

Al contestar refiérase
al oficio n.º **06856**

29 de abril de 2024
DCP-0082

Señora
Daniela Agüero Bermudez
Jefa, Área Legislativa VII
Comisiones Legislativas
ASAMBLEA LEGISLATIVA
Correo: dab@asamblea.go.cr

Estimada señora:

Asunto: Criterio sobre el proyecto de ley No. 23.866: “Reforma de la Ley General de Contratación Pública No. 9986, del 27 de mayo del 2021, Ley para mejorar la eficiencia de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz en los procesos de contratación pública”.

Damos respuesta a su oficio N° AL-CPJUR-1531-2024 de 22 de marzo de 2024, mediante el cual se consulta el criterio del órgano Contralor en relación con el proyecto de referencia.

I.- Sobre el proyecto de ley

Señala la exposición de motivos que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (en adelante CNFL), no estuvo de acuerdo con la derogatoria de los artículos 20 al 29 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, por parte de la Ley General de Contratación Pública, por cuanto someten a la regulación general, las compras que la empresa eléctrica viene realizando fuera de dicho régimen, con lo que se afecta la agilidad y práctica que se tiene en la adquisición de bienes y servicios.

Indica además que los servicios no regulados que se encuentran en competencia no tienen excepción, lo cual considera que es desventaja ante terceros, ya que las compras específicas para las ofertas de mercados “deben agruparse”, lo que involucra un sobredimensionamiento de inventarios y sobrecostos en estas ofertas comerciales.

Manifiesta la iniciativa que los clientes han modificado la manera en que gestionan el servicio de electricidad, tanto en el sector residencial, comercial e industrial, siendo más sofisticados a la hora de valorar los determinantes de un servicio de calidad; con lo cual, la respuesta de la empresa a las necesidades de los clientes en la zona servida, conlleva contar

con herramientas ágiles para la obtención de bienes, servicios y obras para atender en el menor plazo los requerimientos de los clientes, los cuales en la mayoría de ocasiones, son inesperados y difíciles de predecir.

Indica que actualmente la CNFL, S.A. enfrenta una competencia fuerte en el mercado eléctrico la cual parte de la innovación y los avances tecnológicos a los cuales los clientes tienen acceso y que va más allá del concepto de monopolio geográfico que se utiliza para establecer la existencia de competencia.

En ese sentido, hace una descripción de las posibilidades que regula la Ley de Promoción y Regulación de Recursos Energéticos Distribuidos a partir de Fuentes Renovables No. 10086, el desarrollo de instrumentos regulatorios por parte de la ARESEP en atención a dicha Ley, las oportunidades que genera la Ley de Fortalecimiento de la competitividad territorial para promover la atracción de inversiones fuera de la Gran Área Metropolitana No. 10234, las condiciones tributarias favorables a soluciones tecnológicas que habilitan la competencia por el mercado eléctrico, la exoneración en favor de los combustibles fósiles y la tecnología que es capaz de sustituir parcialmente el suministro eléctrico tradicionalmente ofrecido en monopolio a nivel regional por las empresas distribuidoras.

Todo lo cual, según la iniciativa legislativa, hace que hoy en día resulte crítico para asegurar la fidelización, retención y atracción de clientes contar con herramientas legales que habiliten el desarrollo de mecanismos de gestión empresarial ágiles, eficientes, de bajo costo, oportunos que permitan incorporar las mejores prácticas empresariales desde un punto de vista competitivo pero también de un mercado en que la tecnología incorpora la competencia en el mercado por los clientes, tanto por el potencial que las soluciones tecnológicas ofrecen a los clientes como por la presión competitiva que ejercen los combustibles fósiles sustitutos de la energía eléctrica renovable.

Además, sin dejar de lado los servicios complementarios, para la operación de cualquier sistema eléctrico, como son los servicios de arranque autónomo, control de tensión y control de frecuencia, entre otros. Así como otros servicios complementarios como el control de la calidad de la energía, el control de la potencia reactiva y el servicio de reserva de capacidad.

Es por ello que el proyecto de ley propone incluir a la CNFL en el régimen especial de servicios en competencia para adicionar otros temas como el de tecnología y tener la oportunidad de poder competir como empresa con otras empresas nacionales y transnacionales, incluso en el mercado regional, en igualdad de condiciones que otras distribuidoras como las que sí quedaron expresamente mencionadas en la Sección III Servicios en competencia de la Ley N.º 9986.

II.- Criterio del Despacho

1.- Sobre la ausencia de un compromiso para establecer un régimen especial de contratación con fundamento en el Tratado de Libre Comercio (TLC) República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (CAFTA).

