



República de Costa Rica
El Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

San José, 6 de abril de 2021
DM-DJO-0808-2021

URGENTE

Señora
Geannina Dinarte Romero
Ministra
Ministerio de la Presidencia
S.D.

Ref. Ley General de Contratación
Pública. Expediente 21.546

Estimada Señora Ministra:

Tengo el agrado de saludarla muy cordialmente, con motivo de referirme al texto actualizado del proyecto citado al epígrafe, que fuera publicado en el Alcance No.58 del Diario Oficial La Gaceta No. 54 del jueves 18 de marzo de 2021, el cual, incorpora las mociones aprobadas en el Plenario en la sesión No. 48 del 11 de marzo de 2021.

Por este medio deseo externar las preocupaciones del Ministerio de Relaciones y Culto sobre la propuesta contenida en el artículo SEGUNDO de dicho texto, las cuales, son coincidentes con la preocupación planteada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), mediante correo electrónico dirigido al suscrito, por parte de la señora Allegra Baiocchi, Coordinadora Residente de la ONU para Costa Rica, el 02 de abril de 2021. Para la Cancillería de la República resulta de suma importancia atender los señalamientos realizados por las Naciones Unidas, de tal suerte que se puedan realizar las gestiones respectivas que permitan aclarar los extremos del citado artículo SEGUNDO.

En particular, de acuerdo a la propuesta contenida para el artículo SEGUNDO, se señala a título de exclusiones del régimen de la Ley de Contratación Administrativa, lo siguiente:

“ARTÍCULO 2- Exclusiones de la aplicación de la ley Se excluyen del alcance de la presente ley las siguientes actividades: a) La actividad ordinaria de la Administración. b) Las relaciones de empleo público. c) Los empréstitos públicos. Los procedimientos de contratación derivados de ellos se regirán por la presente ley, salvo que la ley que apruebe el empréstito disponga otro régimen de contratación. d) Las contrataciones que se realicen fuera del país para la



República de Costa Rica
El Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

construcción, la instalación o la provisión de oficinas y para la contratación de bienes, obras y servicios los cuales deberán utilizados y consumidos en su totalidad en el exterior. **e) Los acuerdos celebrados con otros Estados o sujetos de derecho internacional público de carácter humanitario, los cuales se rigen por el derecho internacional público.** f) Los convenios de colaboración entre entes de derecho público, entendidos como aquellos acuerdos que se realizan dentro del ámbito de competencia legal de cada sujeto, donde hay paridad entre las obligaciones de las partes y se busca un mismo fin común, sin mediar pago alguno. g) Las contrataciones que realice la Comisión Nacional de Emergencias, en virtud de la actividad extraordinaria definida en el artículo 4 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley N°8488. Las restantes contrataciones se regirán por lo previsto en la presente ley. h) La adquisición de combustible." (El destacado no pertenece al original)

Como puede advertirse, la exclusión contenida en el apartado e) se refiere exclusivamente a otros Estados o sujetos de derecho internacional público de carácter humanitario, sobre lo que se hace oportuno realizar algunas observaciones sobre la redacción propuesta, bajo un enfoque propio de las reglas del Derecho Internacional Público, así como desde los antecedentes aportados por Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en lo que concierne a la contratación pública.

a. Consideraciones propias del Derecho Internacional Público.

La referencia incorporada en el último texto del proyecto de ley, pareciera distinguir entre aquellos sujetos de derecho internacional público que revisten naturaleza humanitaria de aquellos que no revisten tal naturaleza, respectivamente.

En primer término, corresponde destacar que la naturaleza de los sujetos de derecho internacional no puede ser calificada desde el Derecho interno, sino que la misma encuentra su fuente formal en el Derecho internacional que define como tales a las entidades destinatarias de manera directa y efectiva de un derecho o una obligación en el plano internacional (Barberis, Julio. "Los sujetos del derecho internacional actual", Madrid, 1984).

En este sentido se pronunció la Procuraduría General de la República en su dictamen N°158 del 30 de setiembre de 1991, en el que señaló que el "...sujeto de Derecho Internacional es aquél (sic) respecto del cual el orden jurídico internacional, acuerda derechos e impone obligaciones..."



República de Costa Rica
El Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

Desde esta perspectiva, la incorporación realizada en el proyecto de ley no podría tener sino una eficacia declarativa, no constitutiva como se pretende, toda vez que en lo que respecta a las fuentes del Derecho internacional, debe observarse el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, enumeración que corresponde a la doctrina tradicional en materia de fuentes de derecho y que expresa el consenso básico de los Estados acerca de cuáles son las fuentes formales del derecho internacional.

