

PROYECTO DE LEY

REFORMAS DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA LEY N.º 9986, DE 27 DE MAYO DE 2021, PARA PROMOVER LA SANA COMPETENCIA Y EVITAR EL USO ABUSIVO DE LA EXCEPCIÓN PARA LA CONTRATACIÓN ENTRE ENTES PÚBLICOS

Expediente N.º 23.957

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

El artículo 182 de la Constitución Política dispone que la contratación de los entes públicos se realice mediante procesos de licitación:

Artículo 182- Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.

A partir de esta disposición constitucional, nuestro legislador aprobó la Ley de Contratación Administrativa, Ley N.º 7494, de 2 de mayo de 1995, con el objetivo de regular la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.

Más recientemente, la Ley General de Contratación Pública, Ley N.º 9986, de 27 de mayo de 2021, derogó la Ley de Contratación Administrativa y dispuso su ámbito de aplicación para toda la actividad contractual que emplee total o parcialmente fondos públicos. La Ley General de Contratación Pública entró en vigor el pasado 1 de febrero de 2022. Ambos cuerpos normativos fueron promulgados atendiendo, entre otros, a los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, igualdad, libre concurrencia y competencia que rigen en

la actividad contractual de la Administración Pública y establecieron la necesidad de realizar procesos de concurso que permitieran atender a la mejor satisfacción del interés público.

Ahora bien, en la Ley de Contratación Administrativa, hoy derogada, el legislador previó una serie de excepciones para excluir los procedimientos de concurso, entre las cuales se incluyó a la actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público:

Artículo 2- Excepciones

Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta ley las siguientes actividades:

(...)

c) La actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público.

Si bien la Sala Constitucional, al analizar la excepción prevista en el numeral 2, inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa, dispuso que esta no resultaba inconstitucional, señaló que la exclusión de los procedimientos de concurso en la contratación entre entes públicos era una mera decisión del legislador, dentro del ámbito de sus competencias, la cual, desde luego está sujeta a reforma legal:

IV- SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO C), DEL ARTÍCULO 2, DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Por otra parte, el accionante reclama que el inciso c), del artículo 2 cuestionado, contraviene lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución Política y los principios de libre concurrencia e igualdad de participación, dado que, autoriza la contratación libre de procedimientos entre los entes estatales, incluso, cuando en tales contrataciones exista una prestación pecuniaria de por medio. Aduce que, independientemente, de quien sea el sujeto que realice la prestación material de las obras, debe seguirse una licitación, por mandato constitucional. En ese sentido, el único argumento que ofrece el accionante en relación con este inciso, es la exigencia de concurso público, que hace el artículo 182 constitucional, pues, a su juicio, independientemente, del sujeto que se contrate, la norma constitucional impide la contratación libre de procedimientos. Resulta relevante identificar

el sujeto que interviene en la contratación, pues, precisamente, en atención a su naturaleza, el legislador puede optar por excluirlo del procedimiento de licitación. Tal es el caso de la excepción que establece el inciso c), del artículo 2, de la Ley de Contratación Administrativa que ahora nos ocupa, la cual fue creada mediante la ley formal de la República, en apego al principio de reserva legal. En cuanto a la excepción en sí, observa esta Sala que, el legislador optó por excluir de los procedimientos de concurso público, la actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público, en virtud de la naturaleza de los sujetos que intervienen en la contratación, los cuales comparten un fin común, que es la consecución del interés público, además, su actuación debe, necesariamente, regirse por los principios de eficiencia, eficacia, cooperación y colaboración interadministrativa, transparencia y el buen uso de los fondos públicos. Es así, como el legislador, a través de una ley formal, creó una excepción a los procedimientos de contratación pública, en atención a la naturaleza de los sujetos que intervienen y, concretamente, respecto de lo que se llama la contratación interadministrativa.¹¹

Por su parte, en la nueva Ley General de Contratación Pública, Ley N.º 9986, de 27 de mayo de 2021, el legislador incorporó, nuevamente, como excepción de los procedimientos ordinarios, la actividad contractual entre entes de derecho público, esta vez tratando de imitar su uso y, más aún, su abuso, en los siguientes términos:

Artículo 3- Excepciones

Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades:

(...)

