

DESPACHO MINISTERIAL

11 de agosto de 2020
MICITT-DM-OF-795-2020

Señora
Victoria Hernández Mora
Ministra
Ministerio de Economía, Industria y Comercio

Estimada señora:

Reciba un cordial saludo. En atención a su comunicación DM-OF-451-20 al respecto del texto propuesto para Decreto “MEDIDAS PARA INCENTIVAR LA PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS EN LAS COMPRAS PÚBLICAS DE LA ADMINISTRACIÓN, SEGÚN CRITERIOS DE LOCALIZACIÓN, INCLUSIÓN SOCIAL Y SOSTENIBILIDAD” y una vez que nuestra Unidad de Asuntos Jurídicos realizó el respectivo análisis me permito detallar las siguientes observaciones:

Considerando X

El artículo 42 de la Ley n.º 7494 corresponde a Licitaciones Públicas, por lo que se recomienda la revisión de las citas del artículo e inciso respectivo que fueron plasmadas en la propuesta de decreto ejecutivo en estudio, para que no queden fuera los demás procedimientos de contratación¹.

Artículo 2.- Alcance

En este artículo debe ser sustituida la frase “la presente directriz” por “este de decreto”.

Además, recomendamos la utilización del lenguaje inclusivo “las personas jerarcas” y no “los jerarcas”, en observancia a lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo n.º 41115 “Política nacional para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (PIEG) 2018-2030” del 6/3/2018, publicada en el Alcance n.º 136 a la Gaceta n.º 137 del 30/7/20183.

Artículo 3.- Obligatoriedad

En lo que respecta al epígrafe de este artículo, recomendamos su revisión, toda vez que no se ajusta al contenido del mismo, ya que de lo que se trata es de los deberes de las instituciones públicas o ámbito de aplicación.

Se recomienda conceptualizar “unidades productivas”.



DESPACHO MINISTERIAL

11 de agosto de 2020
MICITT-DM-OF-795-2020

Sugerimos sea revisado este artículo conforme lo dispuesto en el ordinal 5 de la ley n.º 7494 “Ley de Contratación Administrativa” del 2/5/2020, debido a que podría vulnerar los principios de igualdad de participación de todos los oferentes potenciales, así como el principio de libre competencia, debido al territorio. Además, en virtud de la Jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativoⁱⁱ contenido en el artículo 6 de la ley 6227 del 2/5/1978, este decreto no puede contravenir la ley de cita.

En este apartado consideramos necesario que sea clarificado sea corregido lo siguiente:

1. La ley n.º 7600 “Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad” del 2/5/1996, define en el artículo 2 el término “discapacidad” y en el cuerpo del articulado de la ley, alude a “personas con discapacidad, no a “personas con capacidades especiales”, razón por la cual, consideramos deben ajustar el término legalmente establecido.
2. -La ley n.º 7935 “Ley Integral para la Persona Adulta Mayor” del 25/10/1999, establece en el artículo 2: “... Persona adulta mayor: Toda persona de sesenta y cinco años o más...” Es decir, no es correcto indicar que las personas adultas mayores tengan una edad de 46 años, y que las personas comprendidas en esa franja etárea sean parte de los grupos vulnerables del país. Esta sola indicación riñe con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente.
3. -La ley 8261 “Ley General de la Persona Joven” del 2/5/2002, en su artículo 2 define: “Personas jóvenes” como: “Personas con edades comprendidas entre los doce y treinta y cinco años, llámense adolescentes, jóvenes o adultos jóvenes; lo anterior sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes en beneficio de los niños y adolescentes”. En este sentido, sugerimos analizar los rangos de edad (18-25 años) indicados en la propuesta, ya que no es acorde a lo estipulado en la ley de cita (12-35 años), y no se comprende de dónde fue extraído ese rango etario.
4. -La Ley n.º 6054 “Ley Orgánica del Ministerio de Economía, Industria y Comercio” del 14/6/1977, en concordancia con lo dispuesto en La ley 82629 “Ley de Fortalecimiento de las Pequeñas y Medianas Empresas” del 2/5/2002, y el Decreto Ejecutivo n.º 39295-MEIC “Reglamento a la Ley de Fortalecimiento de las Pequeñas y Medianas Empresas, Ley N° 8262” del 22/6/2015, constituyen el marco normativo que promueve y permite el desarrollo productivo de las pequeñas y medianas empresas, en adelante PYMES. En este sentido, en la propuesta de decreto recomendamos separar las temáticas concernientes a los sectores vulnerables, con lo que corresponde propiamente a la actividad comercial.



