningún vicio grave y el oferente presente de previo a la adjudicación una línea de crédito o garantía que asegure que cuenta con medios para cumplir con el bien, obra o servicio, sin que la Administración cancele un mayor precio que el cotizado.*

*El pago podrá realizarse en la moneda fijada en la contratación o bien en colones costarricenses, salvo lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley N° 7558, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.*

*El oferente podrá ofrecer descuentos y mejoras en su precio. Bajo ningún supuesto la mejora implicará disminución de cantidades, desmejora de la calidad y condiciones de lo originalmente ofrecido o el otorgamiento de una ventaja indebida para el proponente, ni podrá ser mayor a la utilidad establecida en el precio original.*

*El pliego de condiciones podrá establecer un porcentaje de utilidad mínimo o máximo, previo acto motivado.*

#### **g) ARTÍCULO 50**

Este artículo propuesto es una clara manifestación del respeto y potenciamiento del principio de eficiencia en la contratación pública, pues incorpora una modificación sustantiva en el proceso de valoración de las ofertas, de la determinación de elegibilidad de un oferente. Es así como se elimina el criterio que se viene utilizando que dispone la posibilidad de subsanar un vicio siempre y cuando no afecte alguno de los elementos esenciales de la contratación.

La norma planteada dispone la posibilidad de subsanar bajo la única limitante de que no confiera ventaja indebida al oferente. Es así como, el aspecto a considerar de frente a la posibilidad de subsanar será solamente si se confiere o no una ventaja indebida al admitir el subsane. Veamos que nos presenta la propuesta:

*Artículo 50.- Subsanación y aclaración de ofertas. Podrán ser susceptibles de subsanación los defectos que contenga una oferta, siempre y cuando con ello no se otorgue una ventaja indebida.*

*Una vez emitidos los estudios de ofertas, la Administración consolidará los defectos advertidos en cada uno de ellos y dará una única prevención por un*





*plazo razonable para que el oferente subsane o aclare su oferta, bajo pena de caducidad. En el mismo plazo concedido el oferente deberá subsanar o aclarar aquellos extremos no prevenidos por la Administración.*

#### **h) ARTÍCULO 53**

Este artículo recoge esa necesidad expresada por años en las instituciones públicas, cual es la de poder readjudicar un contrato resuelto, sin necesidad de tramitar un nuevo concurso, esto en aras de poder satisfacer el interés público, sin dilaciones innecesarias.

*Artículo 53.- Nueva adjudicación en suministros y servicios. Cuando el contrato de suministro de bienes o servicios deba ser resuelto según lo establecido en los artículos 115 y 116 de la presente ley, la Administración podrá contratar al oferente elegible que se encuentra en el segundo lugar de acuerdo con los criterios de evaluación del concurso, con el fin de que se continúe con la prestación de los suministros de bienes o el servicio por el plazo que le resta al contrato inicial y no se afecte el fin público. Si el segundo lugar no aceptara o existiera alguna imposibilidad para que la Administración lo contrate, podrá recurrir a los sucesivos oferentes en orden descendente según la puntuación obtenida.*

*Para aplicar esta figura, la Administración deberá haber evaluado previamente a todas las ofertas presentadas al concurso y haberles designado una calificación según los criterios de evaluación establecidos en el pliego de condiciones.*

#### **i) ARTÍCULO 57**

La norma recoge instrumentos de contratación que internacionalmente son utilizados y que en la práctica se venían dando con esquemas semejantes. Es así como se dispone en este marco legal la licitación mayor con financiamiento. Se hace la acotación que la nomenclatura de los concursos varía desapareciendo las denominaciones de licitación pública, abreviada y directa para ceder ante lo que se llamará licitación mayor, menor y reducida.