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 este realizar al menos un setenta por ciento (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.

Como puede observarse, dicho artículo permite utilizar dicha excepción si el objeto contractual se encuentra dentro de las facultades del ente a contratar, se haya acreditado la idoneidad de dicho ente en el expediente electrónico y el ente público a contratar realice, al menos, el 70% de la prestación contractual.

Asimismo, el artículo 6 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo N.º 43808, de 22 de noviembre de 2022, reitera los requisitos antes referidos y agrega algunos adicionales como: garantizar que las contrataciones con terceros estén referidas únicamente a cuestiones especializadas y accesorias, definir, mediante el pliego de condiciones, el objeto a contratar al ente público, así como realizar un estudio de mercado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 inciso d) de este Reglamento:

Artículo 6- Contratación entre entes de derecho público. Se exceptúa de la aplicación de los procedimientos ordinarios, la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Verificar que el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar.

b) Acreditar en el expediente electrónico la idoneidad del ente público en relación con el objeto que se desea contratar.

c) Garantizar que la entidad contratada realice al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual, lo cual se calculará tomando en cuenta la naturaleza y características propias de dicho objeto, pudiendo determinarse de acuerdo con los entregables, fases, objetivos, entre otros elementos, según lo determine la Administración de acuerdo con los estudios previos y las respectivas prestaciones identificadas. Bajo ningún concepto las prestaciones sustanciales definidas en el contrato podrán ser subcontratadas.

d) Garantizar que las contrataciones con terceros estén referidas únicamente a cuestiones especializadas y accesorias. Para realizar cualquier tipo de subcontratación deberán observarse los procedimientos ordinarios establecidos en la Ley General de Contratación Pública.

e) Definir técnicamente, en el pliego de condiciones, el objeto a contratar de modo que queden debidamente plasmados los bienes, obras o servicios que prestará el contratista público. La potestad modificatoria queda sujeta a las regulaciones de la Ley General de Contratación Pública.

f) Realizar un estudio de mercado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 inciso d) de este Reglamento, que considere a los potenciales agentes públicos y privados, idóneos y, de forma motivada, exponer las razones por las cuales se escoge contratar al agente público.

Las consultas a los agentes públicos y privados deberán realizarse en los mismos términos y plazos establecidos por la Administración, tanto en el estudio de mercado como en la contratación respectiva, lo cual deberá constar en el expediente.

En caso de duda, sobre la aplicación de esta excepción la entidad respectiva deberá acudir a los procedimientos ordinarios previstos en la Ley General de Contratación Pública y la entidad pública interesada en contratar podrá participar como un oferente más en el respectivo concurso.

Sin embargo, la excepción prevista en la antigua Ley de Contratación Administrativa para la actividad contractual entre entes de derecho público y, más recientemente, en Ley General de Contratación Pública, ha sido utilizada de forma abusiva por las instituciones públicas sin atender a la satisfacción del interés público y sin asegurar los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y el buen uso de los fondos públicos.

Con el fin de evitar que dicha excepción se utilizara de forma abusiva y se consolidara en una regla dentro de la Administración Pública, el Poder Ejecutivo reformó el artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, mediante Decreto Ejecutivo N.º 40680-H, de 30 de agosto de 2017. Dicho artículo exigía que en la actividad contractual desarrollada entre sujetos de derecho público se observara el equilibrio y razonabilidad de las respectivas prestaciones y que la actividad desplegada por cada ente se encontrara dentro de sus competencias:

Artículo 138- Actividad contractual desarrollada entre sujetos de Derecho Público. Los sujetos de derecho público, podrán celebrar entre sí contrataciones sin sujeción a los procedimientos de contratación, siempre y cuando la actividad desplegada por cada uno se encuentre habilitada dentro de sus respectivas competencias. En sus relaciones contractuales, deberán observar el equilibrio y la razonabilidad entre las respectivas prestaciones.

