



Asesoría Jurídica

31 de julio del 2020

MIVAH-AJ-0073-2020

Señora
Irene Campos Gómez
Ministra
Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos

ASUNTO: Criterio al texto sustitutivo del Proyecto de Ley Expediente N° 21.546 “Ley General de Contratación Pública”

Estimada señora:

Reciba un cordial saludo. En atención a solicitud formulada para emitir criterio relacionado con el texto sustitutivo al Proyecto Ley Expediente 21.546 para la emisión de una nueva ley de contratación administrativa denominado “Ley General de Contratación Pública”, consultado por la Comisión Especial para dictaminar dicho expediente, al respecto se emiten las siguientes consideraciones:

Observación puntual:

El criterio que se emite es en relación concreta aquellas modificaciones existentes o introducciones novedosas al texto anterior del Proyecto de Ley 21. 546 para emitir una “Ley de Contratación Pública” sobre el cual ya nos habíamos pronunciado de manera favorable, apreciando y reiterando en ese sentido que el texto propuesto no altera, modifica o colisiona con las competencias atribuibles al Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos.

Consideramos adecuado que en la propuesta de texto sustitutivo se haya suprimido gran cantidad de artículos del texto base, pero que no del todo se consideren descartados, sino que



Asesoría Jurídica

31 de julio del 2020
MIVAH-AJ-0073-2020
Página 2 de 7

por el trasfondo reglamentista que contenían se pueda reservar su redacción para la elaboración de la propuesta de reglamento a la ley.

Introducciones novedosas al texto propuesto:

El valor por el dinero:

Interesa hacer una referencia a un principio de la contratación pública que es apreciable verlo inserto en la propuesta de texto sustitutivo, en el artículo 8, llamado "Valor por el Dinero", hasta antes no se había contemplado este principio en la contratación pública, y es gracias a la evolución conceptual de percibir en las compras públicas una preocupación de algo más que obtener un buen precio para atraer la oferta que sea ventajosa y competitivamente más atractiva.

En fin el valor por el dinero conduce al Estado a dejar de lado aquel enfoque sustentado en un precio para ponderar la eficiencia, economía y eficacia de las compras públicas, para orientarse hacia un enfoque que contemple diversidad de criterios donde además del precio se consideran otros aspectos vitales en la contratación pública como el ciclo de vida, la sostenibilidad y el desempeño social de los bienes y servicios, siendo la finalidad última la de "conseguir más y mejor, pagando lo mismo", incluyendo en el proceso de adquisición las opciones que ofrecen pequeñas y medianas empresas para obtener mejores bienes de calidad para la población en aras de resolver mejor los problemas que se plantea el Estado.

En cuanto a la subcontratación:

En el artículo 49 párrafo segundo se introduce la siguiente excepción que tiene que ver con la subcontratación:



Asesoría Jurídica

31 de julio del 2020
MIVAH-AJ-0073-2020
Página 3 de 7

"(...) Una persona física o jurídica únicamente podrá figurar para un mismo concurso en una oferta ya sea como subcontratista, oferente individual o participar de forma conjunta o consorciada. La condición anterior también resultará aplicable a las personas físicas o jurídicas que conformen un mismo grupo de interés económico. En casos excepcionales cuando se acredite que en el mercado existe un número limitado de eventuales subcontratistas, la Administración podrá, de manera razonada, habilitar en el pliego de condiciones la posibilidad que un mismo subcontratista sea ofrecido por diferentes oferentes."

Esta norma incorpora una excepción que antes no estaba en la ley ni en el texto base del proyecto de ley. La sugerencia y/o preocupación respecto a esta excepción es que a futuro se pierda el control de las excepciones que concedan las diferentes administraciones y que luego sean coincidentes en un mismo subcontratista infinidad de excepciones, concentrándose a futuro un número de contrataciones en manos de una misma persona y/contratista, por lo que es recomendable al efecto que este tema quede amplia y claramente regulado en el reglamento a la ley.

En cuanto a los procedimientos de contratación:

Respecto de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa, sugerimos se conserve la nominación actual de los procedimientos de licitación pública y abreviada, manteniendo la referencia para introducir otro tipo de modalidades de procedimientos contractuales, y que solamente se introduzcan al texto aquellas modificaciones necesarias para su eficacia y eficiencia, conservando las modalidades vigentes en relación con las posibilidades de llevar a cabo procedimientos de precalificación, adjudicación por subasta a la baja y la



Asesoría Jurídica

31 de julio del 2020
MIVAH-AJ-0073-2020
Página 4 de 7

licitación con financiamiento observando las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico según el tipo de modalidad establecida.

En la denominada "licitación mayor por etapas" según el artículo 59 del texto propuesto, consideramos que la etapa posterior a la precalificación de oferentes, que es la calificación de la oferta, insistimos que esta su escogencia no se debe limitar a "*quien cotice el menor precio*", más bien debe estar precedida esa escogencia de un análisis integral de la oferta que contemple no sólo el mejor precio entre todas, sino que combine variables eficiencia, calidad y ventajas considerablemente comparativas que permita a la Administración seleccionar verdaderamente la mejor y no sólo por el menor precio ofertado, entendiéndose para ha sido la precalificación realizada en la etapa previa a la escogencia.

