

**Al contestar refiérase
al oficio Nro. 16663**

20 de noviembre, 2023
DFOE-GOB-0498

Señor
Fernando Víquez Salazar
Presidente de la Junta Directiva
BANCO DE COSTA RICA
fjviquez@bancobcr.com
juntadirectiva@bancobcr.com

Señora
Shirley González Mora
Presidenta de la Junta Directiva
**OPERADORA DE PLANES DE PENSIONES COMPLEMENTARIAS
BANCO POPULAR Y DE DESARROLLO COMUNAL SOCIEDAD ANÓNIMA**
shgonzalez@bp.fi.cr

Señora
Mónica Araya Esquivel
Presidenta Ejecutiva de la Junta Directiva
INSTITUTO NACIONAL DE SEGUROS
marayae@grupoins.com
majimenezc@grupoins.com

Señor
Fernando Sandí Chacón
Presidente Consejo Directivo
SISTEMA NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN S.A.
presidenciaejecutiva@sinart.go.cr

Estimados señores y señoras:

Asunto: Orden n.º DFOE-GOB-ORD-00001-2023 sobre contrataciones asociadas al Sistema Nacional de Radio y Televisión Sociedad Anónima, en el Sistema Integrado de Compras Públicas

Este Órgano Contralor en el ejercicio de sus potestades de fiscalización superior de la hacienda pública, otorgadas mediante los artículos 183 y 184 de la Constitución Política y en los artículos 11, 12 y 22 de su Ley Orgánica n.º. 7428, se encuentra ejecutando una investigación en el Sistema Nacional de Radio y Televisión Sociedad Anónima (SINART S.A.), relacionada con contrataciones realizadas en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP).

Al respecto, como parte de las revisiones y análisis efectuados en dicha investigación se detectan aspectos relacionados con los procedimientos de contratación llevados a cabo en el periodo del 1° de diciembre de 2022 al 24 de setiembre de 2023 que ameritan la emisión de la presente orden, en virtud de lo cual seguidamente se exponen los elementos que de acuerdo al ordenamiento jurídico y criterio de este Órgano Contralor, resultan de mayor relevancia en torno a los casos en concreto.

1. ASPECTOS RELEVANTES

- 1.1. La Ley General de Contratación Pública (LGCP), Ley n.° 9986, publicada en La Gaceta n.° 103 del 31 de mayo de 2021, entró a regir a partir del 1° de diciembre de 2022. Dicha normativa se establece como un régimen legal unificado de aplicación general, que promueve el uso de procedimientos ordinarios de contratación y por ende, la eliminación de los regímenes especiales, así como la marcada diversidad de procedimientos que existían, el uso indiscriminado de excepciones y el no uso del SICOP, entre otros. De ahí que esta nueva normativa obedece a la necesidad de la actualización y ajustes asociados a las demandas, los requerimientos y las posibilidades del presente; para así cumplir con el mandato constitucional del procedimiento ordinario de contratación, como la regla y vía idónea para la adquisición de bienes y servicios.
- 1.2. De particular relevancia para el SINART, empresa pública, el inciso f) del artículo 135 de la LGCP establece que: *“Se deroga el inciso a) del artículo 22 de la Ley 8346, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Radio y Televisión Cultural, de 12 de febrero de 2003”*; norma que le excluía de la aplicación de la *“Ley N.° 7494, Contratación Administrativa, de 2 de mayo de 1995”*. La derogación del citado inciso a) del artículo 22 implica que al SINART S.A., le resulte aplicable la LGCP de acuerdo con el artículo 1 que establece como ámbito de aplicación de la nueva Ley a toda la actividad contractual que emplee total o parcialmente fondos públicos.
- 1.3. En ese sentido, el día 19 de julio de 2022, la Dirección de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda por oficio DGABCA-0363-2022, señaló que el artículo 1° de la Ley 9986 establece su ámbito de aplicación para todos aquellos procesos de contratación en que se empleen total o parcialmente fondos públicos, sin que sea necesario considerar la naturaleza jurídica de la institución que promueve el procedimiento.

Asimismo indicó que el artículo 3 de la misma Ley, establece una lista taxativa de excepciones limitando la posibilidad de crear nuevas, y la Administración deberá cumplir necesariamente los requerimientos establecidos por Ley y aquellos que al efecto se detallan en su Reglamento, a fin de tramitar las excepciones; estableciendo el Legislador que pese a las excepciones previstas de no realizarse a través de los procedimientos ordinarios de contratación, existe la obligatoriedad de que al menos la

Administración mantenga un registro de estas en el sistema digital unificado (artículo 4 de la Ley indicada).

También en el mismo criterio, la Dirección le señala a SINART S.A. que “...una vez que entre en vigencia la Ley General de Contratación Pública, ésta le será aplicable y deberá considerar las regulaciones establecidas en relación con el ámbito de aplicación de la Ley, las exclusiones, las excepciones y demás disposiciones para determinar la cobertura, exclusión y/o aplicación de algún procedimiento especial por ella previsto a los tipos de contratos...”, concluyendo que se deben efectuar los procesos de contratación pública en apego a la legislación vigente y a los lineamientos emitidos por dicho órgano rector, correspondiéndole al SINART S.A. determinar según la contratación, el procedimiento a aplicar a partir del 1° de diciembre de 2022 en estricto apego a lo establecido en la Ley n.° 9986 y su Reglamento, sin perjuicio del control y fiscalización que puedan efectuar las instituciones competentes según la materia.