La norma de comentario dispone:

*Artículo 57.- Licitación mayor con financiamiento. La Administración podrá utilizar la licitación con financiamiento con ocasión de la tramitación de una*



*licitación mayor cuando, dentro de las condiciones generales del concurso requiera el otorgamiento, por cuenta o gestión del contratista, de una línea de crédito para respaldar los gastos derivados de la contratación. En esos supuestos, la exigencia de contenido presupuestario se reducirá a proveer fondos suficientes para enfrentar los pagos por amortización e intereses, gastos conexos derivados del financiamiento y a prever la incorporación en los futuros presupuestos de las partidas necesarias para la atención del crédito.*

*De previo al inicio de la licitación, la Administración deberá obtener las autorizaciones y demás requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para el endeudamiento y para el empleo de este mecanismo.*

**j) Artículo 70**

A lo largo de los últimos años se ha procurado la democratización en las licitaciones públicas, con el fin de obtener una mayor pluralidad de oferentes y contratistas, una mejor oferta de servicios y una disminución de costos, no obstante la norma propuesta, presenta vía legal una posibilidad de contratar conjuntamente distintos objetos, lo que preocupa por cuanto limitará la democratización en los concursos públicos, pues de promoverse ambos objetos juntos se requerirá de oferentes fuertes con cierta capacidad de ejecución lo que limitará el mercado y obligará a los medianos y pequeños oferentes a asumir un rol de subcontratistas de las cinco o cuatro empresas fuertes a nivel nacional, lo que podría desembocar en un manejo de costos por estas empresas, en centralización de compras públicas en un grupo cerrado de oferentes.

La norma presenta la siguiente propuesta:

**Artículo 70.- Etapas de la contratación y ciclo de vida de la obra.** *Toda contratación de obra pública debe considerar la debida gestión a lo largo de las diferentes fases que componen el ciclo de vida de un proyecto. Para ello la Administración deberá designar al responsable de verificar el cumplimiento de cada una de las etapas definidas en la decisión inicial para la realización de la obra, aprobando o improbando la etapa, a fin de decidir continuar o no con la siguiente. Dicha aprobación deberá realizarse por escrito y con el detalle de cada una de las actividades realizadas y verificadas. No podrá iniciarse el procedimiento de contratación si no se cuenta con la aprobación del*



*responsable designado para la etapa de planificación, donde se indique que ésta fue realizada de forma completa y satisfactoria.*

*En los contratos de obra la Administración podrá concursarse conjuntamente la ejecución y la conservación por un período razonable a fin de que la obra cumpla con la calidad y el nivel de servicio esperado y contemplado en el pliego de condiciones. En el supuesto de que no se establezca esa posibilidad, deberán quedar acreditadas en el expediente las razones que lo sustentan.*

*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.*

#### **k) ARTÍCULO 75**

Se crea el arrendamiento financiero, la norma propuesta dispone:

*Artículo 75.-Contrato de arrendamiento financiero. El contrato de arrendamiento financiero, es una contratación de financiación, en donde se transfieren sustancialmente todos los riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo y la Administración como arrendataria se obliga a pagar una contraprestación periódica denominada cuota de arrendamiento financiero la cual puede establecerse en un monto fijo, variable o reajutable.*

*El arrendador se compromete a adquirir del proveedor la propiedad del bien, asegurando el financiamiento para la adquisición o construcción, y cuyas especificaciones técnicas son señaladas por el futuro arrendatario, y luego como propietario, concede el uso y el goce de ese bien, equipo u u obra al tomador durante un plazo, no disponible para las partes, a cambio de una cuota correspondiente a la amortización de la inversión e intereses, gastos que resulten aplicables y rendimientos del capital. El contrato de arrendamiento financiero conlleva una opción de compra.*

*Para utilizar el arrendamiento financiero, la Administración deberá obtener las autorizaciones y demás requisitos previstos en el ordenamiento.*



Al respecto el señor Eduardo Prado Zúñiga, Gerente del Banco Central en su ponencia ante la Comisión Especial que tramita este proyecto de ley, como se evidencia en el acta N° 10 señaló sobre este extremo:

*En el tema del arrendamiento financiero, el texto sustitutivo eliminó lo que establecía el artículo 119, en la primera iniciativa, que se relaciona con la necesidad de la administración de obtener las autorizaciones previstas en el ordenamiento jurídico para el mecanismo del endeudamiento público.*