En este sentido, es pertinente indicar que una modificación como la que se propone, deviene en improcedente, en el tanto se pretenda interpretar que esta norma deroga tácitamente los acuerdos vigentes entre el Estado de Costa Rica y sujetos de derecho internacional público que incorporen una regulación expresa sobre el particular o que esta norma supone una prohibición para el Estado de Costa Rica respecto a la potestad de negociación de nuevos acuerdos o la renegociación de los acuerdos vigentes en los que se pacte, particularmente, la dispensa de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa.

Ello, aunado a que tal distinción podría abrir interpretaciones contrarias al Derecho internacional público sobre el tratamiento de otros sujetos de derecho internacional público, que no son de carácter humanitario. Incluso, en caso de que se mantenga esta redacción, surge la dificultad práctica de determinar cuándo procede o no concluir que se está a un sujeto de Derecho internacional de carácter humanitario; sus estatutos, sus actividades usuales, sus relaciones con otros sujetos o Estados, entre otros, podrían ser factores a tomar en cuenta, sin embargo, se está ante un concepto abierto, cuya determinación podría llegar a generar problemas en la aplicación de la norma.

Adicionalmente, conviene tener presente que la evolución de la subjetividad internacional es bastante activa, de ahí que el Derecho Internacional contemporáneo se caracterice por la pluralidad y la heterogeneidad de sus sujetos.

Desde esa perspectiva, la referencia a los sujetos de derecho internacional público de carácter humanitario, comporta una restricción al régimen propio del Derecho internacional público que resultaría inoponible frente a un sujeto del Derecho internacional que no sea de carácter humanitario y podría comprometer eventualmente la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica, así como entorpecer el desarrollo de sus relaciones con estos sujetos.



República de Costa Rica
El Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

En este sentido, resulta pertinente recordar el pronunciamiento de la Sala Constitucional en el caso de organismos financieros multilaterales en tanto que sujetos del derecho internacional público:

“El análisis de este caso debe partir de la premisa jurídica –ya exteriorizada por la Sala en otros casos- de que los organismos internacionales y sujetos de derecho internacional público, como el Banco Mundial o su componente el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, se encuentran fuera de la competencia jurisdiccional de este Tribunal. Al respecto, la Sala ha dicho: “Bajo el contexto antes reseñado se considera que no procede este amparo, pues la referida entidad bancaria es un sujeto de Derecho Internacional Público regido por un tratado internacional y como tal no está subsumida al derecho interno costarricense, por lo que no es posible demandarle en consecuencia respuesta alguna. Para su constitución no se aplicaron las reglas del Derecho Costarricense, más aún no es persona jurídica costarricense.”

Finalmente, es necesario tener presente que la totalidad de los sujetos de derecho internacional público que desarrollan actividades en el país, lo hacen sobre la base de un acuerdo internacional suscrito entre el Estado de Costa Rica y cada uno de los sujetos de derecho internacional público, regido naturalmente por el Derecho Internacional Público, sin que exista la posibilidad de contemplar una alteración de dicho régimen a través de una norma emanada del Derecho interno de Costa Rica, lo cual atentaría contra los principios sobre los que gira el Derecho internacional en el tanto el Estado soberanamente decidió en cada uno de los casos someterse a las disposiciones contenidas en los textos por él suscritos.

En la misma dirección, el artículo QUINTO del proyecto de ley comentado, hace referencia a la jerarquía de las fuentes y establece lo siguiente:

*“ARTÍCULO 5- Jerarquía de fuentes La jerarquía de las normas en contratación pública se sujetará al siguiente orden: a) Constitución Política. **b) Instrumentos Internacionales.** c) Ley General de Contratación Pública. d) Ley General de la Administración Pública. e) Otras leyes. f) Reglamento a la Ley General de Contratación Pública. g) Otros decretos ejecutivos y reglamentos. h) La normativa técnica aplicable según el objeto de la contratación. i) El pliego de condiciones. j) El respectivo contrato.”* (El destacado no pertenece al original)



República de Costa Rica
El Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

Como puede observarse, la jerarquía de los instrumentos internacionales precede a la Ley General de la Contratación Pública, lo cual contradice lo antes señalado, motivo por el cual la propuesta contenida en el ARTICULO 2, inciso "e" podría generar un conflicto de interpretación por tener un alcance restrictivo con respecto a lo previsto en el ARTICULO 5, inciso "b" conllevando ello inseguridad jurídica para la planificación e implementación de iniciativas de cooperación internacional en el país.

b. Sobre las observaciones de la OCDE en materia de contratación pública.