- 1.4. El artículo 8 de la LGCP, determina una serie de principios que rigen transversalmente en toda la actividad contractual en que medie el empleo de fondos públicos y durante todo el ciclo de la compra pública. Al respecto, el inciso a) refiere al principio de integridad, en el que la conducta de todos los sujetos que intervengan en la actividad de contratación deben ajustarse al cumplimiento de las normas y los valores éticos, prevaleciendo en todo momento el interés público.
- 1.5. El inciso a) del numeral 14 de la citada LGCP, establece las obligaciones del oferente y del contratista, en el sentido que señala el deber que tienen ambos de someterse plenamente al ordenamiento jurídico costarricense, así como a verificar que el procedimiento utilizado por la Administración para la contratación respectiva se ajuste a las disposiciones de la misma LGCP.
- 1.6. El artículo 3 de la LGCP detalla los supuestos que pueden constituirse como excepciones de los procedimientos ordinarios y los artículos 4 de la LGCP y 4 del Reglamento a la LGCP, establecen los requerimientos generales que resultan ineludibles y de acatamiento obligatorio para el uso de esas causales.
- 1.7. El artículo 4 de la LGCP, establece que para el uso de las excepciones debe señalarse expresamente la necesidad de contar con la decisión inicial dictada por el jerarca de la institución o su delegado, la acreditación de la procedencia de utilizar la excepción respectiva, dejando constancia de los motivos legales, técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del interés público, así como realizar, cuando corresponda, un sondeo o un estudio de mercado que considere los potenciales oferentes idóneos del objeto que se pretende contratar.
- 1.8. Por su parte el artículo 4 del RLGCP brinda mayor precisión a la regulación antes citada indicando en el inciso a) la condición de contar con: “*Decisión administrativa que da inicio al procedimiento de contratación emitida por el jerarca de la Institución solicitante (...)*”, el inciso b) sobre el requerimiento de acreditar: “*mediante informes legales,*

técnicos y financieros, el uso de la excepción respectiva, con indicación expresa de la necesidad a satisfacer, dejando constancia de la justificación que hacen de esta vía la mejor opción para la satisfacción del interés público”, por su parte el inciso c) señala que se debe realizar el “estudio de mercado, que incluya la investigación exploratoria del mercado (oferta y demanda)” así como indicar los elementos correspondientes a su contenido, y otro de los requisitos que establece, es el inciso d) que refiere al “Monto total por contratar”. Finalmente dicho numeral establece una regla general de alta relevancia que deberá ser parámetro principal para todo operador jurídico, al disponer que “En virtud del principio constitucional de licitación, la aplicación de las excepciones a los procedimientos de concurso será restrictiva. En caso de duda, siempre se favorecerá el concurso, no la excepción.” (el resaltado no corresponde al original)

- 1.9. Dentro de las excepciones establecidas por el numeral 3 de la LGCP antes indicado, se encuentra el supuesto de la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, regulado en el inciso b) de la siguiente forma: “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.”
- 1.10. En mayor detalle, el numeral 6 del Reglamento de la LGCP refiere a los requisitos que además de los ya señalados, deben ser considerados a la hora de fundamentar la excepción de la aplicación de los procedimientos ordinarios para la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público. Como resulta: “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 (...) 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 (...)/ 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 (...)/ 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 (...)”. En este último aspecto, el artículo 44 inciso d) establece “d) Cuando la Administración no pueda determinar la razonabilidad del precio de

conformidad con lo señalado en el inciso a), sea porque no existen datos suficientes o porque se han dado situaciones excepcionales en el mercado específico, deberá realizar un sondeo o estudio de mercado en que considerará, la cuantía y complejidad del objeto, la realización de una investigación exploratoria del mercado (oferta y demanda), considerando información histórica disponible, gestionando información mediante diversos mecanismos de consulta y en general, utilizando todo aquel material y otros medios complementarios que permitan una mejor comprensión del producto o servicio por adquirir.”

Finalmente, sobre el artículo 6 del RLCA que se viene mencionando el último párrafo remarca para este caso en particular, la regla general ya señalada en el art. 4 del RLGCP, al disponer que en caso de duda sobre la aplicación de esta excepción, se debe acudir a los procedimientos ordinarios previstos en la misma LGCP.