Tal norma fue ajustada para agregar otros requisitos como: definir el objeto contractual y sus fases de ejecución y presupuestación, acreditar la idoneidad del ente a contratar, asegurar que la participación del ente público en el objeto contractual fuera de al menos un 50% y que las contrataciones con terceros por parte de la contratada estuvieran referidas a cuestiones especializadas y según su régimen de contratación. Antes de ser derogado por la entrada en vigencia del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, dicho artículo establecía lo siguiente:

Artículo 138.-Actividad contractual desarrollada entre entes de Derecho Público. Las entidades de Derecho Público podrán celebrar contrataciones entre sí, sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación, siempre y cuando esa actividad atienda al menos los siguientes requisitos:

- 1) Cumplir en lo pertinente con los requisitos previos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento, en particular, respecto de la correcta definición del objeto contractual y las fases de planificación y presupuestación. Asimismo, en fase de ejecución contractual serán aplicables las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento.
- 2) Estar acreditado en expediente la idoneidad del sujeto público para la dotación del objeto contractual. El jerarca deberá acreditar en la decisión inicial los motivos técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del fin público, disponiendo de un estudio de mercado que considere a los potenciales agentes públicos y privados.
- 3) Observar el marco jurídico que regule las competencias legales de ambas partes.
- 4) Observar ambas entidades el equilibrio y la razonabilidad de sus prestaciones en sus relaciones contractuales.
- 5) Asegurar que la participación de la entidad contratada sea de al menos un 50% de la prestación objeto del contrato. Las contrataciones con terceros por parte de la contratada deberán estar referidas a cuestiones especializadas y según su régimen de contratación.
- 6) Acreditar financieramente la razonabilidad del precio, conforme a las disposiciones de este Reglamento.

Bajo ninguna circunstancia, la presente excepción podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos ordinarios previstos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento.

Los convenios de colaboración suscritos entre entes de derecho público, en ejercicio de sus competencias legales, no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa.

Sin embargo, lo cierto es que dicha reforma reglamentaria no se tradujo en un uso razonable y no abusivo de la figura, sino que, por el contrario, las instituciones públicas siguieron utilizando la excepción prevista en la antigua Ley de Contratación Administrativa

y actualmente en la Ley General de Contratación Pública para evadir los procedimientos ordinarios de contratación, evitando igualdad de participación y la libre concurrencia y competencia por parte de oferentes privados y hasta de otros oferentes públicos.

El uso abusivo de la excepción para la contratación entre entes públicos ha sido documentado en diferentes momentos. Así, por ejemplo, en noviembre del año 2022, la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel) concluyó, a partir de un estudio realizado, que la excepción a los procedimientos ordinarios para la actividad contractual entre entes de derecho público limitó la sana competencia y favoreció a los operadores de telecomunicaciones estatales frente al resto de empresas. La investigación detectó que, entre el 2016 y 2020, el 43% de los servicios de telecomunicaciones del Estado fueron contratados de manera directa a operadores de telecomunicaciones estatales. Asimismo, tal contratación entre entes públicos representó el 74% de los montos adjudicados por el Estado en dichos años:

La investigación señala que entre el 2016 y 2020, el 43% de los servicios de telecomunicaciones del Estado, fueron contratados de manera directa a operadores de telecomunicaciones estatales.

