



Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

San José, 10 de diciembre de 2018

DM-1400-18

Señor

Leonardo Alberto Salmerón Castillo

Jefa de Área a.i.

Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Económicos

Asamblea Legislativa de la República

Estimado señor:

Dentro del plazo concedido, me refiero a su Oficio N°ECO-462 de 29 de noviembre de 2018 en el que se consulta el criterio del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN) en relación con el Proyecto de Ley denominado *“LEY DE LUCHA CONTRA EL USO ABUSIVO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE ENTES DE DERECHO PÚBLICO”*, expediente N°21.014.

En ocasión de la oportunidad brindada, se estima conveniente señalar que del análisis efectuado al Proyecto de Ley sometido a consulta, en concordancia con lo establecido en la Ley de Planificación Nacional (N°5525 de 2 de mayo de 1974), en el Reglamento General del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (Decreto Ejecutivo N°23323-PLAN de 17 de mayo de 1994) y en el Reglamento General del Sistema Nacional de Planificación (Decreto Ejecutivo N°37735-PLAN de 6 de mayo de 2013), así como examinadas las reflexiones realizadas por la Unidad de Proveeduría de este Ministerio, no se observan incidencias que adicionen, modifiquen o deroguen las competencias y atribuciones de MIDEPLAN.

No obstante lo anterior, en virtud de que el proyecto de ley podría incidir en los procesos de contratación administrativa que lleve adelante el Ministerio, es menester indicar -en relación con la exposición de los motivos que fundan esta propuesta de reforma a la Ley de Contratación Administrativa (N°7494 de 2 de mayo de 1995), particularmente en aquellos casos donde se pudieran vulnerar los principios de eficacia y eficiencia, e igualdad y libre competencia- que la normativa vigente prevé, regula y sanciona supuestos como los descritos, entre éstos, los





Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

DM-1400-18

Pág. 2

artículos 130 y 131 de la Ley General de la Administración Pública (N°6227 de 2 de mayo de 1978), reglan la desviación de poder, como parte de los elementos y de la validez del acto administrativo, señalando lo siguiente:

“Artículo 130.-

1.- El acto deberá aparecer objetivamente como una manifestación de voluntad libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento.

2.- El error no será vicio del acto administrativo pero cuando recaiga sobre otros elementos del mismo, la ausencia de éstos viciará el acto, de conformidad con esta ley.

3.- El dolo y la violencia viciarán el acto únicamente cuando constituyan desviación de poder.

Artículo 131.-

1.- Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás.

2.- Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento; sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento.

3.- La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder.”

Por su parte, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (N°8422 de 6 de octubre de 2004), en sus artículos 5 y 6 definen y sancionan, respectivamente, la conducta tanto de la Administración Pública como de los particulares, cuando atenten contra la norma jurídica, teniendo como consecuencia la nulidad del acto o contrato realizado, así como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. En lo literal, dichas normas prescriben:

“Artículo 5°.- Fraude de ley. La función administrativa ejercida por el Estado y los demás entes públicos, así como la conducta de sujetos de derecho privado en las relaciones con estos que se realicen al amparo





Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

DM-1400-18

Pág. 3

del texto de una norma jurídica y persigan un resultado que no se conforme a la satisfacción de los fines públicos y el ordenamiento jurídico, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma jurídica que se haya tratado de eludir.

Artículo 6°.- Nulidad de los actos o contratos derivados del fraude de ley. El fraude de ley acarreará la nulidad del acto administrativo o del contrato derivado de él y la indemnización por los daños y perjuicios causados a la Administración Pública o a terceros. En vía administrativa, la nulidad podrá ser declarada por la respectiva entidad pública o por la Contraloría General de la República, si la normativa que se haya tratado de eludir pertenece al ordenamiento que regula y protege la Hacienda Pública. Si la nulidad versa sobre actos declaratorios de derechos, deberá iniciarse el respectivo proceso de lesividad, salvo lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, N° 6227, de 2 de mayo de 1978, en cuyo caso deberá actuarse de conformidad con lo allí establecido.

En igual sentido, los artículos 20, 21 y 22 del Código Civil (Ley N°63 de 28 de setiembre de 1887), que rezan:

“Artículo 20.- Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubieren tratado de eludir.

Artículo 21.- Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe.

Artículo 22.- La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización



Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

DM-1400-18
Pág. 4

y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”;

Las normas citadas regulan lo correspondiente a las actuaciones u omisiones que produzcan un fraude de ley o que incurran en un abuso del derecho, en ambos casos transgrediendo el principio de buena fe y produciendo una desnaturalización de la norma, en el primer caso, al acogerse a ella para burlar las consecuencias de otra y en el segundo caso, por el ejercicio excesivo, injusto, impropio o indebido de una facultad en perjuicio de un tercero.

Éstas normas resultarían de aplicación supletoria para la Administración Pública, de conformidad con lo que prescriben los artículos 9, 10 y 13 de la Ley General de la Administración, como sigue:

“Artículo 9.-

1.- El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.

2.- Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios.

Artículo 10.-

1.- La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.

2.- Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere.

Artículo 13.-

1.- La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho



Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

DM-1400-18
Pág. 5

privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

2.- *La regla anterior se aplicará también en relación con los reglamentos, sea que éstos provengan de la misma autoridad, sea que provengan de otra superior o inferior competente.*"

Asimismo, esta supletoriedad también está expresamente contemplada en el Código Civil, en su artículo 14, el cual dispone:

"Artículo 14.-
Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes."

De igual forma, conviene tomar en consideración, que en agosto de 2017 el artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo N° 33411-H de 27 de setiembre de 2006) fue reformado, ampliando la reglamentación sobre la figura de la actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público, estableciéndose una serie de requisitos indispensables para que pueda operar dicha actividad sin sujeción a los procedimientos ordinarios y en su párrafo segundo, estableció con absoluta claridad que:

"Artículo 138.- Actividad contractual desarrollada entre entes de Derecho Público.

(...)

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.

(...)"

Por otra parte, y según lo señaló la Proveduría Institucional de MIDEPLAN, una reforma como la que se propone en el Proyecto de Ley venido en consulta, podría repercutir en la Hacienda Pública, tanto por el aumento de los costos de algunos servicios que ahora se adquieren de entes públicos (por medio de contratación administrativa o por medio de convenios interinstitucionales), como



Despacho Ministerial
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
República de Costa Rica

DM-1400-18

Pág. 6

por la extensión de los procedimientos de contratación, los cuales podrían caer en procesos recursivos o incluso en la sub-ejecución de presupuestos.

Por las razones citadas, se recomienda valorar la necesidad actual de reformar la Ley de Contratación Administrativa, toda vez que en el ordenamiento jurídico costarricense existe suficiente regulación normativa para afrontar y sancionar una eventual vulneración de los principios de eficacia y eficiencia, e igualdad y libre competencia, tanto de la Administración Pública como de los particulares.

Atentamente,

María del Pilar Garrido Gonzalo
Ministra

C: Sra. María José Zamora Ramírez. Jefa. Asesoría Jurídica, MIDEPLAN.
Sr. Javier Rojas Carvajal. Proveedor Institucional, MIDEPLAN.
Archivo