La exposición de motivos señala como parte de su fundamento que la CNFL en el proceso de emisión de la LGCP, indicó que cuando se firma el TLC, claramente, queda

establecido que se debe dotar al Instituto Costarricense de Electricidad de una ley de modernización y fortalecimiento.

Al respecto, es importante señalar que los acuerdos comerciales internacionales no incorporan expresamente una obligación dirigida a establecer un régimen especial para el ICE o para alguna otra institución o empresa pública del estado. Tal es el caso del Tratado de Libre Comercio (TLC) República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (CAFTA), en el que no se establece ninguna disposición en ese sentido. De acuerdo con el anexo 13, en su preámbulo y más específicamente en el apartado II que dice "II. Modernización del ICE Costa Rica promulgará un nuevo marco jurídico para fortalecer al ICE, a través de su modernización apropiada, a más tardar el 31 de diciembre del 2004. (...)". Pero no dice que se le da un régimen especial de contratación. Las leyes de fortalecimiento y modernización quedaban libradas al legislador ordinario.

Consecuencia de ello, debe quedar claro que la agenda de implementación no forma parte del acuerdo comercial como tal o de las obligaciones asumidas de frente a las demás partes suscriptoras y más bien corresponde a un compromiso hacia lo interno, atinente a la legislación nacional.

Además, se debe diferenciar entre la agenda de implementación, que establecía la necesidad de emitir una ley de modernización y lo que sería la creación de un régimen especial de contratación. Esto por cuanto, en ningún momento el tratado establece un deber relacionado con el establecimiento de un régimen especial de contratación a favor del ICE.

La regulación que está incorporada en la Ley de Fortalecimiento del ICE y en particular el régimen de contratación pública que de ahí se derivaba, correspondió a una decisión del legislador ordinario en su momento, al igual que es ahora con la Ley General de Contratación Pública (en adelante LGCP).

En términos generales, en los acuerdos comerciales para efectos de la contratación pública, el ICE está cubierto en la Sección C lista B de todos nuestros instrumentos comerciales, con un umbral más bajo y con la indicación de que los plazos del capítulo correspondiente no aplican sino que se otorgará a los potenciales oferentes plazos para presentar ofertas que resulten adecuados y que el ICE debe otorgar a los proveedores al menos 3 días hábiles para presentar recursos. Por lo que de la regulación no se puede desprender un compromiso específico para que se emitiera alguna ley especial, en el texto del acuerdo.

El régimen especial que se encontraba regulado en la Ley n.º 8660, formaba parte de una ley de implementación, relacionada con un acuerdo comercial, pero modificable por medio de una nueva ley, al formar parte del ámbito de acción del legislador ordinario. Es decir, la Ley n.º 8660 no tiene rango de Tratado, sino de una ley común.

2.- Sobre la incorporación de la CNFL en el procedimiento especial para servicios en competencia.

Del análisis de la exposición de motivos, queda claro que el principal objetivo de la reforma es aplicar el procedimiento especial del artículo 68 para la adquisición de bienes, obras y servicios necesarios para competir en el mercado eléctrico.

Bajo ese norte, se hace un desarrollo sobre la competencia que enfrenta la CNFL en el mercado eléctrico, la cual parte de la innovación y los avances tecnológicos a los cuales los clientes tienen acceso y que dice va más allá del concepto de monopolio geográfico que se utiliza para establecer la existencia de competencia. Cabe señalar que esta competencia a que refiere la exposición de motivos se debe a soluciones tecnológicas asociadas a la generación distribuida (para autoconsumo a pequeña escala), la cual es una actividad diferente a los servicios públicos regulados de distribución y generación eléctrica que realiza la CNFL para su zona de concesión.

En razón de ello y dado que el procedimiento especial del artículo 68 está diseñado para adquirir bienes, obras y servicios necesarios para que las empresas públicas participen en mercados en competencia, es esencial determinar si la CNFL se encuentra en esa condición, respecto a los servicios que presta en el mercado eléctrico.

