



2021-04-05  
**256-41-2021**

Señor  
Edel Reales Noboa  
Director a.i.  
Asamblea Legislativa

Estimado señor:

**Asunto:** Consulta institucional del texto actualizado sobre el EXPEDIENTE LEGISLATIVO N.º 21.546 LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. **Ref.:** Su oficio AL-DSDI-OFI-032-2021 de 12-3-2021.

Reciba un cordial saludo.

Por medio de la presente, se exponen las observaciones al texto actualizado del Proyecto de **LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**, presentado por la Contraloría General de la República.

#### **I. OBSERVACIONES PUNTUALES AL TEXTO SUSTITUTIVO:**

Sin detrimento de lo indicado en el punto anterior, en caso de hacer caso omiso a la solicitud dispuesta por el ICE en el punto I de esta nota, en relación a no derogar el régimen especial de contratación del ICE, y continuar el trámite del Proyecto de Ley con la inclusión del ICE dentro del Régimen Diferenciado, se envían observaciones puntuales a continuación:

##### **1. Excepciones (artículo 3):**

##### **Contratación directa entre entes de derecho público:**

El artículo 3 inciso b) del Texto Sustitutivo del Proyecto de Ley 21.546, dispone:

Apartado Postal 10032-1000 San José, Costa Rica  
Tel. (506) 2000-6551  
Fax: (506) 2290-3868  
[www.grupoice.com](http://www.grupoice.com)



*“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.”*

Al respecto es preciso señalar que este 70% propuesto, lo consideramos muy alto, dado que dicho porcentaje está fuera de parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, en razón de que la normativa actual del artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, ya establece un porcentaje de un 50% de participación de la entidad contratada, lo cual por si solo ya es una participación sustancial, y se obliga a la Administración contratante, a realizar un estudio de mercado con otros entes públicos y privados para asegurarse de que el precio sea razonable, lo cual deja en enterever que no existen razones objetivas que permitan fundamentar este cambio. En ese sentido, carece de interés actual para el sano uso de los recursos públicos, en concordancia con los principios de eficiencia y eficacia, el incrementar este porcentaje de un 50% a un 70%, pues la normativa vigente, ya establece que la Administración contratante debe acreditar en expediente no solo la idoneidad del sujeto público que va a proveer el objeto contractual, sino también los motivos técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del fin público. Entre estos esta que se demuestre que el ente público proveedor del servicio o producto tiene el precio más razonable, que permita satisfacer la necesidad de la Administración contratante y por ende el interés público de determinada contratación.

Debe recordarse que la jurisprudencia de la Contraloría (oficio DCA-2512 del 22 de octubre de 2012, entre otros) lo que señala es que la participación sea sustancial, por lo que no observa cuál es el fundamento objetivo para elevarlo a un 70%, pues lo que estaría haciendo es limitar de forma desproporcionada la aplicación de lo establecido en la Ley 8660 contempla en sus artículos 6, 8 y 9, de manera que proponemos que se mantenga.

### **Alianzas Estratégicas y Asociaciones Empresariales**

Las asociaciones empresariales, entre ellas las alianzas estratégicas, han sido definidas como una relación bilateral o multilateral, voluntaria y organizada, caracterizada por el compromiso de dos o más firmas asociadas, que mantienen sus respectivas autonomías jurídicas, y que ponen sus fuerzas en común para lograr ventajas especiales que les permitan estar en mejor situación competitiva. En este tipo de negocios no priva el poder de imperio de la administración, en tanto que más bien, las organizaciones procuran



llegar a acuerdos de beneficio mutuo.

Existen por lo tanto, varias razones por las cuales las empresas o firmas cooperan con otras: en primer lugar, las compañías tratan de reducir la competencia y así aumentar los beneficios y alcanzar paralelamente otros objetivos; una segunda razón es para compartir el riesgo, pues la colaboración reduce los riesgos a niveles aceptables; un tercer motivo es aunar los recursos complementarios y finalmente, para superar las barreras de los mercados.

Así las cosas, en el caso del ICE, con la promulgación de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones N°8660, se generó una regulación específica sobre los contratos de asociación empresarial, con la finalidad de que generara mayor valor agregado, indispensable para el logro de los objetivos empresariales frente a la apertura del mercado. Estos contratos de asociación empresarial pueden asumir diversas formas: joint venture, libre asociación, licencias, alianzas estratégicas, entre otras. Con lo cual empresas que participan dentro de un mismo sector de actividad, que han desarrollado tecnologías, procesos o estrategias en un ámbito similar pueden colaborar entre sí, aglutinando sus esfuerzos y ventajas comparativas. En razón de lo cual el artículo 8 de la citada Ley especial preceptúa:

***“ARTÍCULO 8.- Asociación empresarial***

*Al ICE y sus empresas, con el propósito de promover su competitividad, se les autoriza para que suscriban alianzas estratégicas, dentro del país y fuera de él, o cualquier otra forma de asociación empresarial con otros entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, que desarrollen actividades de inversión, de capital, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y otras relacionadas con las actividades del ICE y sus empresas. Los términos y las condiciones generales de las alianzas se definirán reglamentariamente.*

*Las disposiciones del párrafo anterior no deberán afectar los procedimientos de concentración establecidos en la legislación y tendientes a prevenir, controlar y sancionar cualesquiera prácticas o condiciones contrarias a la competencia efectiva”.*

Debe considerarse que dicho artículo 8 se encuentra dentro del CAPÍTULO II de la Ley No. 8660 denominado “COMPETENCIAS DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD Y AUTORIZACIONES LEGALES”, el cual es distinto del Capítulo de la CUARTO del RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, precisamente por cuanto la figura de las Alianzas es propia de la esfera del derecho privado.



Ahora bien, el artículo 3 de Excepciones, inciso h) del Texto Sustitutivo del Proyecto de Ley 21.546, dispone:

*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 y lo regulado al respecto en la ley que las autoriza. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley.*

Nótese que en este caso se está disponiendo que las alianzas autorizadas mediante ley, **como sucede en el caso del ICE**, se deban realizar por los procedimientos de contratación administrativa de esta Ley, lo cual deja sin efecto la posibilidad del ICE de aplicar un procedimiento excluido de la contratación administrativa para establecer una relación con un socio comercial o aliado, lo cual, como la propia naturaleza jurídica de una alianza lo refiere, es un relación comercial que dista mucho de la contratación de un proveedor.

Nuevamente se desconoce en este Proyecto de Ley que, **el ICE opera en un mercado en competencia muy agresivo, como es el de Telecomunicaciones**, en donde el instrumento de las alianzas establecido en el artículo 8 de la Ley No. 8660 de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones resulta ser muy valioso para la generación de ventajas competitivas y de llegada a mercado, con lo cual se protege el patrimonio público que administra la institución, por lo que el proponer proyectos de Ley que no protegen el erario público, va en contra de todos los principios que rigen y manda a proteger celosamente los bienes públicos como un buen padre de familia.