En los últimos 5 años la contratación de manera directa representó un monto superior a los ¢7.000 millones, con un promedio del 74% de los montos adjudicados por el Estado en ese periodo. [\[2\]](#)

De acuerdo con la Sutel, la utilización de la excepción del artículo 2, inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa, hoy también habilitada en la Ley General de Contratación Pública, en el artículo 3, inciso b), ha permitido un uso desproporcionado y abusivo por parte de las instituciones públicas. A continuación, puede observarse un gráfico, elaborado por Sutel, el cual evidencia el porcentaje del presupuesto del sector público adjudicado por año a la adquisición de servicios de telecomunicaciones aplicando la excepción del artículo 2) inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa:[\[3\]](#)

Si bien, el informe hace referencia a la utilización del artículo 2, inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa, el portillo legal hoy sigue abierto para que las instituciones evadan los procedimientos ordinarios de contratación, en aplicación del artículo 3 inciso b) de la Ley General de Contratación Pública.

Recientemente, se ha denunciado que la Agencia de Publicidad del Sistema Nacional de Radio y Televisión (RTN Publicidad) tiene en su poder contratos de publicidad estatal que, en conjunto, suman más de siete mil novecientos veinticinco millones de colones, repartidos

en un total de catorce instituciones públicas para colocar y distribuir pauta del Estado, manejar redes sociales, realizar campañas publicitarias, producir videos y grabar cuñas radiales.^[4]

Con mayor gravedad, se ha evidenciado que RTN Publicidad subcontrata a otras agencias para que brinden los servicios que las instituciones le contratan, tercerización por la cual cobra, en algunos casos, hasta un doce por ciento de comisión, en lugar de que las instituciones públicas realicen procesos de licitación donde participen oferentes públicos y privados, que permitan una competencia que asegure calidad y precio.^[5] Es decir, la institución contratante termina pagando una especie de peaje a la agencia RTN Publicidad con lo cual se da un grave despilfarro de los fondos públicos.

Si bien, de los catorce contratos analizados, ocho de ellos fueron gestados durante la regulación de la antigua Ley de Contratación Administrativa, existen otros nuevos contratos que han sido suscritos recientemente por instituciones públicas por RTN Publicidad. El ejemplo más palpable y cuantioso de los contratos es del pasado 28 de febrero de 2023, por un monto de dos mil trescientos trece millones de colones suscrito entre el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA) para colocar toda la publicidad de dicha institución en medios y producción audiovisual por cuatro años, lo cual se justificó que un supuesto estudio de mercado de una página y media.^[6]

Otro ejemplo que permite evidenciar el uso abusivo y desmedido de la excepción es la contratación realizada por el Instituto Nacional de Seguros a RTN Publicidad el pasado 27 de marzo de 2023 para realizar una clase privada de cocina para veinte personas en un hotel en Santa Ana, San José. Dado que dicha agencia no cuenta con personal especializado para dar clases de cocina, en su lugar subcontrató a una empresa privada para cubrir los pedidos de instituciones públicas sobre eventos y publicidad en puntos de venta; empresa que a su vez subcontrató a un chef privado. Esta cadena de subcontrataciones implicó el pago de una comisión a la empresa privada, a su vez que una segunda comisión del doce por ciento a RTN Publicidad.^[7]

Es claro que la contratación entre entes de derecho público no se ha traducido en una satisfacción del interés público, ni mucho menos ha garantizado principios de eficiencia, eficacia y buen uso de los recursos públicos. Asimismo, dicha excepción ha permitido que las instituciones públicas evadan la participación de terceros privados, impidiendo la igualdad de participación y la libre competencia y competencia, que traiga aparejada una sana disputa por mejores precios y calidad lo cual significará ahorro y un mejor uso de los fondos públicos.

De acuerdo con el documento “*Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública*” de la Dirección de Gobernanza Pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), organización de la cual nuestro país es miembro desde el

25 de mayo de 2021, se recomienda a los Estados Parte utilizar licitaciones abiertas, limitando el uso de posibles excepciones y de contrataciones con un único proveedor:

ii) Recurrir a licitaciones abiertas a la participación, limitando el uso de las posibles excepciones y de las contrataciones con un único proveedor. Las licitaciones mediante concurso deberán ser el método habitual en la contratación pública, como instrumento adecuado que son para lograr la eficiencia, combatir la corrupción, obtener unos precios justos y razonables y garantizar unos resultados competitivos. Si se dan circunstancias excepcionales que justifiquen limitar el uso de los concursos públicos y aconsejen el recurso a la contratación con un único proveedor, esas excepciones deberán quedar establecidas a priori, ser por motivos tasados y llevar aparejada la oportuna justificación cuando se recurra a ellas, sin perjuicio de que se tenga en cuenta, para su supervisión, el mayor riesgo que suponen de corrupción, incluida la de proveedores extranjeros.^[8]