Para tales efectos, resulta de interés traer a colación la diferencia que ha reconocido la Sala Constitucional entre el mercado de telecomunicaciones y el mercado eléctrico, en relación con la aplicación de la confidencialidad del artículo 35 de la Ley No. 8660, Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, al señalar que dicha confidencialidad no aplica para los asuntos de electricidad por no estar en competencia. Al respecto, se indica:

“... en el caso concreto no aplica lo dispuesto en la Ley número 8660, toda vez que dicha normativa se aplica para la materia de telecomunicaciones, no así para asuntos de electricidad, como sucede en este amparo. Aunado a lo anterior, el ICE ha ejercido un monopolio de hecho sobre la generación eléctrica, siendo uno de los operadores dominantes de ese sector del mercado y pese a que el contrato solicitado por el recurrente fue suscrito con un cliente particular, se trata de un acto efectuado por una entidad estatal, que contempla información de interés público, que puede ser sometida al control público, en aras de garantizar transparencia. Por consiguiente, la información confidencial del ICE es la relativa a los segmentos de su actividad o función que han sido abiertos al libre mercado, verbigracia la telefonía móvil o celular, de modo que resulta jurídicamente improcedente extender la confidencialidad de la información a otros sectores de su actividad, que no están plenamente abiertos al mercado...” (Ver resolución No. 11526-2013 de 30 de agosto de 2013) (El destacado no pertenece al original)

El texto transcrito es claro al señalar que la información confidencial del ICE es aquella relativa a los segmentos de su actividad o función, que han sido abiertos al libre mercado, como por ejemplo, la telefonía móvil o celular, por lo que no es posible extender dicha confidencialidad a otros sectores de su actividad, que no están plenamente abiertos al mercado, como el sector eléctrico.

Este criterio es reiterado por la Sala Constitucional en la resolución No. 8985 de 16 de junio de 2017, al indicar que:

“... El derecho de acceso a la información, en los términos en que es reconocido según lo señalado en el considerando anterior, guarda una relación especial cuando se considera el mismo respecto del ejercicio mercantil que realiza el Instituto Costarricense de Electricidad en el marco del proceso de apertura de las telecomunicaciones, adquiriendo con base en ello una dimensión particular que ha sido igualmente reconocida como válida por esta Sala

Constitucional. Es por tal razón, que la Sala ha reconocido que la previsión normativa del artículo 35 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas, cumple con la formalidad de revestir con el principio de reserva de ley, las decisiones de las autoridades del Instituto Costarricense de Electricidad que declaran como confidencial cierto tipo de información que, particularmente en el tema de las telecomunicaciones, **incida o guarde relación con el giro comercial que el Instituto y sus empresas realizan en ese ámbito -telecomunicaciones-**, pues se erige en una protección que se brinda para permitir el adecuado desempeño de la institución dentro de un mercado donde existen otros competidores...”.

En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional reitera que la confidencialidad aplica para las actividades del ICE en competencia, específicamente al mercado de las telecomunicaciones. Criterio que no ofrece duda alguna al señalar en la misma resolución que:

En similar sentido, el voto N.2011-9455 de las 8:43 horas del 22 de julio del 2011, señaló: “Considera este Tribunal que lleva razón la autoridad recurrida en indicar que en dichos estados financieros se pueda encontrar información confidencial, máxime bajo el nuevo contexto que opera actualmente el Instituto Costarricense de Electricidad; **no obstante, tal y como lo señala el recurrido en el informe aportado, la información relacionada con el sector de energía sí es de acceso público.** Por lo tanto, tal y como procedió el recurrido, en estos casos se debe facilitar la información sin cuestionamiento previo, eso sí excluyendo la información que se considere confidencial.” **En esa tesitura, es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal en el sentido de que, con relación a la información del sector energía, no opera ninguna excepción legal en esta materia** (sentencias N.2011-6123 de las 9:15 horas del 13 de mayo de 2011 y N.2012-11871 de las 16:01 horas del 28 de agosto de 2012). **La información confidencial del ICE es aquella respecto de los segmentos de su actividad o función que han sido abiertos al libre mercado, como el caso de la telefonía móvil o celular, la transmisión de datos y el servicio de internet , siendo inconducente y jurídicamente inválido que se pretenda extender, por analogía, a otros renglones de actividad que no están plenamente abiertos al libre mercado.** El artículo 35 de la Ley 8660 prevé la reserva de datos que puedan dejar en desventaja competitiva al instituto frente a la competencia...” . (El destacado no es del original)

Como se puede observar, la Sala Constitucional es clara al señalar que no aplica la confidencialidad del ICE; por consiguiente a sus empresas, a las actividades que no están en competencia, siendo impropio extenderlo a otras actividades que no están plenamente abiertas al libre mercado.

Congruente con ello, en materia presupuestaria este órgano contralor, mediante oficio DFOE-IFR-0078 de 17 de febrero de 2015 señaló que la confidencialidad de la información del ICE cubre únicamente al mercado abierto de las telecomunicaciones y no así al Programa Electricidad, el cual debe estar disponible a terceros interesados en forma total.