- 1.11. Con respecto a la decisión inicial, el artículo 37 de la Ley General de Compras Públicas, indica que este acto debe contener *“una justificación de la procedencia de la contratación, una descripción y estimación del costo del objeto, el cronograma con las tareas y las unidades responsables de su ejecución con las fechas de inicio y finalización, un funcionario designado como administrador del contrato, los parámetros de control de calidad, los terceros interesados y/o afectados, así como las medidas de abordaje de estos sujetos cuando el proyecto lo amerite y los riesgos identificados, debiendo procurarse que el riesgo en ningún caso superará el beneficio que se obtendrá con la contratación.”*
- 1.12. Sobre el mismo tema, el artículo 86 del RLGCP establece que la decisión inicial deberá contener, entre otros elementos, *“(…) a) Una justificación de la procedencia de la contratación, con indicación expresa de la necesidad (...) b) La descripción del objeto, las especificaciones técnicas y características de los bienes, obras o servicios que se requieran, en caso de que puedan existir diferentes opciones técnicas para satisfacer la necesidad, acreditar las razones por las cuales se escoge una determinada solución, así como la indicación de la posibilidad de adjudicar parcialmente de acuerdo a la naturaleza del objeto. (...) El funcionario competente valorará el cumplimiento de los anteriores requisitos, dispondrá la confección de un cronograma con tareas, responsables de su ejecución, velará por el debido cumplimiento del contrato que llegue a realizarse; e informará a la brevedad posible al adjudicatario cualquier ajuste en los tiempos del cronograma o incumplimiento trascendente de éste, a fin de que se adopten las medidas pertinentes, de lo cual deberá mantener informado en todo momento a la Proveeduría Institucional.”*
- 1.13. El establecer requisitos para las excepciones es acorde con la naturaleza contractual y resulta necesario para promover la satisfacción del interés público, toda vez que si bien tales excepciones permiten seleccionar al contratista bajo supuestos específicos, ello no

significa desconocer las regulaciones sustantivas, básicas y necesarias, para definir y ejecutar obligaciones contractuales.

- 1.14.** En concreto para el uso de la excepción de la contratación entre entes de derecho público resulta ineludible contar con el estudio de mercado, pues a pesar de que el artículo 4 inciso c) dispone como requisitos generales que el estudio de mercado se requiere “en los casos que corresponda”, para efectos de esta excepción en particular el artículo 6 inciso f) del reglamento a la LGCP lo impone como requisito y exige que sea ejecutado conforme al artículo 44 inciso d) del mismo reglamento.
- 1.15.** La Procuraduría General de la República y la Contraloría General se han pronunciado sobre la interpretación y alcance del inciso c) del artículo 19 de la Ley Orgánica de SINART S.A., n.º 8346¹; en el sentido de que establece el deber legal a los organismos públicos que enumera, de pautar el 10% de los dineros destinados a publicidad e información en radio, televisión u otros medios de comunicación, mediante la agencia de publicidad de Sinart S.A., asegurándose así una fuente de financiamiento que le permitiera cumplir con la labor determinada por la misma Ley Orgánica. Para su aplicación debe considerarse la labor que realizan los organismos o las entidades de la Administración Pública, pues algunas de éstas no requieren publicitar el cumplimiento de sus funciones con publicidad comercial a través de los medios de comunicación o no lo hacen a nivel nacional e incluso algunos sujetos con autonomías especiales podrían estar fuera del alcance de este deber, entre otros. En los casos en que sí proceda realizar publicidad, el cumplimiento del deber legal se traduce en una obligación al momento de llevar a cabo la contratación de los servicios; por lo que tratándose de materia contractual se han de observar las regulaciones y formalidades establecidas en la normativa vigente sobre esa materia.
- 1.16.** En el caso concreto, como parte de las diligencias de investigación realizadas por esta Área de Fiscalización se efectuó el análisis de los procesos de contratación tramitados por medio de la excepción regulada en el inciso b) del artículo 3 de la Ley de Contratación Pública, y que tuvieron acto de adjudicación a SINART S.A. durante el periodo 1º de diciembre de 2022 al 24 de septiembre de 2023. Adicionalmente, para la elaboración de la presente orden, se consideró solamente los casos donde no conste en el SICOP actos de recepción a satisfacción (total o parcial) o comprobantes de pagos. Realizándose análisis de los documentos de respaldo de cada contratación, mediante lectura integral de los expedientes de SICOP, así como de la información suministrada por SINART S.A.; con el fin de identificar su ajuste a los parámetros establecidos en la

¹ Dictámenes n.º C-106-2009 de fecha 20 de abril de 2009, C-345-2003 de fecha 4 de noviembre de 2003 y C-085-2003 de fecha 27 de marzo de 2003, y PGR-C-178-2022 del 23 de agosto del 2022 emitidos por la Procuraduría General. Así como los oficios n.º3673 (DFOE-PG-0114) del 24 de marzo de 2017, 11461 (DFOE-EC-0614) del 01 de septiembre, 2016, 07843 (DJ-3249-2010) del 17 de agosto de 2010, 11416 (FOE-FEC-774) de 13 de octubre de 2003 y 04924 (FOE-PR-086) del 13 de mayo de 2003, emitidos por la Contraloría General.

LGCP y su reglamento, para la citada excepción, referida a la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público.