Para regular el procedimiento, términos y condiciones de las asociaciones empresariales (del artículo 8 antes indicado), en el ICE se creó un Reglamento especial que ha funcionado desde al año 2010 y que promueve la libre participación de empresas, análisis de potencial socio comercial de una asociación empresarial, elaboración de un Caso de Negocio, así como las condiciones para poder formalizar un contrato o acuerdo. Para ello, en cada caso el ICE realiza análisis rigurosos, cuenta con un registro de socios en el que cualquier empresa que cumpla con los requisitos básicos puede ingresar, y formaliza los derechos y obligaciones con el tercero por medio de un contrato. Todo esto sin que se lleve a cabo un procedimiento formal de contratación administrativa, pues la base de este tipo de contratos es distinto de lo común, siendo que no se está ante el abastecimiento de bienes y servicios.

Incluso, la Contraloría en el Oficio N°11095 del 22 de octubre de 2012 (DCA-2512) al analizar la figura de las asociaciones empresariales, fue clara al disponer que por su naturaleza no son propias de una contratación administrativa:



*“...Así, tal y como expresamente se indica en el Reglamento de Alianzas Estratégicas del ICE, en las alianzas se realizan actividades conjuntas durante la ejecución del contrato, distinguiéndose de la mera contratación de un bien o servicio concreto a cambio de un precio, en donde la ejecución básicamente queda a cargo del contratista.*

*Lo anterior es importante, pues en la medida en que nos encontremos ante un mero aprovisionamiento de bienes y servicios a contratar entre el ente público y un tercero privado, deberá acudirse a los procedimientos ordinarios de contratación administrativa...”*

*“...Así, la razón por la cual no debe acudirse a una licitación para contratar a un socio en el marco de una alianza estratégica, reside en la propia naturaleza de ese contrato, en donde impera una relación de confianza, de oportunidad de negocio, etc., que conllevan el que resulte incompatible con la realización de un concurso. Sin embargo, insistimos en que efectivamente debemos encontrarnos dentro de una relación de negocios que cumpla con los requisitos necesarios para estar en presencia de una alianza estratégica y no que se trate de una contratación de bienes y servicios pura y simple...”*

Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo, en sentencia N° 25-2019- I, de las catorce horas del quince febrero de dos mil diecinueve, al analizar la figura de los contratos de asociación empresarial en el ICE dispuso:

*“a) De previo a referirse sobre la naturaleza del contrato objeto de este proceso, es importante empezar por establecer la diferencia entre lo se debe entender por contrato administrativo y contrato privado. Una primera diferenciación estriba en el régimen jurídico aplicable, **ya que mientras el contrato administrativo (contrato público) es regido por el derecho público, el contrato privado es regido por el derecho privado (civil o comercial).** Tampoco puede dejarse de lado, el hecho mismo de que el contrato administrativo tiene sus propias instituciones y principios, que lo apartan del principio de voluntad de las partes que rige el contrato privado, toda vez que en la contratación administrativa prevalece el interés público y el equilibrio de las partes contratantes, que le otorga a la Administración contratante una serie de prerrogativas que la colocan a una de las partes en una situación de privilegio respecto de la otra, situación que no se da en los contratos privados...”*

*Del otro lado, tendremos **el contrato privado, reglado por las normas del derecho común, y que depende de la autonomía de la voluntad como principio básico...**”*



Se entiende, sin mayor esfuerzo exegético que el de la simple lectura, que el sentido del texto sustitutivo del Proyecto de Ley General de Contratación Pública, pretende regular las Asociaciones Público-Privadas por medio de una excepción de contratación pública del artículo 3, difiere al espíritu del legislador al promulgar la Ley 8660 antes descrito, así como los análisis efectuados hasta el momento por la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República y el Tribunal Contencioso Administrativo en los casos de negocios de Asociación Empresarial que realiza el ICE, pues éstos consisten en esquemas propios del derecho privado.

El tener que realizar una contratación por excepción vía SICOP, regulada por las reglas de esta Ley General de Contratación Pública (al no estar excluidas las alianzas conforme el artículo 2), hacen que el proceso de las pretensiones de negocio que posee el ICE en un cartel, lo que hace que la competencia se entere del negocio que pretende realizar el ICE y se logre anticipar, al tener procedimientos privados de contratación, lo cual generaría una ventaja competitiva que estamos seguros que nuestros legisladores, no quieren promover, razón por la cual estamos en la obligación de exponerla.

Al incorporar las alianzas en este artículo 3 de excepciones se desvirtúa el fin último de la facultad de asociarse establecida en el artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa, que por su naturaleza es una figura propia del derecho privado, en tanto que los acuerdos realizados por el ICE con empresas privadas potenciales socias o aliados comerciales, son justamente para desarrollar negocios en conjunto, más no para realizar obras públicas u otros elementos en los que no existe riesgo de exposición de la intención de la contratación.

Incluso para llegar a acuerdos de asociación empresarial, el ICE en la actualidad actúa aplicando principios constitucionales de contratación administrativa, para lo cual conforma un expediente, cursa una invitación a potenciales posibles socios, que por sus condiciones financieras (solidez financiera), legales, de experiencia técnica, etc., califican como potenciales socios para un determinado servicio que se quiere implementar en conjunto. Para ello se realiza un procedimiento de selección de potenciales socios, que se documenta en un expediente y que se rige por un Reglamento conformado a lo interno del ICE, el cual previó atender los principios constitucionales de la contratación administrativa, para garantizar la transparencia, igualdad de trato, eficiencia y eficacia, entre otros.

Consideramos entonces, primeramente, que el tema de alianzas debe estar excluido de este proyecto, no obstante, en caso de decidir mantenerlo, las mismas deberían estar previstas en este Proyecto de Ley en el artículo 2 de Exclusiones, en tanto que deben ser materia excluida de la Ley General de Contratación Pública, y regularse por el derecho privado con la aplicación de los principios constitucionales de contratación administrativa establecidos por la Sala Constitucional en sus votos.