*Lo anterior es importante y el Banco Central en esto recomienda y sugiere valorar los cambios que se introdujeron en este texto sustitutivo, porque este tipo de figura financiera hoy tenemos que las normas internacionales de información financiera, Número de Identificación Fiscal (NIF) 16, lo define explícitamente como una operación de endeudamiento público.*

*Por otro lado, el cumplimiento de lo establecido en las disposiciones sobre endeudamiento público, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica N° 7558, la Ley de Contrato de Financiamiento Externo con Bancos Extranjeros N° 7010, de 1990, cuando Costa Rica experimentó serios problemas en términos de hacer frente a sus obligaciones con la banca internacional y con los acreedores internacionales, también hubo un Decreto Ejecutivo N° 36450, que señala también cómo debe gestionarse y en qué marco jurídico debe gestionarse el endeudamiento público.*

*Es importante también poner atención, porque el país tiene un contexto siempre de fragilidad fiscal, que es requerido, ejercer control sobre el gasto, importante la priorización de proyectos que se hagan bajo las diferentes modalidades de endeudamiento público, ya sea arrendamiento financiero o préstamos directos. Hay que mantener un monitoreo y un seguimiento del endeudamiento público, el Banco Interamericano de Desarrollo nos lo ha señalado, porque tiene efectos sobre la carga de intereses que paga el sector público y también tiene efectos sobre el nivel de la deuda pública del país, en su relación con el Producto Interno Bruto.*

*Este tipo de figuras de arrendamiento financiero, puede ser que terminen a veces en generación de pasivos contingentes para el Estado, lo que afecta el*



*endeudamiento del Estado. Por lo tanto, desde nuestro análisis, sugerimos, con todo respeto, que el artículo 119, como estaba redactado en la primera iniciativa, quizás es como podría cubrir y darle el tratamiento que este tipo de figura financiera conlleva.*

Visto lo expuesto por el señor Gerente General del Banco Central, debe de analizarse con mayor cuidado este instrumento y delimitar alguna especie de controles que impidan ese nivel de endeudamiento que afecte nuestra frágil situación financiera con un endeudamiento carente de planificación y políticas claras.

**l) ARTÍCULO 77**

El proyecto de ley habilita la posibilidad legal del fideicomiso público, aunque señala que no se deben evadir controles legales, financieros y presupuestarios no se indica cómo se prevé que no suceda, no vincula estos fideicomisos a controles internos o administrativos y en su lugar señala que en lo no previsto se aplicará el Código de Comercio, sea se regulará de acuerdo al Código de Comercio pues la ley no regula nada al respecto, lo que sería una clara intromisión de lo privado en la esfera pública. Lo ideal sería que la norma que crea el fideicomiso público, sea basta robusta sin necesidad de aplicar supletoriamente el Código de Comercio. La norma propuesta dispone:

*Artículo 77.- Generalidades del fideicomiso público. A través del contrato de fideicomiso público la Administración constituye un patrimonio de afectación a un fin público, el cual será administrado por un fiduciario en su condición de gestor profesional de negocios ajenos, atendiendo a los objetivos definidos en el contrato, según los estudios previos de carácter financiero, ambiental y social, según corresponda, que justifiquen que el fideicomiso resulta ser la mejor opción para la Administración, respecto a otras figuras jurídicas aplicables.*

*La figura del fideicomiso público en modo alguno se utilizará para evadir los controles legales, financieros, presupuestarios o de la contratación pública, que existan sobre la Administración que lo constituye, ni para generar una estructura paralela para el cumplimiento de su actividad ordinaria y en todos los casos deberán observarse las autorizaciones que el ordenamiento jurídico disponga.*



*La Administración será la fideicomitente y el fiduciario será un Banco del Sistema Bancario Nacional o un organismo público internacional, seleccionado mediante un concurso entre dichas entidades.*

*Los fideicomisarios serán los sujetos beneficiarios de los resultados conseguidos por el fideicomiso. No se consideran fideicomisarios los proveedores del financiamiento que pudiera requerir el fideicomiso, aunque sí tendrán la condición de acreedores principales, con la primera opción en la prelación de pagos.*