En esa misma línea, el Ministerio de Hacienda en el oficio DM-1404-2019 de 29 de agosto de 2019, reconoce al ICE Telecomunicaciones como una actividad abierta al régimen de competencia, para efectos de la aplicación de la excepción al ámbito de cobertura del Título IV de la Ley No. 9635 “Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas”, regulado en el artículo 6 inciso b). Por el contrario, en el caso del Sector Energía, el Ministerio de Hacienda

señaló en aquél momento que se debía verificar el cumplimiento de la regla fiscal en el gasto corriente presupuestario, al no encontrarse abierto al régimen de competencia.

Sobre la base de dichos precedentes judiciales y administrativos, esta Contraloría General ha entendido que el mercado eléctrico no está en competencia, aunque existan empresas públicas y privadas que participan en la generación, distribución y comercialización de electricidad.

En esa línea, no se visualiza en el ordenamiento jurídico vigente una norma en la que se habilite la apertura del mercado eléctrico en condiciones similares al mercado de las telecomunicaciones e infocomunicaciones, requisito insoslayable para aplicar el procedimiento especial del artículo 68 de la LGCP.

Dado lo anterior, es de suma relevancia que los señores y señoras diputadas, valoren el impacto que tendría una reforma como la que se pretende en los servicios de electricidad, al implicar una especie de reconocimiento de una apertura plena en una Ley cuyo fin es regular las compras públicas y no el Sistema Eléctrico Nacional, omitiendo así todos los aspectos que deberían regularse para la transición hacia un mercado con esas características.

A juicio de este órgano contralor, en caso de que el propósito de la reforma sea promover la apertura del mercado eléctrico, dicha decisión debería tomarse en un proyecto de ley dirigido a ese objetivo y no de manera indirecta mediante la creación de un procedimiento especial de contratación, dadas las consecuentes implicaciones que ello generaría, no sólo para la CNFL, sino para otros participantes públicos como el ICE, la ESPH y la JASEC.

Lo anterior con el fin de que en la discusión legislativa se pueda analizar de forma integral la regulación del mercado eléctrico dispuesta en el ordenamiento jurídico vigente y el impacto que ello conllevaría, para lo cual resulta necesario tener en consideración que tal opción garantiza una mejora sustancial en los servicios que tendrían los usuarios, además de tomar en cuenta el criterio de todos los actores del Sistema, como la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la Comisión para Promover la Competencia, el Grupo ICE, la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago y la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, así como los demás entes públicos y empresas privadas que son parte de ese sector.

De tal manera que antes de crear un nuevo procedimiento especial de contratación justificado en la existencia de un mercado eléctrico en competencia, se tenga certeza de esa condición, la cual es requisito indispensable para determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la iniciativa.

Sin perjuicio de lo anterior y en aras de aportar insumos para su estudio, se procederá a analizar las otras reformas propuestas, en el entendido que esta Contraloría General mantiene serias dudas respecto a una apertura del mercado, plenamente reconocida así por el ordenamiento jurídico vigente del sector eléctrico.

3.- Sobre la inclusión de otros servicios complementarios y auxiliares.

Como su nombre lo indica, el procedimiento especial en estudio es para servicios en competencia, concepto que queda más claro en los incisos a) y b) de la norma actual al señalar que:

“... a) El Instituto Costarricense de Electricidad y sus empresas en competencia, así como la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago y la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, únicamente podrán utilizar este procedimiento especial para adquirir bienes, obras y servicios destinados a generar, instalar y operar redes, prestar, adquirir y comercializar productos y servicios de telecomunicaciones e infocomunicaciones, así como otros productos y servicios de información y otros en convergencia, cuando los bienes, las obras y los servicios que, por su gran complejidad o su carácter especializado, solo puedan obtenerse cuando exista un número limitado de proveedores o contratistas, o por razones de economía y eficiencia debidamente acreditadas para la debida atención del interés público y no resulte adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios.

b) En el caso del INS y sus sociedades anónimas en competencia, cuando contrate servicios de intermediación de seguros y los servicios auxiliares que prevé el artículo 18 de la Ley 8653, Ley Reguladora del Mercado de Seguros, de 22 de julio de 2008...”.