Por consiguiente, **se solicita que se modifique el Texto Sustitutivo del Proyecto de Ley en lo relativo a Asociaciones Empresariales y alianzas estratégicas**, de la siguiente manera:

**a) En el artículo 2 del Proyecto de Ley, para que se defina:**

*“Artículo 2. Exclusiones de la aplicación de la ley. Se excluye del alcance de la presente ley las siguientes actividades:*

*(...) Las alianzas estratégicas autorizadas mediante ley, con el fin de lograr ventajas competitivas, todo de acuerdo con el giro de negocio de cada parte y lo regulado al respecto en la ley que las autoriza. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley.”*

**2. Umbrales**

A efectos comparativos, los actuales umbrales que posee el ICE en colones son:

<b>TIPO PROCEDIMIENTO</b>	<b>IGUAL O SUPERIOR A:</b>
<b>LICITACIÓN PÚBLICA</b>	6.874.022.732,00
<b>LICITACIÓN ABREVIADA</b>	97.900.000,00 a 6.874.022.732,00
<b>CONTRATACIÓN ESCASA CUANTÍA</b>	Menores a 97.900.000,00

Por su parte, como están propuestos para el ICE en este Texto Actualizado del Proyecto de Ley 21.546 quedarían de la siguiente manera:

<b>TIPO PROCEDIMIENTO</b>	<b>IGUAL O SUPERIOR A:</b>
<b>LICITACIÓN MAYOR</b>	285.868.752
<b>LICITACIÓN MENOR</b>	71.467.188
<b>LICITACION REDUCIDA</b>	Menores a 71.467.188

Lo planteado es gravoso para la dinámica de la cadena de abastecimiento de la empresa, porque le perjudica obtener a la brevedad sus bienes o servicios, y cuya mayor afectación es frente a la competencia que tienen un accionar práctico y ágil, lo que deja en total desventaja al ICE para poder competir en cierta “igualdad” de condiciones, como pretendió el legislador cuando aprobó la Ley 8660 luego del compromiso establecido en el TLC Estados Unidos (CAFTA) de dotar al ICE de la legislación que le permitiera fortalecerse, lo cual como se indicó supra, no creemos que sea lo que el legislador actual pretende realizar.



Debe considerarse que al respecto el voto de mayoría de la Sala Constitucional N°11210 del 16 de julio del 2008, que analizó el Proyecto de la Ley 8660, dispuso expresamente:

*“El texto consultado no pretende, entonces, desconocer los procedimientos de contratación administrativa, sino, más bien, establecer montos más acordes a las particularidades presupuestarias del Instituto Costarricense de Electricidad, lo que resulta legítimo a la luz del Derecho de la Constitución. El propósito es establecer un mecanismo diferenciado en la licitación pública y en la licitación abreviada, precisamente, por la naturaleza del ICE y las exigencias de dinamismo impuestas por la apertura del mercado y la prestación de servicios en competencia. Es preciso añadir que el Constituyente originario, en el ordinal 182 de la Constitución Política, se refiere a la figura general de la licitación, sin calificarla de pública o no, de otra parte desconstitucionalizó -asignándole al legislador ordinario- el tema de la definición de los montos para que procedan las distintas modalidades de licitación -pública o abreviada- con lo cual se trata, claramente, de un extremo librado a libertad de configuración legislativa.”*

Se considera desproporcional y desequilibrado el establecer un único umbral para todas las entidades públicas de un denominado “Régimen Diferenciado” (que no lo es tanto) que son muy disímiles entre sí, en tanto que poseen condiciones presupuestarias y de naturaleza muy distintas, en tanto que se igualan entidades con diferencias muy marcadas en cuanto a tamaño y responsabilidades. Entidades tan diferentes, que incluso algunas como el ICE compiten en un mercado abierto con empresas transnacionales, mientras que otras del mismo Régimen Diferenciado no están en competencia; aspecto que evidencia la necesidad de valorar este punto con mayor objetividad, siendo que en ningún momento se trata de beneficiar al ICE, si no de permitirle competir; aspecto que tuvo claro el legislador al promulgar la Ley 8660, cuando en su oportunidad la apertura del mercado resultó obligatoria por las decisiones tomadas por el Estado.

Precisamente por esa razón es que en la actualidad los Estratos establecidos anualmente por la Contraloría consideran los diferentes presupuestos de las entidades para fijar el umbral que les corresponde. Por ello, se considera como un error fijar una cifra fija como umbral para un gran grupo de entidades totalmente desiguales entre sí, que en el caso particular del ICE existe un riesgo latente de ocasionarle pérdidas económicas que van en detrimento de la hacienda pública.

De la misma manera, este Proyecto de Ley aumenta los plazos en los procedimientos de contratación de bienes y servicios que hoy día dispone el régimen especial del ICE que se pretende derogar. Si bien para la Licitación Menor los plazos del Proyecto parecen ser menores a los que el ICE hoy dispone para la Licitación Abreviada, para la Licitación Reducida y la Licitación Mayor sí se aumentan en perjuicio del accionar de la Institución.





En el caso de la Licitación Mayor la dilatación sería de casi tres meses, que es tiempo valioso para la cadena de abastecimiento de una empresa en competencia.

Lo anterior se agrava al considerar que con los umbrales propuestos numerosas contrataciones que por su monto el ICE tramitaba como una contratación directa de escasa cuantía pasarán a una Licitación Menor, y en el caso de las licitaciones abreviadas muchísimas de ellas pasan ahora a una licitación mayor, aumentando en gran cantidad el tiempo para abastecerse de bienes o servicios. Esto sin dejar de considerar que en ningún momento se ha demostrado un actuar indebido por parte del ICE al ejecutar sus procedimientos de contratación administrativa con esos topes, por lo que la opción de realizar con cambio por el solo hecho de cambiar, carece de fundamentación.

Por estas razones expuestas, **es que se solicita mantener para el ICE sus umbrales actuales, o en su defecto aumentarlos en proporción y equidad a su presupuesto y dinámica del giro que posee.**

### **3. Modificaciones Contractuales, Contrato Adicional y Refrendo Contralor**

El presente texto sustitutivo del Proyecto de Ley General de Contratación Administrativa, regula las modificaciones contractuales en el artículo 126, el cual dispone:

#### *“ARTÍCULO 101- Modificación unilateral del contrato*

*En forma general, la Administración podrá modificar sus contratos vigentes siempre que con ello se logre una mejor satisfacción del interés público, sin superar bajo ningún concepto el veinte por ciento del monto y plazo del contrato original.*

*Cuando concurren circunstancias excepcionales, técnicamente acreditadas en el expediente, que no se hubiesen podido prever al momento de iniciar el procedimiento, el contrato podrá modificarse hasta un máximo del cincuenta por ciento, en cuanto monto y plazo del contrato original, previa autorización del jerarca o por quien él delegue. En el caso de contratos de obra pública, esta autorización no podrá ser delegada.*

*En el caso de que se califiquen de excepcionales circunstancias que técnicamente no lo sean, se pondrá imponer al funcionario infractor la sanción administrativa prevista en el artículo 127 inciso v) de esta ley.”*