*En todos los casos deberá existir razonabilidad del costo de la fiducia, conforme a los parámetros que defina el reglamento.*

*El plazo del contrato deberá coincidir razonablemente con el cumplimiento del fin para el que fue constituido, que en ningún caso podrá exceder de cincuenta años.*

*En lo no dispuesto en esta ley y en cuanto sea compatible con la naturaleza del Fideicomiso Público, se aplicará supletoriamente el Código de Comercio.*

#### **m) ARTÍCULO 82**

El proyecto pretende regular vía legal la posibilidad de constituir asociaciones público privadas con el fin de potenciar las virtudes de cada uno de los socios, todo esto en aras de la consecución del fin público. Esto es positivo en cuanto a la posibilidad de desarrollar proyectos para los cuales la Administración por sí no cuenta con recursos disponibles, en el caso del SENARA ya se cuenta con experiencia adquirida al respecto al haber ejecutado con éxito contratos de concierto. La propuesta indica lo siguiente:

#### **Sección I: Asociación Público Privada**

***Artículo 81.- Aspectos generales.** La asociación público privada constituye una forma de vinculación de largo plazo entre un tercero que será una persona física o jurídica privada y la Administración Pública, en el cual el privado adquiere un riesgo significativo y la Administración siempre retendrá la titularidad de las obras, bienes y servicios cuya gestión asume el tercero.*

*El tercero privado desarrollará total o parcialmente la construcción, ampliación, instalación, reparación, transformación, modernización de obras, así como el*



*desarrollo de servicios y soluciones, y el suministro de equipos, sistemas y productos o bienes complejos nuevos o existentes, así como la operación, mantenimiento, explotación o gestión que permitan la competitividad, productividad y nivel de servicio adecuados para los intereses públicos. Esto incluye la posibilidad de participación del tercero en las distintas fases, incluyendo el diseño, según se establezca en el pliego de condiciones y en el contrato respectivo.*

*En el pliego de condiciones se podrá establecer la necesidad de crear un vehículo de propósito especial con quien será celebrado el contrato. El adjudicatario y la sociedad serán responsables en forma solidaria por todo el plazo contractual. Dicha responsabilidad solidaria solo podrá ser relevada por medio de la cesión de derechos y obligaciones del contrato.*

*La inversión requerida la realizará el tercero proporcionando una parte o la totalidad del financiamiento, incluyendo aporte de recursos económicos de su patrimonio. Se podrán considerar también los recursos y garantías que pueda realizar el Estado durante una parte o toda la vigencia del contrato.*

#### **n) ARTÍCULO 9**

Nuevamente se regula un aspecto desarrollado vía jurisprudencia administrativa, en cuanto al manejo del régimen recursivo en los contratos con sujetos de derecho público internacional. El proyecto dispone:

*Artículo 94.- Régimen recursivo en contrataciones efectuadas con normativa de sujetos de derecho público internacional. Cuando se promuevan concursos con sustento en normativa de un sujeto de derecho público internacional, al respectivo concurso le resultará aplicable el régimen recursivo previsto en la presente ley una vez que la Administración emita el acto final, y para todos los efectos los concursos se asumirán como licitación mayor.*

*Cuando en la ley del empréstito se establezca un régimen recursivo especial, éste deberá ser observado, de modo que no resultará de aplicación lo previsto en el párrafo anterior.*



**o) ARTÍCULO 95**

En cuanto a este artículo pretende sancionarse aquellos oferentes que presenten recursos infundados o temerarios, para ello se propone una escueta delimitación o parámetros para determinar la temeridad de un recurso, no obstante tales supuestos no se presentan como suficientes o bien que delimiten de una manera objetiva la determinación de tal aspecto.