De acuerdo con el texto transcrito, el procedimiento especial aplica únicamente para la adquisición de cierta clase de bienes, obras y servicios, ya sea por su especialidad o complejidad, o exista un número limitado de proveedores y que sean destinados a actividades directamente relacionadas con los servicios que prestan dichas instituciones en un mercado en competencia, habida cuenta de que el legislador consideró que ello justifica y hace razonable la no aplicación de un procedimiento ordinario de contratación, siempre y cuando se acrediten las razones de economía y eficiencia indispensables para la debida atención del interés público.

Es por ello que en el supuesto que se quiera aplicar el procedimiento especial para “*otros servicios complementarios y auxiliares*”, cuya naturaleza no logre ser demostrada técnicamente su carácter complejo o especializado, o en su consecución no se logre demostrar la falta de proveedores o no formen parte de los servicios en competencia, no deberían ser considerados bajo la premisa original que sostiene el procedimiento especial. Se insta a valorar la precisión de los bienes y servicios a considerar y proceder a su justificación, toda vez que en la exposición de motivos se hace referencia a los servicios complementarios para la operación de cualquier sistema eléctrico, como son los servicios de arranque autónomo, control de tensión y control de frecuencia, entre otros. Así como otros servicios complementarios como el control de la calidad de la energía, el control de la potencia reactiva y el servicio de reserva de capacidad.

No obstante, se omite explicar por qué dichos servicios no forman parte de los servicios en competencia que regula el artículo 68 y tampoco las razones por las que no se les aplicarían los procedimientos ordinarios en esos supuestos.

Además, no se especifica ni justifica cuáles son esos servicios complementarios y auxiliares, a efecto de que el operador jurídico tuviese claridad en su aplicación. En este sentido debe considerarse que el procedimiento especial de compras para un ente público en régimen de competencia se hace en relación además con la especialidad de los bienes y servicios a adquirir y su incidencia directa en los procesos en que intervienen, lo cual no debería ser extendido a bienes comunes o para cuya adjudicación los procesos ordinarios presentan un adecuado método respaldado además en la norma constitucional.

Al igual que en el apartado anterior, se recomienda consultar a los actores públicos y privados que participan en el Sistema Eléctrico Nacional, con el fin de tener insumos adicionales para la valoración de la pretendida reforma del artículo 68.

4.- Sobre las actividades que se incorporan al procedimiento especial de contratación.

La propuesta legislativa además de adicionar el mercado eléctrico al de telecomunicaciones e infocomunicaciones que ya se encuentran en la norma, señala que el procedimiento especial de contratación se puede utilizar para adquirir bienes, obras y servicios destinados “a *generar energía, instalar y operar redes eléctricas, recursos distribuidos, inversiones necesarias para brindar servicios auxiliares o complementarios*”.

No obstante, omite hacer una definición clara de esas actividades, lo cual es indispensable para que no haya confusión en su aplicación y para justificar su adquisición por medio del procedimiento especial del artículo 68, todo lo cual debería estar desarrollado en la exposición de motivos.

Aunado a ello, el proyecto no separa los bienes, servicios y obras que se pueden adquirir para el mercado eléctrico de aquellos necesarios para el mercado de telecomunicaciones e infocomunicaciones, pues al haberse incorporado todo en un mismo artículo no queda suficientemente claro cuáles actividades corresponden a cada uno de los sectores, siendo que no son los mismos para cada uno.

En esa línea, se puede observar que en el inciso a) de la reforma, después de la frase “*prestar, adquirir y comercializar productos y servicios de telecomunicaciones e infocomunicaciones, así como otros productos y servicios de información*”, se introduce lo siguiente: “*y tecnologías, cuando signifique contratar la adquisición, el mantenimiento y la actualización o el arrendamiento de equipos tecnológicos para la informática, hardware y software y desarrollos de sistemas informáticos, otros servicios en convergencia y servicios complementarios y auxiliares tales como pero no limitados a generación distribuida, almacenamiento y aquellos necesarios para garantizar la seguridad operativa y la calidad del suministro de energía eléctrica, cuando los bienes, las obras y los servicios que, por su gran complejidad o su carácter especializado, solo puedan obtenerse cuando exista un número limitado de proveedores o contratistas, o por razones de economía y eficiencia debidamente acreditadas para la debida atención del interés público y no resulte adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios.*”.

Texto que no está claro si le aplica sólo al mercado de las telecomunicaciones e infocomunicaciones, o también al mercado eléctrico.

En esa línea, se sugiere separar la regulación de los servicios en competencia del mercado eléctrico en un nuevo inciso, como sucede en el caso de los servicios en competencia que presta el INS, los cuales se regulan actualmente en el inciso b).