- 1.17.** A la fecha se encuentran tres (3) casos pendientes de ejecución fundamentados en el uso de la excepción de contratación entre sujetos de derecho público del inciso b) del artículo 3 de la LGCP. A continuación se se indicará lo evidenciándose tanto de tales expedientes electrónicos como de la información remitida por el SINART S.A mediante oficios PE-DG-297-2023 del 17 de octubre y PE-DG-316-2023 del 3 de noviembre, ambos de 2023 (información que se replica en cómo se desarrollará la contratación y su estado actual).
- 1.18.** El 9 de febrero de 2023 en el Banco de Costa Rica (BCR), se aprobó proceder con la solicitud de aprobación para la contratación del expediente electrónico n.º 2023PX-000003-0015700001, la cual fue adjudicada a SINART S.A. el 21 de marzo de 2023 y tiene por objeto contractual: *“Pauta y producción en medios masivos como lo es la televisión, radio y plataformas digitales durante el plazo de la contratación para el Conglomerado Financiero Banco de Costa Rica, que incluye: noticieros, producciones nacionales, arte, cultura, música y producciones nacionales entre otros, contemplando las pautas de la siguiente forma: / • Pauta en Televisión Canal 13, spots de 15”, 30”, 60” o cualquier otro material de diferente duración./ • Pauta en Radio Sinart cuñas de 15” y 30”, 60” o cualquier otro material de diferente duración./ • Pauta en plataformas digitales./ • Producciones digitales, televisivas, audiovisuales, radiofónicas y otras que sean necesarias y que puedan ser suplidas por el SINART./ Las solicitudes de pautas serán a necesidad del Conglomerado Financiero Banco de Costa Rica según las diferentes campañas o proyectos que se realicen en el plazo de la contratación. (...)”* (Archivo titulado “justificación de compra” en SICOP).

Desarrollada con la modalidad según demanda, en el cual: *“Se tramita la colocación de pauta en los medios del SINART según la oferta presentada. Cliente entrega material publicitario para pautar.”* (Archivo adjunto remitido por SINART S.A., con el oficio PE-DG-297-2023).

Para este caso, en la documentación que consta en el SICOP como parte del expediente de la contratación no se encuentra el estudio de mercado que constituye un requisito indispensable, no sólo como requisito general de aplicación de las excepciones según art. 4 de la LGCP sino también por estar expresamente exigido como requisito indispensable para los casos amparados en la excepción del artículo 3 inciso b de la LGCP y 6 del RLGCP.

- 1.19.** El 23 de febrero de 2023 en la Operadora de Planes de Pensiones Complementarias del Banco Popular y de Desarrollo Comunal Sociedad, se aprobó proceder con la solicitud de aprobación para la contratación del expediente electrónico n.º 2023PX-000004-0018000001, la cual fue adjudicada a SINART S.A. el 28 de marzo de 2023 y tiene por objeto contractual: *“Se requiere contratar publicidad a SINART, para*

divulgar los beneficios, servicios y productos que ofrece Popular Pensiones, según demanda de la Operadora./ Esta contratación se realiza en cumplimiento con lo establecido en el artículo 19, inciso c de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Radio y Televisión (SINART) N°8346, la cual establece que se pautarán en el SINART, por lo menos el diez por ciento (10%) de los dineros que se destinen a publicidad e información en radio, televisión u otros medios de comunicación, específicamente de las partidas publicitarias “Publicidad y Propaganda” e “Información”./ Por lo anterior Esta contratación se realizará bajo la modalidad de servicios por demanda, de acuerdo con lo establecido en el artículo 214 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, pues las cantidades finales que se puedan demandar del servicio se encuentran sujetas a las necesidades variantes de la Operadora. (...)” (Archivo titulado “FinalParaPublicarEspec.Téc.yRequis.Plie.Condic.Sinart” en SICOP).

Desarrollada con la modalidad según demanda, en el cual: *“Se tramita la colocación de pauta en los medios del SINART según la oferta presentada. Cliente entrega material publicitario para pautar.”* (Archivo adjunto remitido por SINART S.A., con el oficio PE-DG-297-2023).

Para este caso, en la documentación que consta en el SICOP como parte del expediente de la contratación no se encuentra el estudio de mercado que constituye un requisito indispensable, no sólo como requisito general de aplicación de las excepciones según art. 4 de la LGCP sino también por estar expresamente exigido como requisito indispensable para los casos amparados en la excepción del artículo 3 inciso b de la LGCP y 6 del RLGCP.

- 1.20.** El 27 de junio de 2023 en el Instituto Nacional de Seguros (INS), se aprobó proceder con la solicitud de aprobación para la contratación del expediente electrónico n.º 2023PX-000096-0001000001, la cual fue adjudicada a SINART S.A. el 17 de agosto de 2023 y tiene por objeto contractual: *“El Instituto Nacional de Seguros requiere contratar los servicios de publicidad e información en radio, televisión u otros medios de comunicación, según los requerimientos que en estas áreas tenga el Instituto Nacional de Seguros./ La contratación de pauta en los distintos medios de comunicación que conforman el SINART, que garanticen una adecuada divulgación del mensaje, previa revisión y aprobación por parte de la Administración del racional de compra. El costo dependerá de las pautas según el medio de comunicación que se utilice y el tiempo al aire según los segundos, de acuerdo con el tarifario de costos.”* (Archivo titulado “Cartel SINART” en SICOP).