Esta disposición difiere en grandes términos con lo establecido en el artículo 178 del Reglamento al Título II de la Ley 8660, en el cual se señala que el ICE puede realizar modificaciones contractuales hasta por un monto del 100%, al indicar expresamente en el inciso c): “Que el aumento en el objeto del contrato no exceda el monto del contrato original, incluyendo reajustes o revisiones”; **lo cual se solicita mantener. Además, no opera sólo cuando concurren circunstancias excepcionales, técnicamente acreditadas en el expediente, sino siempre que sea la mejor manera de satisfacer el fin público.**

Adicionalmente, un tema relevante que se está eliminando con este Proyecto de Ley es el de la facultad de la Administración con la anuencia del proveedor de realizar un Contrato Adicional, que corresponde a la figura regulada en el art. 179 del Reglamento a la Ley 8660 en el caso del ICE y el artículo 209 en el caso del Reglamento a la Ley de Contratación. Acá de igual manera **se solicita que para las empresas de régimen diferenciado, o al menos al ICE se le mantenga la posibilidad de realizar este Contrato Adicional y por un porcentaje del 100%** del monto del contrato original considerando reajustes o revisiones y modificaciones operadas, como está actualmente considerado en la norma 179 antes indicada.

Por otra parte, debe indicarse que **las modificaciones contractuales no tienen refrendo contralor**, como dispone el art. 29 de la Ley 8660, y si esperamos se mantenga.

#### 4. Excepciones

Debe tenerse en consideración que la razón por las que se crearon algunas excepciones de contratación es que se trata de ciertas circunstancias que por su naturaleza o la agilidad con que se requiere el bien o servicio, se permite, -previo cumplimiento de algunos requisitos y condiciones-, realizar una contratación directa de algún proveedor, por lo que no se utiliza el procedimiento ordinario de contratación. Estas excepciones han permitido cumplir con la satisfacción del interés público con la eficiencia y eficacia requeridas, en tanto que para las mismas no se requiere autorización de órganos externos, más el órgano contralor está facultado para fiscalizar posteriormente el trámite realizado.

Justamente la Contraloría General de la República en el oficio No.107 del 7 de enero de 1998 (DGCA21-98), dispuso:

*“La Ley de la Contratación Administrativa admite una serie de excepciones, en las cuales la satisfacción del interés general no se ve bien servida mediante la promoción de un concurso o licitación, por lo que se habilita a la Administración para recurrir a la Contratación Directa”.*



En el mismo sentido, la Sala Constitucional en el Voto 5947-98 de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, se ha pronunciado al respecto de las excepciones considerando que:

*“...es una excepción a la licitación en tanto encuentra su fundamentación precisamente en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, y que procede únicamente en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible para el ente contratante convocar a licitación pública, bajo seria amenaza de ver comprometido el interés público. Se trata de situaciones especiales en las cuales el uso de los procedimientos concursales ordinarios, y más específicamente el de la licitación pública, más bien implicaría un serio entorpecimiento en el cumplimiento del fin público encomendado a la Administración Pública, donde el cumplimiento “per se” de exigencias legales más bien podría traducirse en serias alteraciones al orden institucional establecido por la propia Constitución Política” (El subrayado no es del original)*

Cabe señalar que desde la promulgación de la Ley 8660 hasta la fecha, el órgano contralor ha realizado varias fiscalizaciones de los procedimientos de contratación del ICE, de las cuales no se ha detectado que se hayan vulnerado los procedimientos y condiciones estipuladas por la normativa para la realización de estas contrataciones directas de excepción, esto por cuanto el ICE ha procurado ser cuidadoso y respetuoso de los requisitos establecidos.

Por otra parte, no se conoce de denuncia alguna sobre una violación legal a un procedimiento de excepción que se haya presentado por parte del ICE.

La Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones No.8660 en su artículo 23 dispone sobre excepciones a los procedimientos ordinarios de contratación, que además de las excepciones dispuestas en el marco normativo general de contratación administrativa, el ICE podrá aplicar las siguientes excepciones:

***“ARTÍCULO 23.- Excepciones a los procedimientos ordinarios de concurso***

*Además de las excepciones a los procedimientos ordinarios de concurso previstas en el marco normativo general de la contratación administrativa, el ICE podrá aplicar las siguientes causales de exclusión:*

- a) Los acuerdos celebrados con empresas públicas de otros países.*
- b) La venta, en el mercado nacional e internacional, de servicios de*



*asesoría, consultaría, capacitación y cualquier otro producto o servicio afín a sus competencias.*

*c) La actividad de contratación que, por razones de seguridad, urgencia, emergencia u oportunidad, sea necesaria para garantizar la continuidad de los servicios o para introducir mejoras o nuevas tecnologías a sus productos o servicios.*

*d) Los contratos de ayuda desinteresada con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas o públicas, nacionales o extranjeras.*

*e) La adquisición de bienes, obras o servicios que, por su gran complejidad o su carácter especializado, solo puedan obtenerse cuando exista un número limitado de proveedores o contratistas, de manera que por razones de economía y eficiencia, no resulte adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios.*

*f) En los casos en que la administración, habiendo adquirido el equipo tecnológico, decida adquirir más productos del mismo contratista, por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad, teniendo en cuenta si el contrato original satisfizo adecuadamente las necesidades de la administración adjudicadora, si el precio es razonable y, especialmente, si se descartó la existencia de mejores alternativas en el mercado.*

*g) La contratación de fideicomisos,*

*La aplicación de las causales anteriores será de responsabilidad exclusiva de la administración, sin que se requiera autorización de órganos o entes externos. La administración deberá dejar constancia, en el expediente de cada caso concreto, de las razones que sustentan la aplicación de la causal de exclusión de los procedimientos ordinarios de concurso, lo cual queda sujeto a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General de la República.”*

Por otra parte, en el Reglamento al Título II de la Ley 8660 se regulan también las excepciones, de las cuales se detallan los requisitos de algunas excepciones del artículo 23 de la Ley antes indicadas y se incorporan algunas causales de excepción adicionales:

**“Artículo 112.-Objetos de naturaleza o circunstancia concurrente incompatibles con el concurso.**

*La Administración, podrá contratar de manera directa los siguientes bienes o servicios que, por su naturaleza o circunstancias concurrentes, no puede o no conviene adquirirse por medio de un concurso público.*



a) **Oferente único:** Los bienes obras o servicios en los que se acredite que solamente una persona o empresa está en condiciones de suministrar o brindar, sin que existan en el mercado alternativas que puedan considerarse idóneas para satisfacer la necesidad institucional. La procedencia de este supuesto ha de determinarse con apego a parámetros objetivos en relación con la necesidad, acreditando que la opción propuesta es la más conveniente. Dentro de esta excepción se encuentra la compra de artículos exclusivos, entendidos como aquellos que en razón de una patente de invención sólo son producidos por determinada empresa. Comprende también la compra de repuestos genuinos, producidos por la propia fábrica de los equipos principales o bien respecto de los que exista en el país sólo un distribuidor autorizado. Si hubiesen varios distribuidores de partes o repuestos el concurso se hará entre ellos. En los casos de contrataciones sujetas a prórrogas, de previo a convenir una de ellas, la Administración se encuentra obligada a estudiar el mercado para determinar si han surgido nuevas opciones, en cuyo caso han de adoptarse las medidas oportunas tendientes a iniciar el procedimiento concursal que corresponda. Si en aplicación de esta causal, se incorporan partes o piezas a equipos propietarios que, a su vez conlleven su actualización, el ICE deberá justificar que técnica y económicamente esa opción es una opción más apropiada que sustituir el equipo.

b) **Bienes, obras o servicios complejos o especializados:** Aquellos casos en que sea necesario adquirir bienes, obras o servicios que por su gran complejidad o carácter especializado sólo puedan obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas, de manera que por razones de economía y eficiencia no resulte adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios.

c) **Bienes o servicios artísticos o intelectuales:** La compra, a precio razonable, de bienes o servicios que en virtud de su carácter intelectual o artístico se consideren fuera de competencia. Cuando la obra no haya sido creada, se podrá utilizar un certamen, donde el procedimiento de selección será el juicio crítico de expertos reconocidos en una comisión de no menos de tres integrantes y no más de cinco. En estos casos, las credenciales de los jueces deberán constar en el expediente administrativo. Asimismo, se podrá contratar de manera directa cuando exista una justificación sobre la unicidad del bien o servicio artístico o intelectual.

d) **Medios de comunicación social:** La contratación directa de medios de comunicación social para la difusión de mensajes relacionados con la



*gestión institucional. La contratación de agencias de publicidad deberá realizarse por los medios de contratación ordinarios.*

**e) Suscripciones, compra de material bibliográfico, software y bases de datos:** *La suscripción de revistas, semanarios o diarios de circulación nacional o internacional, así como la compra de material bibliográfico en el extranjero, incluso el contenido en medios electrónicos incluyendo software o bases de datos especializadas.*

**f) Servicios de capacitación:** *Los servicios de capacitación únicamente en los supuestos de capacitación abierta, entendida como aquella en la que se hace invitación al público en general y no es programada en atención a las necesidades puntuales de una Administración y en la cual se justifique su necesidad en función del cumplimiento de los fines institucionales.*

*Las necesidades de capacitación específicas de cada entidad y que requieren de una contratación para esos fines deberán concursarse atendiendo a la estimación que se haga, a excepción del supuesto en el que la empresa y el instructor sean extranjeros, idóneos y por su especialidad, se considera fuera de competencia, en cuyo caso podrá hacerse de manera directa.*

**g) Atención urgente de gestiones legales y judiciales:** *La contratación de servicios de abogacía, cuando corresponda atender de manera pronta e impostergable una gestión legal o judicial, siempre y cuando no se cuente con funcionarios idóneos disponibles para la tramitación del asunto. Si no se requiere de la atención profesional inmediata deberá acudir al procedimiento ordinario correspondiente.*

**h) Reparaciones indeterminadas:** *Los supuestos en los que, para determinar los alcances de la reparación sea necesario el desarme de la maquinaria, equipos o vehículos. Para ello deberá contratarse a un taller acreditado, que sea garantía técnica de eficiencia y de responsabilidad, sobre la base de un precio alzado, o bien, de estimación aproximada del precio para su oportuna liquidación a efectuar en forma detallada. Queda habilitado el ICE para precalificar talleres con base en sistemas de contratación que garanticen una adecuada rotación de los talleres que previamente haya calificado como idóneos siempre y cuando se fijen los mecanismos de control interno adecuados, tales como análisis de razonabilidad del precio, recuperación de piezas sustituidas, exigencia de facturas originales de repuestos, entre otros. En este caso es indispensable garantizar la incorporación de nuevos talleres en cualquier momento.*



i) **Objetos que requieren seguridades calificadas:** Los casos en los que para elaborar las ofertas se requeriría revelar información calificada y confidencial se podrá contratar de manera directa.

*En estos supuestos, el ICE deberá realizar un sondeo del mercado, sin revelar los elementos del objeto que comprometen la seguridad que justifica el procedimiento. Concluido el sondeo de mercado, la entidad procederá a seleccionar a la empresa que considera es la más apta para la satisfacción de su necesidad. La Administración podrá negociar con la empresa seleccionada las condiciones de precio. En todo caso, la Administración deberá acreditar que el precio reconocido es razonable, con relación en prestaciones similares o en función de las aplicaciones y tecnología.*

*No es aplicable esta causal de excepción en los supuestos en los que sea posible realizar un concurso abierto y determinar la idoneidad de un contratista sin tener que revelar esa información, reservándola únicamente para el contratista.*

j) **Interés manifiesto de colaborar con el ICE.** Los contratos de servicios y suministros con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades públicas o privadas que evidencien su afán de ayuda desinteresada a la Administración y su ausencia de ánimo de lucrar en la respectiva operación. El valor real mínimo será determinado por los estudios de mercado que se hagan o, cuando la naturaleza del objeto lo permita, mediante una valoración hecha por peritos idóneos según sea ordenado por la propia Administración. Si se tratara de bienes inmuebles dicha valoración deberá hacerla el Área de Avalúos del ICE.

k) **Arrendamiento o compra de bienes únicos:** La compra o arrendamiento de bienes que en razón de su ubicación, naturaleza, condiciones y situación se configuren como el más apto para la finalidad propuesta. En estos casos, el precio máximo será el que fije el personal del Área de Avalúos del ICE.

*El ICE podrá pactar el arrendamiento de inmuebles por construir o en proceso de construcción, cuando ello convenga a sus intereses institucionales o comerciales, según los términos que las partes convengan.*

*En el caso de la compra de bienes inmuebles no se requerirá la autorización de la Contraloría General de la República.*



l) **Situaciones imprevisibles:** Las contrataciones necesarias para enfrentar situaciones totalmente imprevisibles que afecten o amenacen gravemente la continuidad de los servicios que brinda el ICE. En estos casos la Administración podrá efectuar de inmediato las contrataciones que resulten necesarias y dejará constancia expresa de todas las circunstancias en el expediente que levantará al efecto.

m) **Arrendamiento de vehículos para los funcionarios:** El arrendamiento de los vehículos para los funcionarios de la Administración, cuando para el cumplimiento de sus funciones deban desplazarse, y resulte más económico y razonable que se pague un precio a los funcionarios por la utilización de sus propios vehículos. Para que opere esta modalidad de contratación, es necesario que exista un sistema de control interno eficiente que garantice el uso racional y apropiado y que mediante una reglamentación interna se establezca con precisión las condiciones de la prestación. La utilización de esta modalidad de contratación no requiere de la autorización de la Contraloría General de la República y las tarifas serán fijadas por el ICE.

n) **Servicios de Arbitraje o Conciliación:** La contratación de servicios de arbitraje y conciliación.