Adicionalmente, esta propuesta violenta el principio del derecho de defensa en su vertiente del derecho a la doble instancia, pues limita el ejercicio pudiendo desmotivar a los oferentes a acudir a la vía recursiva para defender sus derechos. La norma pretendida dispone:

*Artículo 95.- Multas por la presentación de recursos temerarios. La Contraloría General de la República o la Administración, podrán imponer las siguientes multas:*

*a) Recurso de objeción:*

*De un 0.5% del monto del umbral de la licitación mayor y del umbral superior de la licitación menor, según corresponda a obra, bienes o servicios, y de acuerdo al umbral a que pertenezca la entidad promovente del concurso.*

*En ambos casos, la multa podrá ser interpuesta cuando al atender un recurso de objeción se determine que ha operado la preclusión, que el objetante no acredita su vinculación con el objeto del concurso, o que actúe con temeridad, mala fe o abuso de derechos procedimentales.*

*b) Recursos de apelación y revocatoria:*

*De un 1% del monto del umbral de la licitación mayor y del umbral superior de la licitación menor y de la licitación reducida, según corresponda a obra, bienes o servicios, y de acuerdo al umbral a que pertenezca la entidad promovente del concurso.*

*En todos los casos, la multa podrá ser interpuesta cuando al atender un recurso de apelación o de revocatoria, se determine que el recurrente actúa con temeridad, mala fe, o abuso de derechos procedimentales.*

*La actuación se entenderá temeraria cuando el recurrente abusa ejercitando acciones totalmente infundadas, y de mala fe cuando éste alegue hechos contrarios a la realidad.*

*El monto que se obtenga como resultado de la imposición de las multas, deberá ser trasladado a la Caja Única del Estado.*





**p) ARTÍCULO 114**

En este artículo se introduce la caducidad de los contratos. En esto, tenemos que decir que nos parece excelente que esto se haya introducido, porque es una figura útil, nos da más claridad en términos del tema de la caducidad en la gestión de los contratos de la administración.

El artículo propone:

***Artículo 114.- Caducidad.** En materia de contratación pública aplicará la figura de la caducidad ante la inactividad de la Administración o del contratista, por un período que alcance seis meses, ya sea de forma continua o de la sumatoria de las suspensiones parciales e implicará la extinción del contrato en la etapa en que se encuentre. Tal cómputo se realizará de forma separada en cuanto a las actuaciones propias de la Administración y aquéllas del contratista, y la primera que alcance ese plazo, originará la caducidad.*

*Por inactividad se entenderá que, pese al desarrollo de algunas actuaciones durante la ejecución del contrato, éstas no conducen a su efectiva continuidad en la forma, tiempo y plazo previstos para la óptima satisfacción del interés público, lo cual se regulará en el reglamento de la presente ley.*

*Se exceptúa de lo anterior los convenio marco, y las modalidades de entrega según demanda y consignación.*

**q) ARTICULO 119**

Se estipula el comité de controversia como un mecanismo de resolución alterna de conflictos, estos son utilizados generalmente en contrataciones financiadas con fondos internacionales del BCIE y BID. Al respecto consideramos que se debe mantener el criterio de que el arbitraje sea optativo, pues por sometimiento al bloque de legalidad, la resolución de disputas, controversias o reclamos consideramos deben de tramitarse mediante órganos con criterio de legalidad y no de conciencia, que al parecer es lo que se designa bajo esta normativa, la que dispone:

***“Artículo 119. Resolución controversias durante la ejecución del contrato en sede administrativa.** Las partes, conforme a las reglas previstas en el reglamento a esta ley y en el pliego de condiciones, podrán resolver sus controversias durante la ejecución contractual, sin que por ello se vea afectada la continuidad en la ejecución de las obras.*



*En el momento en que se origine un conflicto sin que sea posible llegar a una solución, las partes podrán someter su desacuerdo a un comité integrado por uno o tres expertos en la materia, conforme se haya dispuesto en el pliego de condiciones. El o los expertos serán profesionales en ingeniería, arquitectura o de cualquier otra profesión afín con el objeto contractual, los cuales deberán ser profesionales calificados, independientes e imparciales con respecto a las partes, quienes se elegirán en la forma que disponga el reglamento.*

*Este mecanismo se aplicará obligatoriamente en los contratos derivados de las licitaciones mayores de obra pública. En las licitaciones menores, reducidas y en el procedimiento previsto en el artículo 68 de la presente ley, será facultativo.*