Como se aprecia en el Dictamen Unánime Afirmativo del proyecto de Ley General de Contratación Pública y se ha expuesto en diferentes actividades de difusión, el proyecto ha considerado los insumos aportados por la OCDE en la elaboración de la reforma integral a la regulación de la materia de contratación pública. Es por ello que, si se considera el informe denominado: *"Enhancing the Use of Competitive Tendering in Costa Rica's Public Procurement System: Streamlining the exceptions and redesigning the threshold system"*, se tiene que luego de realizar una serie de recomendaciones sobre el manejo de excepciones, también se refiere la OCDE a las exclusiones que deberían considerarse según las mejores prácticas en la materia.

De esa forma, en relación con los sujetos de derecho internacional público, dicho informe recomienda al país incorporar este supuesto como exclusión de la Ley de Contratación Administrativa, señalando en lo que interesa:

"This exception, codified in article 2 of the LCA and article 142 of the RLCA, covers procurement activities that are excluded from ordinary procurement procedures by a special law or by an international instrument in force in Costa Rica. In many OECD countries, activities taking place within this framework are excluded from the public procurement regulatory framework since, by definition, the framework cannot apply."

Adicionalmente, como puede verse en el resumen específico de las recomendaciones, la OCDE indicó complementariamente:

"Given that the Costa Rican procurement framework will not apply in these cases, Costa Rica could consider re-classifying the following exceptions as exclusions. (...) Agreement with other countries or international entities subject to the public international law"



República de Costa Rica
El Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

Como bien apunta la OCDE, el marco ordinario de la ley nacional en materia de contratación pública no resulta oponible a los sujetos de derecho internacional público, por lo que, si bien la Ley de Contratación Administrativa vigente lo regula como una excepción, lo correspondiente a criterio del organismo internacional sería considerarlo como una exclusión para cualquier ente que ostente esa condición. De ahí que valorar estas particularidades en la reforma integral que discute la Asamblea Legislativa, resulta una oportunidad para que la norma legal regule de una forma adecuada las distintas modalidades que pueden plantearse en torno a la contratación administrativa.

c. Exclusiones en materia de contratación pública a sujetos de Derecho Internacional.

Por todo lo expresado, consideramos que, a fin de evitar incurrir en contiendas interpretativas o incluso en posibles hipótesis de responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica, respecto a la redacción del artículo SEGUNDO, inciso "b", es pertinente valorar los siguientes escenarios:

a) Omitir la referencia "de carácter humanitario" expresando literalmente lo siguiente:

*"ARTÍCULO 2- Exclusiones de la aplicación de la ley Se excluyen del alcance de la presente ley las siguientes actividades: a) La actividad ordinaria de la Administración. b) Las relaciones de empleo público. c) Los empréstitos públicos. Los procedimientos de contratación derivados de ellos se regirán por la presente ley, salvo que la ley que apruebe el empréstito disponga otro régimen de contratación. d) Las contrataciones que se realicen fuera del país para la construcción, la instalación o la provisión de oficinas y para la contratación de bienes, obras y servicios los cuales deberán ser utilizados y consumidos en su totalidad en el exterior. e) **Los acuerdos celebrados con otros Estados o sujetos de derecho internacional público, los cuales se rigen por el derecho internacional público.** f) Los convenios de colaboración entre entes de derecho público, entendidos como aquellos acuerdos que se realizan dentro del ámbito de competencia legal de cada sujeto, donde hay paridad entre las obligaciones de las partes y se busca un mismo fin común, sin mediar pago alguno. g) Las contrataciones que realice la Comisión Nacional de Emergencias, en virtud de la actividad extraordinaria definida en el artículo 4 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley N°8488. Las restantes contrataciones se regirán por lo previsto en la presente ley. h) La adquisición de combustible." (El destacado no pertenece al original)*



República de Costa Rica
El Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

Esta opción implica que, a todos los sujetos de derecho público, indistintamente que tengan carácter humanitario o no, se les dispense de los procedimientos de contratación administrativa ordinaria, independientemente de que el acuerdo suscrito entre el Estado de Costa Rica y el sujeto de Derecho internacional de que se trate, haya incorporado tal dispensa.