ñ) **Combustible:** La compra de combustible que el ICE requiera. Para estos efectos se podrá contratar directamente con la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE) o cualquier otro proveedor que exista debidamente autorizado en el país, si el precio es mejor que el de RECOPE. En cualquiera de las modalidades, el ICE acordará una forma de pago a los proveedores acorde con la lógica de venta del combustible.

o) **Patrocinios:** Otorgar o recibir el patrocinio cuando se trate de una actividad que reporte ventajas económicas, o conveniencia institucional. Si es el ICE la que pretende obtener un patrocinio, ha de procurar las condiciones más beneficiosas y en caso de contar con varias **opciones** decidirá la alternativa más conveniente a sus intereses.

p) **Asesoría a Auditorías Internas:** La Auditoría Interna y los órganos de control podrán contratar servicios profesionales especiales para sus investigaciones, cuando la confidencialidad o agilidad así lo amerite.

q) **Seguridad, urgencia, emergencia u oportunidad:** Supuesto que se da cuando el ICE enfrente una situación cuya atención sea calificada de urgente, existan razones de seguridad, incluida vigilancia y seguridad electrónica, emergencia u oportunidad demostrable, y sea necesario para garantizar la continuidad de los servicios que brinda el ICE o introducir





*mejoras o nuevas tecnologías a sus productos o servicios. La presente causal no podrá invocarse para la contratación de servicios de vigilancia previsible dentro de la planificación ordinaria de la Institución.*

*r) **Productos compatibles o normalizados:** En los casos en los que el ICE, habiendo adquirido equipo tecnológico, decida adquirir más productos del mismo contratista, por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad, teniendo en cuenta si el contrato original satisfizo adecuadamente las necesidades del ICE, si el precio es razonable y especialmente si se descartó la existencia de mejores alternativas en el mercado.*

*s) **La contratación de fideicomisos:** El ICE podrá suscribir contratos de constitución de fideicomisos de cualquier índole dentro del territorio nacional o fuera de él. En el caso de los fideicomisos constituidos en el territorio nacional el ICE y sus empresas podrán elegir libremente el fiduciario entre los bancos del Sistema Bancario Nacional, para ello el fiduciario deberá cumplir los requerimientos que disponga el ICE y sus empresas y coadyuvar en la consecución del interés público e institucional. Las condiciones del fideicomiso serán definidas en el prospecto de cada uno de los fideicomisos.*

*t) **Bienes o servicios cuyos potenciales oferentes sean identificables.** Cuando el Instituto Costarricense de Electricidad pueda acreditar en expediente que luego de estudiar el mercado puede identificar un máximo de cinco potenciales oferentes para un determinado bien o servicio, podrá, en tales casos, celebrar un proceso de contratación directa, invitando directamente a esos potenciales oferentes.*

*u) La actividad de contratación necesaria para la implementación de los artículos 8º y 10 de la Ley Nº 8660, actividad que se ejecutará con respeto a los principios de contratación administrativa en lo pertinente.”*

Debe considerarse que la razón del establecimiento de estas excepciones de la Ley 8660 y su Reglamento al Título II tiene como fundamento lo indicado en el artículo 2 inciso e) de la Ley 8660, que dispone como uno de los objetivos de la Ley, el flexibilizar y ampliar los mecanismos y procedimientos de contratación que tienen el ICE y sus empresas, esto en ocasión de que el ICE es una empresa pública en competencia y en un mercado muy particular por la altísima competitividad y la característica de los otros operadores de telecomunicaciones, en tanto que el ICE se enfrenta con enormes empresas transnacionales que fácilmente contratan lo que requieren para no perjudicar sus operaciones y satisfacer los gustos y demanda de los clientes.



De ahí que el interés de estas excepciones es justamente no entorpecer el fin público encomendado por Ley al ICE, pues el tramitar estos elementos por licitación traería consigo una gran distorsión al orden institucional que se ha establecido, considerando ahora la apertura de mercado a que se le sometió al ICE.

Por consiguiente, para la Institución que represento, el mantener las excepciones que su régimen especial establece es de suma relevancia e importancia para la cadena de abastecimiento de la Institución, por tanto, el ICE se opone a que el Proyecto de Ley limite las excepciones de contratación, conforme la propuesta de texto sustitutivo indicadas en el artículo 3, que menciona:

*“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 que sean indispensables e impostergables, siempre y cuando no excedan el diez por ciento del monto fijado 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 y lo regulado al respecto en la ley que las autoriza. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley.*

*i) La contratación de bienes o servicios artísticos, culturales e intelectuales que por su naturaleza intuitu personae y/o especialidad, sean incompatibles con los procedimientos ordinarios establecidos en la presente ley o su contratación no sea posible llevarla a cabo mediante un registro precalificado de oferente, todo conforme a lo que determine el reglamento.*

*j) Reparaciones indeterminadas: Los supuestos en los que, para determinar los alcances de la reparación sea necesario el desarme de la maquinaria, equipos o vehículos. Para ello deberá contratarse a un taller acreditado, que sea garantía técnica de eficiencia y de responsabilidad, sobre la base de un precio alzado, o bien, de estimación aproximada del precio para su oportuna liquidación a efectuar en forma detallada. Queda habilitada la Administración para precalificar talleres con base en sistemas de contratación que garanticen una adecuada rotación de los talleres que previamente haya calificado como idóneos siempre y cuando se fijen los mecanismos de control interno adecuados, tales como análisis de razonabilidad del precio, recuperación de piezas sustituidas, exigencia de facturas originales de repuestos, entre otros. En este caso es indispensable garantizar la incorporación de nuevos talleres en cualquier momento.*

*Por reglamento no podrán crearse nuevas excepciones.”*

Nótese que esa propuesta deja por fuera varios de los postulados que permiten al ICE realizar contrataciones directas por excepción, con lo que como se indicó, esta propuesta de Proyecto de Ley viene a limitar y perjudicar la eficiencia y eficacia en los procedimientos de contratación que realiza la Institución, y con ello se encuentra en detrimento del interés público.