DESPACHO MINISTERIAL

11 de agosto de 2020
MICITT-DM-OF-795-2020

Por otra parte, el artículo 3o incisos b), c) se establecen como funciones del MEIC "... b) Definir, formular, promover, coordinar y evaluar los programas de promoción y apoyo de las PYMES, dentro del marco de sus competencias, con énfasis en la aplicación de soluciones referidas a los obstáculos más relevantes en su desarrollo; asimismo, darles seguimiento a tales programas ..." c) Impulsar, en las instituciones públicas y privadas relacionadas con el sector, las propuestas tendientes al crecimiento, el fortalecimiento, la promoción y el desarrollo del sector de PYMES.

En este contexto, recomendamos valorar la pertinencia de la inclusión de las PYMES en esta propuesta de Decreto, siendo que esa labor es parte de las funciones propias del MIEC, por lo que quedaría pendiente es el "cómo" se harán efectivas tanto la "promoción y participación de las PYMES", según lo propuesto.

Artículo 4.- Factores de calificación

Lo indicado en este artículo preocupa, porque lo pretendido podría reñir con los principios de "igualdadⁱⁱⁱ" y "libre competencia^{iv}" regulados en el artículo 5 de la ley n.º 7494 "Ley de Contratación Administrativa" y en su reglamento, que en su párrafo primero dispone: "... En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta Ley o las disposiciones que rijan los procedimientos específicos de cada contratación **no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales...**" (lo resaltado y subrayado no pertenece al texto original)

Ahora bien, lo que se propone en el proyecto que nos ocupa, es que en la evaluación sean adicionados factores que contribuyan a la consecución de los aspectos señalados en el artículo 3 de la misma propuesta denominado "Obligatoriedad", como la ubicación geográfica de la empresa oferente, que posea en su planilla personas con capacidades especiales o personas mayores de 46 años de edad.

No obstante, el artículo propuesto, además de ser ambiguo podría tener roces de legalidad, debido a que el artículo 5 de la ley de cita, prohíbe expresamente la inclusión de regulación, que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales, máxime que las limitaciones a la libre competencia no cuentan con una base técnica, legal o económica, debidamente justificada. (En nuestro caso no las remitieron para esta revisión).

Asimismo, también son establecidos requisitos como ciertos perfiles de las personas que las empresas deban tener en su planilla (personas con discapacidad y personas mayores de 46 años), y de ello tampoco se tiene una base técnica, legal o económica, debidamente justificada.



11 de agosto de 2020
MICITT-DM-OF-795-2020

Por otra parte, tampoco es comprensible el motivo por el cual, en este artículo aluden a personas mayores de 46 años, siendo que en el artículo 3 inciso c de la iniciativa bajo examen, referían a personas adultas mayores de 46 años^v.

Finalmente, la reforma propuesta al artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, además de lo indicado en los párrafos anteriores, no implica de manera alguna que con esa reforma la Administración obtenga una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente en sus contrataciones, por lo que consideramos necesario que las autoridades proponentes de este proyecto replanteen su iniciativa con sustento técnico, legal y/o económico, debidamente justificado.