Desarrollada bajo la modalidad de entrega según demanda, con la cual *“Se tramita la colocación de la pauta en los medios del SINART según la oferta presentada. Cliente entrega material publicitario para pautar.”* (Archivo adjunto remitido por SINART S.A., con el oficio PE-DG-297-2023).

Para este caso, en la documentación que consta en el SICOP como parte del expediente de la contratación no se encuentra el estudio de mercado que constituye un requisito indispensable, no sólo como requisito general de aplicación de las excepciones según art. 4 de la LGCP sino también por estar expresamente exigido como requisito indispensable para los casos amparados en la excepción del artículo 3 inciso b de la LGCP y 6 del RLGCP.

2. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La Constitución Política en su artículo 182 estableció un régimen para la actividad contractual del Estado a través de procedimientos de contratación ordinaria, bajo el principio constitucional de licitación como el medio más idóneo para la obtención de los bienes o servicios que requieren las diferentes entidades del Sector Público. Sin perjuicio de lo anterior, el ordenamiento jurídico establece excepciones que por su naturaleza particular e interés público, pueden ser empleadas por las instituciones estatales para desarrollar ciertas actividades contractuales; entre estas excepciones, la contratación entre sujetos de derecho público regulada particularmente en el artículo 3 inciso b) de la LGCP.

La LGCP dispone una serie de reglas que funcionan como el marco que debe orientar la gestión de la contratación pública y el actuar de todos los operadores jurídicos. Dentro de las cuales se encuentra la obligación a cargo de la Administración contratante y de la entidad contratista de someterse plenamente al ordenamiento jurídico costarricense, debiendo verificar que el procedimiento utilizado para la contratación se ajuste a las disposiciones de la LGCP; el deber de emplear los procedimientos ordinarios como regla general y, por ello, de ajustarse a una interpretación y aplicación restrictiva de los supuestos taxativos de excepción al uso de procedimientos ordinarios al punto que, en caso de duda sobre su procedencia, debe prevalecer el uso del concurso.

Lo anterior resulta de plena e indudable aplicación a todas las instituciones a las que se dirige la presente orden, pues son entidades, órganos y empresas públicas que utilizan recursos públicos y como tal están cubiertos por el ámbito de aplicación de la LGCP que conforme a su artículo primero resulta de aplicación para toda la actividad contractual que emplee total o parcialmente fondos públicos. En particular, interesa hacer hincapié en que les aplican los principios establecidos en el artículo 8 de la LGCP y la responsabilidad dispuesta en el inciso a) del ordinal 14 de la misma Ley que les obliga a actuar en estricto cumplimiento de las normas y los valores éticos, procurar el interés público y someterse plenamente al ordenamiento jurídico.

En el caso concreto, como parte de las diligencias de investigación realizadas por esta Área de Fiscalización se efectuó el análisis de los procesos de contratación tramitados por

medio de la excepción regulada en el inciso b) del artículo 3 de la Ley de Contratación Pública, durante el periodo 1° de diciembre de 2022 hasta al 24 de setiembre del año en curso, que fueron adjudicadas a SINART S.A., realizándose análisis de los documentos de respaldo de cada contratación, mediante lectura integral de los expedientes de SICOP, así como de la información suministrada por SINART S.A.; con el fin de identificar su ajuste a los parámetros establecidos en la LGCP y su reglamento, correspondientes al uso de la excepción del artículo 3 inciso b) referido a la contratación entre sujetos de derecho público.

Resultado del análisis se concluye que en todos los procesos de contratación pública citados en el apartado anterior² hay ausencia de elementos esenciales como la definición de las necesidades públicas que motivaron las contrataciones y en consecuencia los contratos suscritos presentan indeterminación en el objeto contractual, es decir se presenta una deficiente definición del para qué se contrata y qué se obtendrá a cambio del precio, con un detalle que permita luego determinar si la prestación fue o no cumplida a satisfacción, con lo cual se producen graves incumplimientos al ordenamiento jurídico, los cuales se detallan de seguido.

Le corresponde a las Administraciones a partir de la determinación de necesidades públicas, el definir el objeto contractual con precisión en consideración a los principios de eficiencia y eficacia, en un marco de respeto al principio de igualdad para la debida comparación entre ofertas. Adicionalmente, el artículo 86 inciso b) del RLGCP exige esa claridad al momento de la decisión inicial y en consecuencia previo a la definición del pliego de condiciones, en cualquier esquema tiene que definirse qué y para qué se contrata. En esa línea, deben valorar qué necesidades priorizarán y solventarán dentro de su ámbito de acción, también bajo qué criterios y parámetros, y con ello garantizar una orientación enfocada hacia la consecución del interés público; tal y como lo señaló la División de Contratación Administrativa de este Órgano Contralor en la resolución n.º R-DCA-0985-2017 del 17 de noviembre de 2017, la cual en lo que interesa indicó lo siguiente:

“Criterio de la División: La Administración licitante es quien mejor conoce su necesidad, teniendo el deber de definir y buscar la solución que permita satisfacerla, en atención al fin que legalmente le ha sido impuesto, reconociéndose en su actuar, la discrecionalidad administrativa, al amparo de la cual define el objeto a contratar, su alcance y requisitos, facultad que encuentra límite en el principio de legalidad y los principios que rigen en materia de contratación administrativa, así como en lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública...”