Como puede observarse, dicha recomendación se fundamenta en la necesidad de lograr precios justos y razonables derivados de la competencia entre oferentes, lo cual también redundará en mayor eficiencia y permite combatir la corrupción en las compras públicas.

Por su parte, la Recomendación sobre Neutralidad Competitiva adoptada por el Consejo de la OCDE el 31 de mayo de 2021,^[9] tiene como objetivo solicitar a los países adherentes a la OCDE que se garanticen las mismas condiciones tanto entre empresas públicas y privadas, como entre las diferentes empresas privadas.

Dicha recomendación define la neutralidad competitiva como:

(...) un principio según el cual todas las empresas se encuentran en igualdad de condiciones respecto a la propiedad, la regulación o la actividad en el mercado (incluidos los niveles: central, regional, federal, provincial, de condado o municipal).

De relevancia, la Recomendación señala:

RECOMIENDA que los miembros y no miembros que se hayan adherido a esta Recomendación (en adelante los «Adherentes») garanticen la neutralidad competitiva en la mayor medida posible y a menos que los objetivos de política pública obligatorios requieran otra cosa:

1. Garantizar que el marco jurídico aplicable a los mercados en los que las empresas compiten o pueden competir sea neutral y que no se impida, restrinja ni distorsione indebidamente la competencia. A este efecto, los Adherentes deberán:

b) Mantener la neutralidad competitiva en la aplicación de las leyes de competencia y quiebra, de modo que las empresas competidoras estén sujetas a normas de competencia y quiebra equivalentes, con independencia de su propiedad, ubicación o forma jurídica y que la aplicación de dichas leyes no discrimine entre las empresas públicas y sus competidoras privadas, ni entre los distintos tipos de empresas de propiedad privada. No obstante, lo anterior no excluye las medidas destinadas a salvaguardar la neutralidad competitiva.

d) Establecer condiciones de competencia abiertas, justas, no discriminatorias y transparentes en los procesos de contratación pública para garantizar que ninguna empresa obtenga ventajas indebidas, con independencia de su propiedad, nacionalidad o forma jurídica.

Asimismo, desde el año 2012, es decir, desde hace más de una década, el Consejo de la OCDE emitió la “*Recomendación del Consejo de la OCDE para combatir la colusión en la contratación pública*”^[10] en la cual reconoce que:

(...) la contratación pública es una actividad económica fundamental de los gobiernos con mayor impacto en la competencia en el mercado, tanto a corto como a largo plazo, que puede influir en el grado de innovación y en el nivel de inversión de un sector específico de la industria, así como en el nivel general de competitividad de los mercados, con beneficios potenciales para toda la economía; (...) en la contratación pública, la competencia promueve la eficiencia, ayudando a garantizar que los bienes y servicios ofrecidos a las entidades públicas se ajusten al máximo a sus preferencias, generando ventajas como precios más bajos, mejor calidad, un incremento en la innovación, mayor productividad y, en líneas generales, “buena relación calidad/precio” para el beneficio de los consumidores finales, los usuarios de servicios públicos y los contribuyentes (...).

La utilización y, mejor dicho, el abuso, de la excepción dispuesta en el artículo 3, inciso b) de la Ley General de Contratación Pública violenta los principios de transparencia, igualdad y libre concurrencia y competencia de la contratación pública descritos en los incisos c) y f) del artículo 8 de dicha ley:

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:

(...)