En cuanto a las modalidades de contrato, en relación con el contrato de donación incorporado en el artículo 73 del texto propuesto, se sugiere hacer diferencia entre bienes muebles registrables ante el Registro Nacional de la Propiedad y los que no lo son, ello por temas de seguridad registral y el cambio en la titularidad del dominio del bien que entraña el acto, a efecto de que tratándose de este tipo de bienes registrables la decisión de donar sea adoptada solamente por el jerarca sin posibilidad de delegación, haciéndose la diferencia para aquellos otros bienes muebles que solamente requieren un registro patrimonial institucional para los cuáles por simple acto de delegación del jerarca se puede configurar el acto.

Respecto al procedimiento sancionador:

En relación con la aplicación del procedimiento sancionador a funcionarios públicos, el artículo 129 párrafo segundo del texto propuesto dispone lo siguiente:

"(...) Las faltas en que incurran los funcionarios públicos se tramitarán a conforme al régimen de personal de cada órgano o ente. En caso de que el procedimiento lo tramite



Asesoría Jurídica

31 de julio del 2020
MIVAH-AJ-0073-2020
Página 5 de 7

la Contraloría General de la República, aplicará su propia normativa. De no disponerse de un régimen especial se aplicará el procedimiento establecido en esta ley para sancionar a particulares."

Por garantía al debido proceso, tratándose de un procedimiento que originalmente es para sancionar a los particulares, y que como última opción es el que se estaría aplicando también a funcionarios públicos, en caso de que la entidad no tuviese establecido algún procedimiento especial.

Es menester entonces que el legislador haga la referencia -al menos- a la aplicación supletoria del procedimiento sancionador establecido en la Ley General de la Administración Pública, por tratarse del procedimiento que regula por excelencia el régimen disciplinario sancionador a los servidores públicos, conforme lo establece el artículo 308.2 siguientes y concordantes de la enunciada ley que dispone:

"Serán aplicables las reglas de este Título a los procedimientos disciplinarios cuando estos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad."

Ello porque de acuerdo con la tutela y ejercicio de los derechos fundamentales en resguardo del debido proceso, éste a todas luces constituye un procedimiento con mayores garantías procesales que permite con mayor amplitud hacer posible el ejercicio del llamado "*Derecho General a la Legalidad*" según así lo desarrolló la Sala Constitucional en la sentencia número 1739-92 cuyo extracto en lo que interesa dice: "(...) Aunque el principio de legalidad y el correspondiente derecho de todas las personas a la legalidad -y, desde luego, por encima de todo, a la legalidad y legitimidad constitucionales- parecen referirse más a problemas de fondo que procesales, tienen sin embargo, repercusiones importantes en el debido proceso, aun en su sentido estrictamente procesal. (...) así como que la ley procesal debe ser suficiente para



Asesoría Jurídica

31 de julio del 2020
MIVAH-AJ-0073-2020
Página 6 de 7

disciplinar el ejercicio de la función jurisdiccional y de la actividad de las partes ante ella, en forma tal que no queden lagunas importantes por llenar reglamentaria ni subjetivamente; y, por último, que las exigencias de la ley procesal han de tener garantizada eficacia, material y formal, al punto de que en esta materia las violaciones a la mera legalidad se convierten, por virtud del principio, automáticamente en violaciones al debido proceso, por ende de rango constitucional. (...)". (Subrayado no es del original)

Estamos ante una materia que ya estrictamente no es contratación administrativa, sino sancionadora y disciplinaria para el funcionario público que incumple disposiciones en esa materia, no debiendo confundir que en materia de contratación administrativa de acuerdo con el artículo 367 inciso c) de la Ley General de la Administración Pública, no rige el procedimiento ordinario pero estrictamente aplicable para sancionar al contratista imponiendo -entre otras- multas y penalidades, no así para los servidores públicos que como ya se indicó en aquellos casos donde no exista régimen especial disciplinario sancionatorio corresponde sean observadas las disposiciones citadas de la Ley General de la Administración Pública.

Finalmente insistimos en la necesidad de que el proyecto incorpore una regulación adecuada de los arrendamientos de bienes inmuebles a efecto de que no solo queden regulados conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, Ley numero 7527; ello por cuanto la relación de las instituciones con los arrendantes no es similar a la pactada entre particulares siendo que el interés público está en juego también en esas relaciones económicas y requieren de un tratamiento diferenciado. Al respecto debe regularse en el sentido de que los plazos de negociación no deben estar sujetos a los tiempos de las contrataciones administrativas sino mas bien con plazos indefinidos hasta tanto se satisfaga el interés público concurrente sin que ello valla en detrimento del derecho de propiedad privada que le asiste al arrendante quien se resguarda en todo caso con el derecho al equilibrio económico a efecto de



Asesoría Jurídica

31 de julio del 2020
MIVAH-AJ-0073-2020
Página 7 de 7

lo cual en todo caso debe contemplarse una formula de reajuste de precio que resguarde las finanzas públicas y a la vez el equilibrio económico para el propietario.

Conclusión:

De conformidad con lo expuesto, esta Asesoría Jurídica es del criterio que el Proyecto de Ley indicado, es viable jurídicamente reiterando que al tratarse de una ley general debe tenerse el cuidado sobre las especificaciones y consideraciones que deba realizar el Poder Ejecutivo al momento de su reglamentación, sin rebasar el contenido e intención del legislador plasmado en la ley.

En definitiva, la propuesta de una nueva Ley de Contratación Administrativa no afecta las competencias que tiene el Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos para llevar a cabo el procedimiento de compras públicas.

Señalando finalmente que la aprobación del proyecto de ley en estudio es asunto de política legislativa en manos del Legislador a quién compete el dictado de la ley.

Sin otro particular, atentamente,

Javier Peralta Beer

Jefe

Rchm

C.
Archivo

Expediente AJ-030-2020