Con ello, se respetarían las dispensas pactadas por el Estado de Costa Rica y el sujeto de Derecho internacional de que se trate, si las hubiere y se generaría una concesión graciosa por parte del Estado de Costa Rica, en aquellos casos en que no se hayan pactado tales dispensas con un sujeto de Derecho internacional en particular.

b) Omitir la referencia a “o sujetos de derecho internacional público” expresando literalmente lo siguiente:

*“ARTÍCULO 2- Exclusiones de la aplicación de la ley Se excluyen del alcance de la presente ley las siguientes actividades: a) La actividad ordinaria de la Administración. b) Las relaciones de empleo público. c) Los empréstitos públicos. Los procedimientos de contratación derivados de ellos se regirán por la presente ley, salvo que la ley que apruebe el empréstito disponga otro régimen de contratación. d) Las contrataciones que se realicen fuera del país para la construcción, la instalación o la provisión de oficinas y para la contratación de bienes, obras y servicios los cuales deberán ser utilizados y consumidos en su totalidad en el exterior. **e) Los acuerdos celebrados con otros Estados.** f) Los convenios de colaboración entre entes de derecho público, entendidos como aquellos acuerdos que se realizan dentro del ámbito de competencia legal de cada sujeto, donde hay paridad entre las obligaciones de las partes y se busca un mismo fin común, sin mediar pago alguno. g) Las contrataciones que realice la Comisión Nacional de Emergencias, en virtud de la actividad extraordinaria definida en el artículo 4 de la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley N°8488. Las restantes contrataciones se regirán por lo previsto en la presente ley. h) La adquisición de combustible.” (El destacado no pertenece al original)*

Esta opción implica que, lo relativo a la dispensa de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa, quede sujeto, exclusivamente, al acuerdo suscrito entre el Estado de Costa Rica y el sujeto de Derecho internacional de que se trate; no pudiendo entenderse que la no incorporación de estos en el artículo SEGUNDO, deviene en una derogación tácita de los acuerdos vigentes entre el Estado de Costa Rica y los sujetos de Derecho Internacional que hayan incorporado en su texto una regulación expresa sobre el particular o que esta norma supone una prohibición para el Estado de Costa Rica respecto a la



República de Costa Rica
El Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

potestad de negociación de nuevos acuerdos o renegociación de los acuerdos vigentes en los que se pacte, particularmente, la dispensa de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa.

c) Mantener la redacción actual del artículo SEGUNDO supra transcrita.

Esta opción implica que, a todos los sujetos de derecho público de carácter humanitario, se les dispense de los procedimientos de contratación administrativa ordinaria, independientemente de que el acuerdo suscrito entre el Estado de Costa Rica y el sujeto de Derecho internacional de que se trate, haya incorporado tal dispensa.

Con ello, se respetarían las dispensas pactadas por el Estado de Costa Rica y el sujeto de Derecho internacional de que se trate, si las hubiere y se generaría una concesión graciosa por parte del Estado de Costa Rica, en aquellos casos en que no se hayan pactado tales dispensas con un sujeto de Derecho internacional en particular.

Ello en el entendido que, respecto a otros sujetos de Derecho Internacional, la dispensa de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa, quedará sujeto al acuerdo suscrito entre el Estado de Costa Rica y el sujeto de Derecho internacional de que se trate; no pudiendo entenderse que la no incorporación de estos en el referido artículo SEGUNDO deviene en una derogación tácita de los acuerdos vigentes entre el Estado de Costa Rica y los sujetos de Derecho Internacional que hayan incorporado en su texto una regulación expresa sobre el particular o que esta norma supone una prohibición para el Estado de Costa Rica respecto a la potestad de negociación de nuevos acuerdos o renegociación de los acuerdos vigentes en los que se pacte, particularmente, la dispensa de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa.

No omito indicar que la determinación respecto de cada una de las opciones planteadas, deviene, primeramente, de la definición de la intencionalidad política de lo que se pretenda, no obstante, ha de tenerse en cuenta la insoslayable necesidad de dejar consignado en la discusión del proyecto, el criterio de interpretación que cada una de las opciones planteadas implica.

En este sentido, respetuosamente se sugiere que, indistintamente de la opción por la que se decante el Poder Ejecutivo, las consideraciones interpretativas apuntadas respecto a la opción que se decida impulsar, sean consignadas en la discusión del proyecto, de modo que sirvan de base para que los operadores jurídicos en los que recaiga la aplicación de la norma, no tengan margen para



República de Costa Rica
El Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

implementar criterios de interpretación distintos de los señalados, so pena de la responsabilidad internacional que podría recaer en el Estado de Costa Rica.

Al agradecer su atención a la presente, quedamos a las órdenes para cualquier aclaración adicional que se requiera.

Cordialmente,

Rodolfo Solano Quirós
Ministro de Relaciones Exteriores y Culto

Cc:

Señor Christian Rafael Guillermet Fernández, Viceministro de Asuntos Multilaterales, MREC
Señora María Devandas Calderón, Viceministra de la Presidencia, Ministerio de la Presidencia.
Señora Natalia Córdoba Ulate, Directora Jurídica -Enlace Legislativo, MREC

NCU/DJ