Aunado a ello, es importante valorar si lo que se pretende incorporar en este apartado se encuentra regulado en el artículo 70 de la LGCP, el cual permite a las instituciones y empresas en competencia utilizar el procedimiento especial regulado en el artículo 68 de la presente ley cuando contraten la adquisición, el mantenimiento y la actualización o el arrendamiento de

equipos tecnológicos para la informática, hardware y software y desarrollos de sistemas informáticos. De ser así, sería innecesaria la reforma en los términos supra citados.

5- Sobre la reforma al artículo 69: “Contratación abierta de servicios para instituciones y empresas en competencia”

La iniciativa legislativa incorpora dos párrafos al texto actual del artículo 69 que dicen:

“Las empresas señaladas en el artículo 68 podrán reglamentar y desarrollar mediante procedimiento especial de contratación administrativa una serie de esquemas modernos que permitan competir efectivamente por el mercado energético nacional, podrán desarrollar por procedimiento especial alianzas estratégicas, alianzas público-privadas, prácticas comerciales comunes en la industria a nivel internacional.

Asimismo, podrán reglamentar nuevas formas de contratación bajo procedimiento especial con la finalidad de habilitar herramientas competitivas, reducir tiempos de proceso y mejorar sus capacidades frente a la competencia tecnológica y frente a la competencia energética a partir de combustibles fósiles importados y contaminantes y promover la competitividad de las fuentes de energía renovable y la utilización de equipos eficientes.”

Al respecto, debemos señalar como primer asunto a considerar por parte de los señores y señoras legisladores, que el texto transcrito no tiene relación con lo que se regula en dicho artículo 69 y tampoco se observa justificación en la exposición de motivos que sustente su procedencia.

En ese sentido y para mayor claridad sobre el objeto de la regulación del artículo 69, se debe acudir al artículo 169 del Reglamento a la LGCP, el cual señala que *“La contratación regulada en el artículo 69 de la Ley General de Contratación Pública, regirá únicamente para la contratación de servicios para atender necesidades esenciales para cumplir con la prestación última del servicio en competencia.”*, lo cual claramente dista mucho de lo que se pretende incorporar en la propuesta de reforma.

En segundo lugar, es importante recordar que los procedimientos ordinarios, extraordinarios y especiales en materia de contratación administrativa se regulan en la ley y se desarrollan por vía reglamentaria.

No obstante, en la reforma propuesta se pretende habilitar a las empresas a reglamentar y desarrollar procedimientos especiales de contratación administrativa, sin indicar los elementos básicos de dicho procedimiento en la ley, como sí lo hace el artículo 68 actual respecto del procedimiento especial para servicios en competencia, al señalar que:

“El procedimiento especial deberá contar con lo siguiente:

i) Decisión inicial adoptada conforme al artículo 37 de esta ley y disposición de recursos presupuestarios para amparar la erogación, conforme a esta ley. Asimismo, se deberá acreditar que se cuenta con los recursos humanos idóneos, técnicos y financieros necesarios para verificar el cumplimiento de la contratación.

ii) Pliego de condiciones e invitación a través del sistema digital unificado a un mínimo de cinco oferentes idóneos para que participen. En caso de que no se alcance el mínimo de

oferentes idóneos, se invitará a todos los proveedores que consten en el sistema digital unificado.

iii) El plazo para recibir ofertas será entre cinco y quince días hábiles según la complejidad del objeto, contabilizados a partir del día siguiente a la comunicación de la invitación a participar y hasta el propio día de la apertura de ofertas, inclusive.

iv) En este procedimiento se aplicarán las normas para subsanar defectos de la oferta, el plazo de vigencia de la oferta, la posibilidad de mejora de los precios, la obligación de rendir garantía de cumplimiento del adjudicatario y el deber de motivar el acto final, conforme a las regulaciones de la licitación menor.

v) La posibilidad de recurrir el pliego de condiciones, siendo competente para conocer del recurso de objeción, la propia Administración promovente, conforme a las reglas de la licitación menor.

vi) La posibilidad de recurrir el acto final del procedimiento, siendo competente para conocerlo la Administración promovente, a través del recurso de revocatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la presente ley.

vii) La obligación de readjudicar o declarar desierto o infructuoso el concurso ante la anulación del acto final del procedimiento derivado de un recurso de revocatoria, dentro del plazo máximo de diez días hábiles a partir de la comunicación de la resolución anulatoria.

En este procedimiento especial existirá la posibilidad de utilizar la modalidad de precalificación, por etapas o concurso con financiamiento, aplicando lo establecido en esta ley.