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 persona interesada. La información que se ponga a disposición debe ser cierta, precisa, oportuna, clara y consistente.*

(...)

f) *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. (...). (Énfasis añadido).*

Por su parte, la Contraloría General de la República (CGR) en el oficio DCA-1351 de 28 de junio de 2017 ha recordado que el principio de libre concurrencia y libre competencia es uno de los pilares de la contratación administrativa:

De lo anterior es claro que la normativa se orienta a prohibir cualquier tipo de limitación injustificada a la libre concurrencia o competencia, estimulando el mercado productivo y de este modo garantizar que la mayor cantidad posible de oferentes, puedan acceder al concurso sin restricciones infundadas de ninguna clase. El principio de libre concurrencia o de libre competencia se erige como uno de los principios claves de la contratación administrativa, en tanto garantiza la posibilidad de concurrir a un concurso sin que existan limitaciones injustificadas, de forma tal que al respectivo concurso puedan participar la mayor cantidad de oferentes posibles para determinado bien o servicio, lo cual dicho sea de paso, es acorde con la libertad de empresa que se encuentra consagrada en el artículo 46 de la Constitución Política. La propia Sala Constitucional, en el mismo voto 998-98 definió que los tres principios esenciales que reconoce la doctrina son los de libre concurrencia, igualdad de oportunidades y publicidad. Específicamente el principio de libre concurrencia, se orienta a garantizar la posibilidad que exista competencia entre la mayor cantidad de oferentes dentro de un concurso público, garantizándose a estos las posibilidades de participación. Es decir, que exista oportunidad real de participar a todos aquellos oferentes que efectivamente cumplan con los requisitos pedidos para un concurso en particular. (...) De todo lo anterior puede concluirse que el principio de igualdad se debe entender como la garantía con la que cuentan los participantes, que permea el procedimiento de compra de una manera tal, que todos los participantes de un determinado concurso sean tratados y evaluados bajo reglas similares, que impidan el otorgamiento de ventajas indebidas o tratos preferenciales entre oferentes; aunque como se indicó este principio trasciende también a la propia fase de ejecución. Respecto a la forma en cómo se materializa este principio en un procedimiento de lo que interesa, expresó: "(...) para preservar el principio de igualdad se debe dar la posibilidad a los oferentes a contar oportunamente con toda la información

requerida para preparar y someter a concurso su propuesta, a estar presentes en la apertura de las ofertas, que a todos los oferentes se les califique bajo los mismos parámetros, previamente establecidos (...)” Así pues y en línea con lo anterior, se puede decir que el principio de igualdad, se materializa en un procedimiento de compra a través de la aplicación equitativa e igualitaria entre todos los participantes de las mismas reglas, definidas previamente; evitando de esta forma tratos preferenciales. (Énfasis añadido).

En igual sentido, la CGR ha reiterado que la regla sustantiva es la licitación, de forma tal que una excepción prevista en la ley debe utilizarse como tal (como excepción) y nunca convertirse en la regla:

En ese sentido, la Administración debe partir que la regla sustantiva es la licitación, de forma que la excepción debe administrarse precisamente como tal, por lo que la norma no puede leerse bajo parámetros amplios sino bajo la rigurosidad que exige la aplicación de una excepción en esta materia. La libre competencia como construcción sustantiva no solo asegura a la Administración mejores precios sino también mejores condiciones de calidad, por lo que se reitera que la simple existencia de algunos oferentes públicos o privados, implica la obligación de acudir al procedimiento ordinario que permita las garantías suficientes respecto del cartel y el acto final. De ahí que aplicar la excepción bajo la inteligencia de que son entes públicos, pero a la vez realizar concurso, supone una discusión respecto de si está cercenando competencias en materia de objeción o apelación.