## 5. Incorporación de Excepción en Venta Servicios no regulados.

Debe considerarse que el ICE conforme dispone la Ley 8660 en su artículo 9 tiene la facultad de vender productos o servicios dentro del ámbito de su competencia, por ello, para poder competir se hace necesario por la experiencia obtenida del año 2008 a la fecha, contar con una excepción de contratación que nos permita adquirir bienes o servicios necesarios para efectuar esas ventas en el menor tiempo posible.

Lo anterior por cuanto, a manera de ejemplo, el ICE puede participar de licitaciones o bien concursos promovidos tanto por entidades públicas como empresas privadas para ofrecer sus servicios, y debe ajustarse a los plazos de entrega establecidos en esos carteles, pues de lo contrario sería acreedor de cláusulas penales por atraso. Considerando que el ICE se vuelve un proveedor más que concursante por resultar favorecido debe ajustarse a lo previsto en ese cartel y con ello de ser adjudicado, salir a realizar un procedimiento de contratación con los plazos que disponga la Ley para obtener sus bienes y servicios necesarios para dar el producto final al cliente, con lo cual evidentemente sale de competencia frente a los proveedores privados que también ofertaron y compran de forma inmediata.

Es primordial contar con esa posibilidad, para lo cual solicitamos incorporar en el artículo 3 del Proyecto de Ley lo siguiente:

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

*(...) g) La adquisición de bienes y servicios necesarios para la venta de servicios y productos no regulados en el caso de las empresas públicas en competencia.*

## 6. Obligación de atención y cumplimiento.

El artículo 12 del Texto Actualizado del Proyecto de Ley, establece:

*“Artículo 12- Obligación de atención y cumplimiento*

*Toda gestión que formule el contratista que sea necesaria para la continuidad de la ejecución del contrato deberá ser resuelta y comunicada por la Administración dentro de un plazo máximo de diez días hábiles contados a partir del recibo de la solicitud, salvo plazo distinto debidamente justificado y contemplado en el pliego de condiciones o en el contrato. Las restantes peticiones que formule el contratista serán resueltas y comunicadas en un plazo máximo de treinta días hábiles. La inobservancia de los plazos anteriores, originará responsabilidad administrativa del funcionario incumpliente.*



*La Administración está obligada a cumplir con todos los compromisos adquiridos válidamente en la contratación pública y a realizar las gestiones pertinentes de forma oportuna para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado.*

*El silencio de la Administración se entenderá como aceptación de la petición, cuando se trate de una autorización admisible en Derecho y se haya cumplido con todos los requisitos”*

Respecto al plazo de 10 días hábiles se considera que no se ajusta a la realidad de la ejecución de las contrataciones que por su naturaleza refieren a temas de tramitación compleja, por lo que se considera debe ampliarse el plazo. Además, en vista de que se prevé responsabilidad administrativa para el funcionario incumpliente, es que se propone ampliar ese plazo a al menos 30 días hábiles.

## **7. Estimación para determinar el monto de la contratación**

El artículo 35 establece:

*“ARTÍCULO 35- Estimación para determinar el monto de la contratación  
Para determinar la estimación de la contratación se deberá tomar en consideración, al momento de la decisión inicial, el monto de todas las formas de remuneración incluyendo el costo principal, seguros, fletes, comisiones, intereses, tributos, primas, derechos y cualquier suma que deba reembolsarse como consecuencia de la contratación.*

*Cuando el pliego de condiciones permita ofertar bienes o servicios opcionales o alternativos, la base para estimarlos será el valor total de la compra máxima permitida, incluidas las posibles compras optativas.*

*Cuando se trate de contrataciones de objeto continuo, sucesivo o periódico que se vayan a celebrar por un plazo determinado sin posibilidad de prórrogas, la estimación se determinará sobre el valor total del contrato durante su vigencia.*

***Cuando se trate de contrataciones con un plazo susceptible de ser prorrogado, la estimación se realizará sobre la base del pago mensual calculado, multiplicado hasta cuarenta y ocho.”***



Sobre el último párrafo del artículo citado, esta Institución no está de acuerdo, en tanto que las prórrogas son facultativas para la Administración una vez determinada por ésta la oportunidad, conveniencia y necesidad de realizar las mismas; por consiguiente, no resulta procedente que se deba calcular dentro de la estimación del contrato un plazo que resulta incierto y que un valor mayor encarece el pago de especies fiscales, así como la garantía de cumplimiento.

## 8. **Contenido del Cartel.**

El artículo 40, párrafo penúltimo del proyecto de Ley en consulta, señala que la Administración estará facultada para modificar de oficio el pliego de condiciones **únicamente** en dos ocasiones, lo cual se considera que no es práctico, además que resulta excesivamente formalista, lo cual va en detrimento del principio de eficiencia que aboga por la conservación de los actos, prevaleciendo siempre el contenido sobre la forma.

Es muy frecuente que los carteles se modifiquen más de dos veces, máxime entendiendo el desconocimiento que muchas administraciones tienen en materia contratación administrativa e incluso en la solución que se brinda, pues, pueden conocer la necesidad, pero los aspectos tecnológicos que implica alguna modificación la desconocen. La solución a las múltiples modificaciones al cartel no es limitar las posibilidades de modificarlo sino deben considerarse otras medidas como incrementar la capacitación en tema de carteles, establecer un cartel tipo o modelo para cada procedimiento, simplificar los sistemas de evaluación utilizados enfocándose 100% en precio, promoviendo las audiencias previas virtuales, etc.

## II. **RESERVA DE CONSTITUCIONALIDAD:**

Es necesario indicar que el Instituto Costarricense de Electricidad mantiene y reitera la posición externada en la nota 258-416-2019 del 10 de octubre del 2019, mediante la cual se pronunció sobre el primer texto del Proyecto de Ley General de Contratación Pública, que se tramita con el expediente N° 21.546, especialmente en cuanto a que mantiene su reserva de constitucionalidad, ello por cuanto si bien este Proyecto tiene como finalidad integrar en un solo régimen de contratación toda la actuación de abastecimiento de la Administración Pública, con el principio de resultar más ágil que el actualmente vigente; sin embargo, luego del estudio del texto del Proyecto, debemos afirmar que no es más flexible y ágil que el régimen especial de contratación establecido en el Capítulo IV de la Ley 8660 que se pretende derogar y que es el aplicable al ICE y sus empresas.