Como se puede observar, el texto transcrito detalla todas las etapas del procedimiento especial, desde la decisión inicial hasta la adjudicación.

Por el contrario, la reforma propuesta no indica nada sobre la forma en que se debe tramitar el procedimiento especial, siendo que lo único que se señala es que por medio de éste se pueden desarrollar *“una serie de esquemas modernos que permitan competir efectivamente por el mercado energético nacional, podrán desarrollar por procedimiento especial alianzas estratégicas, alianzas público-privadas, prácticas comerciales comunes en la industria a nivel internacional.”*

Incluso hace referencia a figuras contractuales que se encuentran reguladas actualmente en la LGCP como las alianzas estratégicas (artículo 3 inciso h) de la LGCP y 13 del Reglamento a la LGCP), por lo que no sólo sería innecesario emitir una regulación a nivel legal, sino que además sería totalmente improcedente hacerlo por vía reglamentaria, tal y como lo propone la reforma.

En esa línea, es importante señalar que la LGCP habilita la regulación de nuevas formas de contratación mediante el trámite de Tipos Abiertos dispuesto en el artículo 85, por lo que sería innecesario emitir regulación en ese sentido para habilitar figuras como alianzas públicas privadas o cualquier otra figura contractual derivada de prácticas comerciales comunes en la industria a nivel internacional. Además, se debe considerar que para las empresas que conforman el Grupo ICE, los artículos 8 y 10 de la Ley No.8660 de Fortalecimiento y modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, previamente les

habilitó la posibilidad de suscribir alianzas estratégicas, así como cualquier otra forma de asociación empresarial con otros entes públicos o privados, nacionales o extranjeros.

Aunado a ello, se considera que la propuesta de reforma es demasiado abierta y riesgosa al habilitar la regulación vía reglamentaria de estos nuevos procedimientos especiales, sin considerar los requisitos y controles que establece la LGCP para los Tipos Abiertos, entre los que destaca la consulta a la Dirección de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda, como brazo ejecutor de la Autoridad de Contratación Pública.

Todo lo cual es necesario para darle coherencia al sistema de compras públicas y mantener el objetivo de que la materia de contratación se regule en una sola Ley General.

Es así como una reforma como la que se tiene en estudio, permitiría regular por reglamento una serie de procedimientos especiales de contratación sin ninguna base legal, justificado únicamente en la posibilidad de competir efectivamente por el mercado energético nacional.

Aunado a ello, es importante destacar que el último párrafo de la reforma habilita a las empresas a reglamentar nuevas formas de contratación bajo procedimiento especial, sin indicar los elementos básicos de estos procedimientos, ni tampoco una regulación mínima de las formas de contratación que se quieren habilitar, lo cual genera mucha inseguridad jurídica y confusión para el operador jurídico.

Máxime cuando la exposición de motivos es ayuna de explicación para entender los alcances de este párrafo, siendo que lo único que se extrae del texto propuesto es la necesidad de contar con herramientas eficientes para competir en el mercado eléctrico.

6.- Reflexión final.

Por muchos años se ha tenido la idea de que el problema de la contratación pública radica en los procedimientos de selección, aduciendo que la licitación es un trámite ineficiente para la adquisición de bienes, servicios y la construcción de obra.

Lo anterior no es correcto puesto que, el atraso en las compras públicas así como otros problemas que adolece el país, radica en una gestión pública carente de visión de largo plazo, que pretende llevar adelante proyectos sin la debida planificación que asegure su factibilidad económica, técnica, legal y financiera.

Esta deficiente gestión es la que ha provocado, en no pocas ocasiones, la necesidad de extender los plazos de ejecución de las obras, el atraso en la prestación de los servicios y el aumento de los costos que en algunos casos han sobrepasado el 100% del presupuesto inicial, todo en perjuicio del bienestar de las personas.

Conscientes de esta situación es que la Asamblea Legislativa aprobó en el año 2021 un nuevo modelo de compra pública que maximiza el valor de los recursos públicos, bajo un enfoque de gestión por resultados.

En el caso de la obra pública, uno de los grandes logros de la nueva Ley es establecer la obligatoriedad de cumplir con las tres etapas del ciclo de vida de un proyecto: la

preinversión, inversión y ejecución. Señalando expresamente que no se puede iniciar el procedimiento de contratación, si no se cuenta con la aprobación de la etapa de planificación.

Además, se regulan una serie de medidas para lograr consolidar el principio de valor por el dinero, la compra pública estratégica, la compra de innovación y la profesionalización, todo con el fin de romper la cultura de la improvisación que ha causado tanto desperdicio de recursos.