En la misma línea, la CGR ha establecido que, como cualquier otra excepción, su aplicación debe estar motivada en un expediente abierto al efecto y su aplicación es de interpretación restrictiva, con lo cual se debe entender que, en caso de duda entre la aplicación de la excepción o de la regla, se debe optar por la regla. Por otra parte, la aplicación de la excepción debe efectuarse solamente si la entidad contratista es la idónea y preste, como parte de su giro ordinario de acción, el bien o servicio que se requiere contratar.^[11]

Por las razones anteriormente expuestas, resulta indispensable detener de inmediato el abuso que se viene cometiendo de la excepción, por lo que es necesario reformar en la Ley General de Contratación Pública, N.º 9986, de 27 de mayo de 2021, los incisos b) y d) del artículo 3), el inciso f) del artículo 8, que regula sobre los principios generales de la contratación pública, así como ajustar el título del capítulo I del título VI de esta ley, y los artículos 118, 119, 120, 121, 122, 123 y 127.

Bajo la consideración de lo anteriormente expuesto, se propone a conocimiento y trámite legislativo, el siguiente proyecto de ley, para su respectiva aprobación como ley de la República

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
DECRETA:

**REFORMAS DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA LEY N.º 9986, DE 27
DE MAYO DE 2021, PARA PROMOVER LA SANA COMPETENCIA
Y EVITAR EL USO ABUSIVO DE LA EXCEPCIÓN PARA LA
CONTRATACIÓN ENTRE ENTES PÚBLICOS**

ARTÍCULO 1- Se reforman el inciso b) y d) del artículo 3 de la Ley General de Contratación Pública, N.º 9986, de 27 de mayo de 2021, para que se lea de la siguiente manera:

Artículo 3- Excepciones

Se exceptúan de los procedimientos ordinarios establecidos en esta ley únicamente las siguientes actividades:

(...)

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, el cual deberá hacer constar el objeto contractual no se encuentra en régimen de competencia, además deberá realizar al menos un ochenta por ciento (80%) 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.

La presente excepción no se podrá aplicar con respecto a obras, bienes y servicios del ente público a contratar que se encuentren en régimen de competencia, los cuales deberán realizarse mediante procedimientos ordinarios de contratación previstos en la presente ley.

La utilización de cualquier otro medio, diferente del ordinario, para la tramitación de procedimientos de contratación de obras, bienes y servicios en competencia a un ente público acarreará su nulidad absoluta.

(...)

d) El patrocinio y la contratación de medios de comunicación social vinculados estrictamente con la gestión institucional, lo cual no incluye la contratación de agencias de publicidad, de comunicación y campañas informativas y publicitarias.

(...)

ARTÍCULO 2- Se modifica el inciso f) del artículo 8 de la Ley General de Contratación Pública, N.º 9986, de 27 de mayo de 2021, para que se lea 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:

(...)

f) Principio de igualdad y libre concurrencia: en los procedimientos de contratación pública se dará un trato igualitario a todos los oferentes sean entes públicos o privados, se procurará la más amplia participación y justa competencia y se invitará a potenciales oferentes idóneos. No se podrán establecer tratos discriminatorios ni restricciones injustificadas a la libre participación.

ARTÍCULO 3- En la Ley General de Contratación Pública, N.º 9986, de 27 de mayo de 2021, se reforman en el título VI, el nombre del capítulo I; el título y el encabezado del artículo 118; el título del artículo 120; el título y el encabezado del artículo 121; el primer párrafo del 122; el título y el párrafo primero del artículo 123 y el párrafo final del artículo 127, para que en adelante se lean:

TÍTULO VI Régimen sancionatorio

CAPÍTULO I Sanciones a oferentes y contratistas

(...)

Artículo 118- Naturaleza y tipos de sanción a oferentes y contratistas.

Las sanciones que se regulan en este capítulo son de naturaleza administrativa y civil, su aplicación no excluye la imposición de las sanciones penales ni la posibilidad de exigir la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados a la Administración.

A los oferentes, contratistas les resultarán aplicables las siguientes sanciones:

(...)

Artículo 120- Criterios de valoración para la determinación de la sanción a oferentes y contratistas.

(...)

Artículo 121- Procedimiento sancionatorio a oferentes y contratistas.