Artículo 5.- Verificación de ubicación geográfica

En lo que respecta al epígrafe de este artículo, recomendamos su revisión, toda vez que no se ajusta al contenido del artículo, ya que de lo que se trata es de la constatación de uno de los requisitos, y no contempla las disposiciones contenidas en la ley n.º 8220 y su reglamento.

En cuanto a la invitación a participar en las contrataciones, no se debe obviar, que las contrataciones administrativas tienen un marco normativo especial por la materia, a partir de la ley n.º 7494 del 2/5/1995, Decreto Ejecutivo 33411 del 27/9/2006, y demás disposiciones normativas aplicables. (Ver lo correspondiente al régimen jurídico de cada norma), por lo que la remisión al Decreto Ejecutivo n.º33305-MEIC-H parece insuficiente.

Artículo 6.- De los Convenio Marco.

Sobre este artículo reiteramos los comentarios desarrollados en el artículo 4o de la iniciativa bajo examen, respecto a los principios de “igualdad” y “libre competencia” regulados en el artículo 5 de la ley n.º 7494 “Ley de Contratación Administrativa” y en su reglamento.

Artículo 7.- Programa Anual de Adquisiciones.

Recomendamos revisar la normativa que pretender reformar, y la redacción del artículo propuesto, no es comprensible la frase: “...La Administración acatará en su programa anual de adquisiciones, las disposiciones establecidas en el presente Decreto ...”



DESPACHO MINISTERIAL

11 de agosto de 2020
MICITT-DM-OF-795-2020

Se observa que en el texto propuesto se procuran reformas a otros Decretos Ejecutivos no se hace la indicación expresa de la reforma pretendida. Además, sobre esto y otros temas resulta de suma importancia contar con el criterio jurídico por parte de otros Ministerios y dependencias ante la naturaleza de los temas desarrollados en el texto propuesto.

Una vez realizado el análisis íntegro del texto propuesto se observa que existe la posibilidad de que parte del texto de la propuesta – según lo indicado en cada apartado, pueda vulnerar los principios de libre competencia e igualdad de participación de todos los oferentes potenciales, en las contrataciones administrativas conforme lo dispuesto en el ordinal 5 de la ley n.º 7494 “Ley de Contratación Administrativa” del 2/5/2020 y su reglamento, por lo cual es importante que se realice el análisis correspondiente de la entidad correspondiente en la materia.

Además, también de forma general se observan imprecisiones, errores e inconsistencias; descritas en este documento, las cuales deben ser corregidas y aclaradas para poder proceder con la firma de las autoridades pertinentes.

Atentamente,

Dr.-Ing. Paola Vega Castillo
Ministra de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones
DESPACHO MINISTERIAL

ⁱ Ver https://campus.cgr.go.cr/capacitacion/CV-ABC-CA/L2/21_los_procedimientos_ordinarios.html

ⁱⁱ Ver http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=13231&nValor3=109081&nValor5=77074

ⁱⁱⁱ Este principio se encuentra estrechamente relacionado con el principio de libre competencia, ya que indica que en un mismo concurso, todos los participantes deben ser tratados en

igualdad de condiciones y además, deben ser examinados bajo las mismas reglas. Ver https://campus.cgr.go.cr/capacitacion/CV-ABC-CA/L2/2215_igualdad.html

^{iv} Este es también un principio esencial para la contratación administrativa y consiste en garantizar la posibilidad a todos los potenciales oferentes de participar en el concurso, sin que se puedan introducir en el concurso limitaciones que no tengan una base técnica, legal o económica, debidamente justificada. La idea es que todos los potenciales oferentes puedan participar en igualdad de condiciones, y que si se van a exigir requisitos que eventualmente limiten la participación de algún oferente, esto se haga teniendo una base técnica, legal o económica que justifique esta limitación. Ver https://campus.cgr.go.cr/capacitacion/CV-ABC-CA/L2/2214_libre_competencia.html

^v 13 Ver además la observación del artículo 3.