Esa afirmación mantiene su vigencia pues de acuerdo al espíritu del Legislador manifiesto a través de la actual LGCP, el nuevo marco normativo tuvo dentro de sus motivos,

² 2023PX-000003-0015700001, 2023PX-000004-0018000001 y 2023PX-000096-0001000001.

que el uso de los fondos y bienes públicos y la conducta de todos los sujetos que intervienen en la actividad de compras públicas, respondan al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos institucionales, así como a la satisfacción del interés público. En ese sentido, el artículo 88 del Reglamento, detalla, entre otros, como elemento esencial la definición en el pliego de condiciones del objeto a contratar, es decir, este numeral refiere al deber de evidenciar una claridad sobre cuáles son los bienes, obras o servicios que deberá prestar el contratista público.

La definición precisa del “*objeto a contratar, su alcance y requisitos*”, además de ser una obligación ineludible en sí misma, resulta básica para decidir el procedimiento de contratación a emplear y su apego a las reglas legales. En los casos analizados, esta indefinición del objeto impacta directamente la verificación de los requisitos generales y específicos indispensables para la correcta aplicación de las excepciones a los procedimientos de contratación, incluso del debido cumplimiento en las subsiguientes fases.

La indeterminación de los objetos contractuales se produce por un problema de origen, que se identifica con la inobservancia de los requisitos generales y específicos para estos casos, los que fueron referenciados en los puntos 1.4 a 1.14 del apartado anterior, pues no consta en los documentos que integran el expediente administrativo en SICOP la indicación expresa de la necesidad pública (artículo 4 inciso b) de LGCP y del Reglamento), en el sentido que no hay una descripción precisa y clara de los productos o servicios a adquirir. Por el contrario, se han planteado como un mero enunciado, sin ser un resultado de un ejercicio consciente de lo que se pretende obtener³.

La omisión de expresar detalladamente la necesidad pública, impacta negativamente no sólo la determinación del objeto contractual sino también el resto de los requisitos indispensables para la verificación de la procedencia de la excepción. En primer lugar, y siempre dentro de los requisitos generales para la procedencia de cualquier excepción, impide demostrar los motivos por los que el uso de la excepción constituye la mejor vía para la satisfacción del interés público, así como la elaboración de los estudios de mercado que considere los potenciales oferentes idóneos del objeto que se pretende contratar (artículo 4 inciso c) de LGCP y del reglamento así como el inciso f) del artículo 6 también del reglamento), lo que de incumplirse convierte la excepción en regla.

En segundo lugar, y respecto de los requisitos específicos para la excepción de contratación entre sujetos de derecho público, el artículo 3 inciso b) de la LGCP en concordancia con el artículo 6 del reglamento, exigen “*definir técnicamente, en el pliego de condiciones, el objeto a contratar de modo que queden debidamente plasmados los bienes,*

³ Existiendo también una obligación del SINART S.A. de verificar que el procedimiento utilizado por la Administración se ajuste a las disposiciones de esta ley, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la LGCP, máxime cuando se trata también de una entidad pública.

obras o servicios que prestará el contratista público” y con fundamento en ello verificar que el objeto contractual esté dentro de las facultades legales del ente a contratar, acreditar su idoneidad, garantizar que éste realice al menos un 70% de la prestación, garantizar que las posibles contrataciones con terceros se limiten a cuestiones especializadas, y realizar el estudio de mercado. Todos los anteriores requisitos son imposibles de acreditar si no se cuenta con el objeto contractual delimitado a partir de la identificación expresa de la necesidad pública a satisfacer.

Esa identificación expresa de la necesidad pública, deberá a su vez afianzarse en la función básica de gestión pública de realizar la planificación de las actividades, este tipo de análisis previos no configura una dilación innecesaria, sino que representa para el interés público, una construcción diligente de parte de la Administración.

Concretamente, se observa: 1) Contratación n.º 2023PX-000003-0015700001 (BCR), solo consta una mera referencia general de pauta y producción en medios masivos, cuñas de 15”, 30”, 60” o cualquier otro material de diferente duración, pautas en plataformas digitales o producciones digitales para campañas o proyectos según la oferta; 2) Contratación n.º 2023PX-000004-0018000001 (Operadora de Planes de Pensiones Complementarias), quien solo señala que será para divulgar beneficios, servicios y productos que ofrecen, y será bajo la modalidad de servicios por demanda, sujeto a las necesidades variantes; o 3) Contratación n.º 2023PX-000096-0001000001 (INS), al solo indicarse que requieren contratar servicios de publicidad e información en medios de comunicación, según los requerimientos que tengan.