*El Comité de Expertos podrá ser permanente o ad hoc y para ello se considerarán los mayores riesgos así como la inversión y el valor público comprometidos con la obra. A falta de previsión contractual se entenderá que el comité es unipersonal y ad hoc.*

*En el caso del Comité de Expertos permanente éste funcionará durante toda la vigencia del contrato y hasta su finalización definitiva. El Comité ad hoc intervendrá únicamente para la resolución de controversias específicas que se susciten. Los contratantes asumirán por partes iguales todos los honorarios y gastos del Comité de Expertos, ya sea permanente o ad hoc.*

*El Comité de Expertos permanente deberá efectuar visitas periódicas a la obra, propondrá a las partes mecanismos y recomendaciones preventivos de conflictos, ya sea a petición de parte o cuando lo estime necesario.*

*El Comité de Expertos emitirá decisiones vinculantes con respecto a las controversias planteadas. Salvo que las partes contratantes y el Comité de Expertos pacten un plazo distinto, atendiendo estrictamente a las circunstancias del caso concreto, todo lo cual deberá motivarse, el Comité contará con un plazo máximo de seis semanas, para emitir su decisión, contadas a partir de que se someta la controversia al comité.*

*En lo que resulte pertinente, estas disposiciones se aplicarán a otro tipo de contratos que gestione la Administración.*



Adicionalmente, tampoco se dispone que tipo de estipendio recibirán los expertos permanentes que se designen en un contrato, ni quien correrá con su pago, si emitirán informes por el plazo de ejecución del contrato.

**r) ARTÍCULO 120**

Conforme a esta propuesta el régimen sancionatorio se torna más gravoso se elimina el apercibimiento y se pasa de un solo a la imposición de la inhabilitación. Se crean dos tipos de inhabilitación diferenciadas por la causa y la penalidad. Claro es una resulta más gravosa que la otra.

Se propone el siguiente texto:

*Artículo 120.- Naturaleza y tipos de sanción a particulares. Las sanciones que se regulan en este capítulo son de naturaleza administrativa y civil, su aplicación no excluye la imposición de las sanciones penales.*

*A los particulares les resultarán aplicables las siguientes sanciones:*

*a) Inhabilitación simple de seis meses a dos años para participar en los concursos que promueva la propia entidad que impone la sanción.*

*b) Inhabilitación calificada de dos a diez años para participar en los concursos con toda la Administración Pública, en aquellos casos donde se haya acreditado la casual prevista en los incisos a), c), d), e) f), g), h), i), n) y o) del artículo siguiente.*

*Excepcionalmente la Administración podrá contratar con un sujeto sancionado por inhabilitación simple siempre que se acredite que no existan otros proveedores que brinden la prestación o servicio.*

Excepcionalmente se permite el contratar con un oferente sancionado por inhabilitación siempre y cuando no existan otros proveedores que adjudicar.

Ahora respecto a esta materia de sanciones consideramos se da el uso de términos indeterminados, porque les hace falta aún desarrollo y es importante tener desarrollo en la ley, no solo dejarlo en la vía reglamentaria, como conceptos de temeridad, mala fe, justa causa, que es importante clarificar dentro de la ley, para dar certeza jurídica a todas las partes.



En ese mismo sentido, nos parece que debe garantizarse la razonabilidad y proporcionalidad en las sanciones. No se establece una gradualidad en los incumplimientos. Cuando eso sucede, no se trata solo de si estamos o no de acuerdo en que se sancione a quien incumpla, se debe regular por ende la parte operativa, la forma en como esto aplica, no se puede dejar a la discrecionalidad de la administración la aplicación de sanciones.

También según lo dispuesto en la praxis se podría generar un doble cobro de multas pues se podría imponer la que se señaló en el punto anterior sino que hay sanciones o una doble imposición de sanciones en algunos casos, lo cual no es procedente.

Atentamente,

Ing. Patricia Quirós Quirós, MBA  
**Gerente**  
**GERENCIA GENERAL**

PQQ/IGP  
*C. Archivo*