Las sanciones a oferentes y contratistas reguladas en este capítulo se impondrán por el procedimiento especial establecido en el presente artículo.

(...).

Artículo 122- Alcance de la sanción.

En el caso de los oferentes y contratistas, la sanción no se extingue por la fusión, transformación o cambio de razón o denominación social de la sociedad o entidad sancionada, cualquiera que sea su forma de constitución.

(...).

Artículo 123- Registro único de sanciones a oferentes y contratistas
La Administración o la Contraloría General, según corresponda, está obligada a comunicar a la Dirección de Contratación Pública todas y cada una de las sanciones que imponga a oferentes y contratistas, independientemente de su naturaleza, lo cual deberá comunicar dentro del día hábil siguiente a aquél en que la sanción quede en firme.

(...)

Artículo 127- Procedimiento para imponer sanciones a funcionarios

(...)

De no disponerse de un régimen especial se aplicará el procedimiento establecido en esta ley para sancionar a oferentes y contratistas.

ARTÍCULO 4- Se modifica el artículo 119 de la Ley General de Contratación Pública, Ley N.º 9986, de 27 de mayo de 2021, y se le adiciona un inciso u), para que se lea de la siguiente manera:

Artículo 119- Causales de sanción a oferentes, contratistas:

Serán causales de sanción a oferentes y contratistas las siguientes:

(...)

u) Al ente público contratado con motivo de un procedimiento de excepción promovido con base en el artículo 3 inciso b) de la presente ley que subcontrate más del veinte por ciento (20%) de la prestación del objeto contractual.

Cualquier violación debidamente acreditada, referida a las causales de sanción contempladas en los incisos a), c), d), e), f), g), h), j), k), l), m), n) y u) anteriores, generará la exclusión de la oferta del procedimiento y la resolución del contrato, si se detecta en la

fase de ejecución. La responsabilidad de los oferentes y contratistas prescribirá en un plazo de cinco años, contado a partir del acaecimiento del hecho.

ARTÍCULO 5- Esta ley deberá ser reglamentada por el Poder Ejecutivo dentro del plazo de tres meses posterior a su publicación.

Rige tres meses posterior a su publicación en el diario oficial.

Horacio Martín Alvarado Bogantes

Diputado

[1] Sentencia Nº 11357-2017 de las 09:15 del 19 de julio del 2017 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

[2] Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel). “Mecanismo de contratación pública distorsiona competencia en Telecomunicaciones”, 30 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://www.sutel.go.cr/noticias/comunicados-de-prensa/mecanismo-de-contratacion-publica-distorsiona-competencia-en>.

[3] Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL). “Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones”. Accesible en el siguiente enlace: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe_estudio_mercado_compras_publicas.pdf.

[4] Periódico La Nación. “Sinart concentra contratos de publicidad estatal por ¢8.000 millones”, del martes 6 de junio de 2023. Disponible en: <https://www.nacion.com/el-pais/politica/sinart-concentra-contratos-de-publicidad-estatal/KXGE7MZFZJE37KXYWKQDXV42D4/story/>.

[5] Ibidem.

[6] Ibidem.

[7] Periódico La Nación. “Instituciones pagan doble comisión al contratar servicios mediante el Sinart”, del 10 de mayo de 2023. Disponible en: <https://www.nacion.com/el-pais/politica/instituciones-pagan-doble-comision-al-contratar/UINLURVXW5GTHBQ4UVTY2QDWZM/story/>.

[8] Dirección de Gobernanza Pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). “Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/contratacion-publica/>.

[9] Accesible en el siguiente enlace: <https://legalinstruments.oecd.org/en/>

[10] Accesible en el siguiente enlace: <https://www.oecd.org/daf/competition/Recomendacion-del-Consejo-OCDE-para-combatir-la-colusion-en-contratacion-publica.pdf>.

[11] Contraloría General de la República, oficio DFOE-SAF-0601 / DFOE-DI-1715 de 9 de noviembre de 2017.