En ningún caso lo indicado describe el objeto a contratar, su alcance y requisitos con precisiones por ejemplo sobre el mensaje, campaña o comunicación que se pretende difundir; la finalidad que se busca con ello, el público objetivo al que se dirige, las fechas o rangos temporales en los que se deberá realizar la difusión para cumplir con el propósito; el formato, plataforma o medio en el que se debe divulgar, o cualquier otro aspecto de detalle que permita describir de forma inequívoca los elementos indispensables que el servicio que se brinde debe alcanzar para satisfacer las necesidades públicas que motivan la contratación y que a su vez permita la cabal comprensión de frente a qué objeto nos encontramos.

Asimismo, se observa en algunos de los casos que la Administración contratante opta por señalar al artículo 19 inciso c) de la ley de creación del SINART como el fundamento único de su decisión de iniciar el proceso de contratación. Al respecto, debe tenerse presente que aunado a lo dicho en el punto 1.15 del apartado anterior, dicha norma establece un deber legal, pero no constituye una transferencia, ni un destino específico, ni una obligación parafiscal. Es decir, no procede una simple aplicación automática de lo dicho en la norma; por el contrario, requiere un análisis particular de cada Administración contratante para definir con certeza la necesidad pública y además, cumplir con los requerimientos establecidos en el ordenamiento jurídico que regula la materia contractual.

Por su parte, respecto de la obligación de contar con estudios de mercado, debe enfatizarse en que para el caso de la excepción del inciso b) del artículo 3 esta no es facultativa sino obligatoria, pues a pesar de que en el listado de requisitos generales para la aplicación de excepciones se indica que el mismo se realizará “cuando corresponda”, el inciso f) del artículo 6 del reglamento impone su realización y exige además que se ejecute conforme al artículo 44 inciso d) de este Reglamento.

Sobre este requisito, del análisis realizado en los casos concretos, se concluye que para todos ellos se omitió realizar los estudios de mercado pues en los expedientes administrativos que constan en SICOP, único medio para tramitar contratos, no se encuentran incorporados en los distintos apartados, ni referenciados en los respectivos contratos. La omisión de este requisito esencial tiene una afectación directa en la decisión de cada Administración para seleccionar a SINART S.A., pues los estudios de mercado permiten determinar la existencia de las mejores opciones del mercado en la relación calidad - precio y los sujetos con mayor experiencia demostrada para la satisfacción de la necesidad pública, ya que en ellos se analiza a los potenciales agentes públicos y privados, que sean idóneos y se obtienen elementos indispensables para exponer, de forma motivada, las razones por las cuales se escoge contratar al agente público. De acuerdo a los citados numerales 6 y 44 del RLCP, en relación con el artículo 4 de la LGCP⁴.

Ejecutar los estudios de mercado conforme al marco legal y reglamentario hubiera permitido en estos casos explorar el mercado para conocer la oferta y demanda, analizar información histórica sobre el servicio que se espera recibir y, en general, obtener una mejor comprensión del objeto contractual, contando así con evidencia inequívoca de que el sujeto seleccionado es el oferente más idóneo que el mercado puede ofrecer y permite aprovechar al máximo la inversión del gasto.

Además de los aspectos antes señalados, que configuran el núcleo duro de cualquier contrato con independencia del régimen aplicable, la indeterminación del objeto y su origen en la ausencia de la identificación expresa de la necesidad pública a satisfacer, impacta a su vez la ejecución de las subsiguientes fases del ciclo de la contratación. En todos los casos analizados, las partes indican que la ejecución se realizará para modalidad de entrega según demanda pero no se establecen costos unitarios del objeto contratado, programación al menos general para su entrega, ni certidumbre sobre los servicios que se pretende que el SINART S.A. brinde a sus contratistas.

En síntesis, las contrataciones analizadas, a la fecha sin ejecutar salvo por algunas pocas actuaciones, no cuentan dentro de sus antecedentes con estudios de mercado básicos para

⁴ En relación además sobre los alcances de un estudio de mercado, la Contraloría General en el pasado ha señalado algunas bases mínimas que deben contener. Ver oficio 04760 (DCA-1120) del 31 de marzo de 2020, el cual a su vez refiere a los oficios 02593 (DCA-0411) del 17 de febrero de 2015 y 02248 (DCA-0413) del 22 de febrero, 02718 (DCA-0499) del 6 de marzo y 02248 (DCA-0413) del 22 de febrero, estos últimos de 2017.

invocar la excepción aplicada, ni tampoco con objetos definidos y certeros que permitan gestionar su ejecución. Dejar de lado requisitos previstos en la LGCP para las excepciones afecta el procedimiento, se opone al principio de licitación, pero también impacta la ejecución de las prestaciones. La cantidad acotada de excepciones prevista en la LGCP en comparación con la normativa anterior no es algo infundado, sino el resultado de un proceso de discusión serio a nivel legislativo orientado a mantener el concurso como regla y la selección directa como excepción en aras de fomentar la transparencia y efectividad del sistema nacional de contratación pública.

De ahí que se llegue a la conclusión de que, de todos los casos analizados no consta el cumplimiento y acreditación de los requisitos generales y específicos exigidos por la LGCP y su reglamento, que a su vez son la materialización del propósito de la nueva ley vigente que busca priorizar el principio constitucional de licitación pública y que al acudir a las excepciones contempladas en el nuevo ordenamiento de contratación pública se garantice su uso como tales, de forma que se evite caer en la práctica del empleo indiscriminado de los supuestos de excepción.