En esa línea, otro de los grandes logros del nuevo modelo es la prevalencia del concurso público, abierto y transparente para la tramitación de las compras, promoviendo la competencia como mecanismo idóneo para escoger la oferta que mejor satisfaga el interés público, tal y como lo recomendó la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el estudio denominado *“Potenciando el uso de la licitación competitiva en el Sistema de Compras Públicas de Costa Rica”*, en el que enfatiza la importancia de utilizar la licitación competitiva y limitar el uso de excepciones y contratación con un solo proveedor.

El documento señala además que los procedimientos competitivos deben ser el método estándar para llevar a cabo las adquisiciones como medio de impulsar la eficiencia, luchar contra la corrupción, obtener precios justos y razonables y garantizar resultados competitivos.

Es por ello que la OCDE indica que si circunstancias excepcionales justifican limitaciones a la licitación competitiva y al uso de la contratación con un solo proveedor, esas excepciones deberían ser limitadas, predefinidas y deberían requerir una justificación adecuada cuando se empleen, con sujeción a una supervisión adecuada que tenga en cuenta el mayor riesgo de corrupción, incluso por parte de proveedores extranjeros.

En atención a estas recomendaciones, la nueva nueva Ley reduce las excepciones de 26 que tenía la anterior normativa, a tan sólo 10 con la ley actual.

Por último, otro de los avances significativos del nuevo modelo de gestión de compras es el fortalecimiento de la transparencia e integridad, al obligar a la tramitación de todas las contrataciones en el Sistema Digital Unificado de Compras Públicas y la incorporación de los principios éticos en la adquisición de bienes y servicios.

Estos cambios normativos ejemplifican la propuesta de una gestión pública del Siglo XXI, desafiando a la administración a adoptar una visión de luces largas que permita al país avanzar en la ruta del progreso social y económico, la cual debe ser apoyada y fortalecida por todos los actores de la sociedad costarricense, incluida la Asamblea Legislativa.

Es por ello que resulta preocupante la formulación de varios proyectos tendientes a reformar la LGCP, los cuales, sin aportar estudios que evidencien lo que se afirma y bajo la premisa de hacer más eficiente el trámite de las compras públicas, crean nuevos procedimientos especiales de contratación distintos a los ordinarios, lo cual podría poner en riesgo el modelo de gestión de la nueva Ley, generando además mucha dispersión al sistema de compras públicas.

Procedimientos especiales que además son laxos en relación con su alcance y aplicación, otorgando mucha discrecionalidad a la administración en una materia que debe

contar con reglas claras y con un sistema de control interno y externo que garantice la legalidad, integridad y transparencia del uso de los recursos públicos.

Dada esta esta situación, se sugiere respetuosamente, que de previo al planteamiento de proyectos de ley en esa línea, se analicen las opciones que otorga la nueva Ley General de Contratación Pública, tales como la contratación de obra pública, la licitación con financiamiento, el fideicomiso, la concesión o cualquier otra figura contractual que se pueda reglamentar por medio de los tipos abiertos, como las Asociaciones Público-Privadas.

Es importante debatir los pros y contras que estos mecanismos ofrecen para la ejecución eficiente de las compras públicas, con el fin de diseñar una solución que atienda las causas reales del atraso en los procesos de adquisiciones.

Aunado a lo anterior, se sugiere hacer un análisis profundo del impacto que podrían tener estas reformas en el mandato constitucional de la licitación como el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública, de manera tal que no se generen portillos legales que permitan la selección de contratistas sin concurso.

Se requiere construir la gestión pública del futuro sin replicar los errores del pasado, siendo de vital importancia fortalecer y consolidar el nuevo modelo de gestión de la Ley General de Contratación Pública, desterrando de una vez por todas las compras sin concurso, sin planificación y sin controles, que tanto ha costado al desarrollo de nuestro país, para lo cual se requiere el apoyo de cada uno de los distintos actores del sistema y dentro de los cuales la participación de los legisladores y las legisladoras es fundamental, para garantizar que dicha Ley en su justa y correcta aplicación, cumpla sus objetivos de incidir en un cambio sustancial de cómo ejecutar la actividad contractual por quienes están afectados a esa Ley en pro de la satisfacción de las necesidades públicas.

De esta forma damos por atendida la gestión.

Atentamente,

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División
Contraloría General de la República

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

RRA//nr.

NI:6648 y 6684-2024

G: 2024001198-9

Expediente: CGR-PLEY-2024002404