Recordemos que el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA), que corresponde a la Ley N°8622 del 21 de noviembre de 2007, publicada en el Alcance N°40 a la Gaceta N°246 del 21 de diciembre de 2007, dispone:



#### **“8.10 Telecomunicaciones**

*Se acordó la apertura para algunos servicios, en particular, los servicios de redes privadas, Internet y los servicios de telefonía celular.*

*Se acordó que el proceso de apertura de estos servicios será gradual y regulado, y que se deberá respetar los principios de universalidad y solidaridad en el suministro de los servicios en Costa Rica. **Asimismo, se reconoce el compromiso del gobierno costarricense de fortalecer y modernizar al ICE en este proceso.***

*Se acordó que Costa Rica aprobará una ley de modernización y fortalecimiento del ICE, **y tendrá en efecto una legislación moderna para regular el sector,** incluyendo el establecimiento de una autoridad reguladora.” (lo subrayado no es del original).*

#### **“9.18 Telecomunicaciones**

*.... El TLC no dejaría al ICE en una **situación de desventaja frente a los competidores privados. El Anexo 13 del TLC incluye para Costa Rica la obligación de promulgar un marco jurídico para fortalecer al ICE. Esta obligación fue establecida en el mejor interés del ICE y de los costarricenses,** dado que resulta innegable la necesidad de que una ley de modernización sea promulgada lo más pronto posible, para que la institución pueda prepararse adecuadamente para enfrentar la competencia **y tenga los instrumentos necesarios para actuar con la agilidad necesaria para poder dar un servicio de la mejor calidad.***

*En relación con este tema, no cabe duda que el TLC también beneficiará al ICE de tres maneras: 1) el ICE ya no tendrá la carga exclusiva de financiar o subsidiar ningún servicio de telecomunicaciones, pues los operadores privados deberán contribuir al sistema de servicio universal que Costa Rica decida tener, es así que esta carga será compartida; 2) los operadores deberán pagarle al ICE por cualquier uso de su red; y 3) **el TLC implica modernizar al ICE para que, en un régimen de competencia, el ICE se esfuerce por dar más y mejores servicios al público....**” (lo subrayado no es del original).*

Asimismo, específicamente en el Capítulo 13 que regula el tema de Telecomunicaciones en el Tratado, Anexo 13, punto II. Modernización del ICE, se indica:



## *“II. Modernización del ICE.*

*Costa Rica promulgará un nuevo marco jurídico para fortalecer al ICE, a través de su modernización apropiada, a más tardar el 31 de diciembre del 2004.”*

De tal forma que, el Régimen especial de contratación administrativa que goza el Grupo ICE, es el resultado de la garantía otorgada por el Estado para que este Instituto pueda enfrentar la competencia en un grado mayor de igualdad de condiciones, con las herramientas necesarias para poder desempeñarse dentro de un marco de flexibilidad propio de quien compete.

Como resultado de la anterior manifestación, nótese que la Ley 8660, en el artículo 2 referido a Objetivos de la Ley, considera en el inciso e):

*“Artículo 2. Objetivos de la Ley.  
Son objetivos de esta Ley:*

*(...)*

*e) Flexibilizar y ampliar los mecanismos y procedimientos de contratación pública que tienen el ICE y sus empresas...”*

De este modo, no resulta viable que solamente se deroguen los artículos 12, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29 de la Ley de Fortalecimiento, pues ello conllevaría a un sin sentido, al vaciar de contenido el objetivo de esta Ley antes referido, que precisamente el Tratado de Libre Comercio tuvo como uno de sus principios, sea el flexibilizar y ampliar los mecanismos y procedimientos de contratación que poseen el ICE y sus empresas.

En ese sentido, el eliminar el régimen de contratación del Grupo ICE, además de violentar el Tratado de Libre Comercio, que tiene un rango superior a la Ley en la escala normativa, trasgrede el espíritu de la norma, con lo que pone en riesgo la operatividad, eficiencia y eficacia de la Institución, aunado al peligro en la estabilidad financiera que se podría afrontar y el correlacionado daño al interés público, de ahí que nuevamente advertimos su inconstitucionalidad.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el mismo voto N°11210 del 16 de julio del 2008, en el voto de mayoría, que analizó los alcances del Proyecto de Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, dispuso:





“... el Proyecto de Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, se deduce la clara intención del legislador de dotar al Instituto Costarricense de Electricidad de las condiciones necesarias para una mayor eficiencia y eficacia administrativa, financiera y tecnológica. Lo anterior, claro está, en el marco de un proceso de apertura del mercado de telecomunicaciones -ya definido por el pueblo con la aprobación del referéndum del TLC EE.UU., Centroamérica y República Dominicana (Ley referendaria No. 8622 de 21 de noviembre de 2007)- que procura fortalecer a los operadores públicos frente a su eventual competencia. En efecto, de las consideraciones de los dictaminadores del proyecto de ley se colige lo siguiente:

“(...) En el proyecto de marras, se plantea un régimen especial de contratación administrativa para la adquisición de bienes y servicios del ICE.

En cuanto a este tema, el proyecto en estudio enuncia **entre sus objetivos el dotar al ICE de una contratación administrativa ágil, eficiente y eficaz como parte de los esfuerzos de fortalecer y modernizar dicha entidad, así** como de establecer un cuerpo normativo adaptado a sus particularidades.

Tanto la Sala Constitucional como la Contraloría General, han señalado la posibilidad de que existan regímenes especiales siempre y cuando la naturaleza y particularidades de la actividad pública de que se trate, así lo exijan y en tanto los supuestos contemplados en la normativa genérica no le resulten aplicables.

Tal como se pretende en este dictamen, dicho régimen debe regular entonces las condiciones particulares de la contratación administrativa del ICE y sus empresas, e ineludiblemente considerar los postulados constitucionales consagrados en los artículos 182 y 184.

En este tema el legislador tiene **encomendada la tarea de señalar de manera clara cuáles han de ser las reglas y parámetros específicos que justifiquen una regulación apartada del marco normativo general,** desarrollar su contenido en la ley e incorporar los principios constitucionales que atienden la actividad de contratación administrativa del Estado, tal como se propone en el presente texto. (...)”

Por consiguiente, considerando que el Texto Sustitutivo del Proyecto de Ley continúa siendo inflexible y poco ágil para la actividad de contratación administrativa que demanda el ICE, lo cual pone en riesgo su subsistencia, con el correlacionado daño al interés público que por Ley todos estamos obligados a proteger, obligación de la que no está excepcionada la proponente del proyecto, es que se considera que dicho Proyecto sigue manteniendo su inconstitucionalidad, por lo que una vez más solicitamos **se mantenga el régimen especial de contratación que rige al ICE, al amparo de lo establecido**





**en el Capítulo IV de la Ley N°8660.**

**Se adjuntan como Anexo las observaciones externadas por las empresas del ICE.**

Atentamente,

**División Jurídica**

Oky Segura Elizondo  
Directora

Ileana Camacho Rodríguez  
Asesora Legal

 División Jurídica

Se adjuntan Anexos 1 y 2.