3. ORDEN

Por tanto, con fundamento en las competencias de fiscalización otorgadas a la Contraloría General en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y ordinales 4 y 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428; siendo que existen 3 procedimientos de contratación pública, con indeterminación en el objeto contractual, identificación de la necesidad pública y omiten realización de los estudios de mercado. Se ordena a los señores: **Fernando Víquez Salazar, en su condición de Presidente de la Junta Directiva del Banco de Costa Rica**, o a quien en su lugar ejerza el cargo; **Shirley González Mora, en su condición de Presidenta de la Junta Directiva de la Operadora de Planes de Pensiones Complementarias del Banco Popular y de Desarrollo Comunal Sociedad**, o a quien en su lugar ejerza el cargo; **Mónica Araya Esquivel, en su condición de Presidenta Ejecutiva de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Seguros**, o a quien en su lugar ejerza el cargo; y **Fernando Sandí Chacón en su condición de Presidente Consejo Directivo del Sistema Nacional de Radio y Televisión S.A.**, o a quien en su lugar ejerza el cargo; lo siguiente:

- Tomar las medidas pertinentes para finalizar las relaciones contractuales señaladas en la presente orden, ajustándose a las disposiciones establecidas en la LGCP y su reglamento. Para futuras contrataciones en las que se pretenda el uso de las excepciones reguladas en el artículo 3 de la LGCP deberá asegurar la observancia de los requisitos generales y específicos dispuestos en la ley y el reglamento, así como una interpretación restrictiva y la priorización del principio constitucional de licitación.

En línea con lo anterior, se comunica que esta Área de Fiscalización dará seguimiento al cumplimiento para atender lo ordenado por el Órgano Contralor, por lo que se solicita informar a la citada Área mediante oficio el cumplimiento de lo ordenado en ésta en el plazo de **A MÁS TARDAR EL 20 DE DICIEMBRE DE 2023**, remitiéndose una certificación en la que haga constar que se atendió lo ordenado, con la documentación de respaldo correspondiente.

Asimismo, se enfatiza que debe designar y comunicar, los datos del responsable del expediente donde se documentará el cumplimiento de lo ordenado, a quien le corresponderá la tarea de conformar, actualizar, foliar, custodiar, conservar y dar acceso al expediente. También se solicita informar sobre la(s) persona(s) a quien (es) se le asignó el rol de contacto oficial, para facilitar la comunicación entre la persona a la que se le dirige lo ordenado y la Contraloría General, para el suministro de información cuando ésta así lo requiera. Los roles citados podrán ser ejecutados por una misma persona o por varias, según lo defina la Administración, de conformidad con las competencias establecidas en su marco normativo; y la asignación de dichos roles deberá comunicarse formalmente a la(s) persona(s) que asumirá(n) el respectivo rol y a la Contraloría General, dentro de los **cinco (5) días** hábiles siguientes a la comunicación de lo ordenado. Esta comunicación deberá indicar el nombre, puesto, número de teléfono y correo electrónico de dicha(s) persona(s).

En complemento, no debe perderse de vista que resulta necesario que las medidas y decisiones que se adopten, se motiven y documenten en el expediente administrativo respectivo, dejando claro este Órgano Contralor que la responsabilidad de ello recae exclusivamente en esa Administración; sin perjuicio de las acciones de fiscalización concomitante o futura que pueda efectuar esta Contraloría General con respecto a los asuntos advertidos en este documento.

Por otra parte, no se omite señalar que el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N.º 7428, establece que cuando en el ejercicio de sus potestades el Órgano Contralor haya cursado órdenes a los sujetos pasivos y estas no se hayan cumplido injustificadamente, las reiterará por una sola vez y fijará un plazo para su cumplimiento; pero de mantenerse la desobediencia, una vez agotado el plazo, se tendrá como falta grave y dará lugar a la suspensión o a la destitución del funcionario o empleado infractor, según lo determine la Contraloría General.

Finalmente, indicar que de conformidad con lo establecido por los artículos 343, 346 y 347 de la Ley General de la Administración Pública, n.º 6227, contra la presente orden caben los recursos ordinarios de revocatoria y apelación, que deberán ser interpuestos dentro del **tercer día** a partir de la fecha de recibo de esta comunicación, correspondiéndole a esta Área de Fiscalización la resolución de la revocatoria y al Despacho Contralor, la apelación. De presentarse conjuntamente los recursos de revocatoria y apelación, el Área de Fiscalización en

caso de rechazo del recurso de revocatoria, remitirá el recurso de apelación al Despacho Contralor para su resolución.

Atentamente,

Mario Alberto Pérez Fonseca
Asistente Técnico

Hilda Natalia Rojas Zamora
Fiscalizador

Falon Stephany Arias Calero
Gerente de Área

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

VCR/MMR/NMU/aam
Ce: Expediente
G: 2023002622-3
C: 673-2023