

Al contestar refiérase
al oficio n.º **20204**

29 de noviembre de 2024
DCP-0351

Licenciada
Ana Julia Araya Alfaro
Jefa de Área
Área de Comisiones Legislativas II
ASAMBLEA LEGISLATIVA
Correo: area-comisiones-ii@asamblea.go.cr

Estimada señora:

Asunto: Criterio sobre el texto sustitutivo del proyecto de ley N° 24.215, “Reforma al inciso E) del artículo 2 de la Ley General de Contratación Pública, Ley 9986 de 27 de mayo de 2021”

Damos respuesta a su oficio N° AL-CPASOC-1322-2024 de 6 de noviembre de 2024, mediante el cual se consulta el criterio del órgano Contralor en relación con el proyecto de referencia.

I.- Sobre el texto sustitutivo del proyecto de ley

La exposición de motivos del texto base señala que la Ley de Contratación Administrativa (en adelante LCA), exoneraba de los procedimientos ordinarios de contratación a aquellos contratos administrativos concertados por las administraciones públicas con sujetos de derecho internacional público. Contratos administrativos que pueden darse en el marco o como ejecución de un convenio o tratado internacional, pero que no se rigen por el derecho internacional, sino por el derecho interno.

Agrega además que el inciso e) del artículo 2 de la Ley General de Contratación Pública (en adelante LGCP) excluye de la aplicación de esa ley, “*los acuerdos celebrados con otros Estados o sujetos de derecho internacional público de carácter humanitario*”, transformando los acuerdos exceptuados de contratos administrativos a convenios o tratados internacionales.

De ahí que, según la iniciativa legislativa, mientras la anterior LCA exceptuaba de sus procedimientos a los contratos administrativos en su artículo 2 inciso b), la actual LGCP excluye a los convenios internacionales en el inciso e) del numeral 2.

Lo anterior, indica la exposición de motivos, genera tres problemas: primero la norma se torna vacía porque no regula nada, ya que de por sí los acuerdos regidos por el derecho internacional público no están sujetos al derecho interno de los Estados, con lo cual, exceptuar de la aplicación de la LGCP a los convenios internacionales es redundante.

Segundo, dado que las diferentes administraciones públicas u organizaciones privadas que manejan fondos públicos, no cuentan con la subjetividad internacional necesaria para constituirse como Parte de un convenio o acuerdo regido por el derecho internacional público, los sujetos de la exclusión del inciso e) del artículo 2 de la LGCP no podrían ser otros que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, en virtud de las competencias asignadas en los artículos 121, inciso 4) y 140, inciso 10) de la Constitución Política. Lo cual también carece de sentido porque dichas competencias no tratan sobre actividad de contratación administrativa.

Tercero, los contratos administrativos suscritos con otros Estados o sujetos de derecho público internacional dejaron de estar exceptuados de los procedimientos de contratación ordinaria, incluso aquellos relativos a sujetos internacionales de carácter humanitario, por lo que podría entenderse que en principio deben someterse a las regulaciones de la LGCP.

Indica la iniciativa legislativa que en un principio el proyecto de ley que originó la LGCP, incluía dentro de la excepciones del artículo 3, "*Los acuerdos celebrados con otros Estados o con sujetos de derecho público internacional en el ámbito estricto de la competencia de estos últimos*", lo cual fue modificado, pasando la norma al artículo 2 inciso e) que incluye como una actividad excluida "*Los acuerdos celebrados con otros Estados, los cuales se rigen por el Derecho Internacional Público*", sin que exista claridad de la razón de dicha modificación, toda vez que en las actas no se indica nada al respecto.

De igual forma, luego se hizo una segunda modificación, quedando la redacción actual del inciso e) del artículo 2 de la siguiente manera: "*e) Los acuerdos celebrados con otros Estados o sujetos de derecho internacional público de carácter humanitario, los cuales se rigen por el derecho internacional público*".

Indica que no hubo una razón para eliminar la excepción del artículo 2 inciso b) de la Ley anterior, por lo que se entendería que la LGCP incluye dentro de su alcance a los contratos administrativos suscritos entre administraciones públicas y sujetos de derecho internacional público, toda vez que este tipo de contratos sí están sujetos al derecho interno del Estado y no se estableció su excepción en la ley.

Por su parte, el texto sustitutivo amplía el alcance de la reforma del inciso e) del artículo 2 de la LGCP que originalmente exceptuaba de la aplicación de la ley a "*Los acuerdos celebrados con otros Estados o sujetos de derecho internacional público, incluyendo a la Cruz Roja*" y en su lugar propone exceptuar "*Los convenios, acuerdos, acuerdos de costo compartido, celebrados con otros estados, organizaciones internacionales, sujetos de Derecho Internacional Público o con sujetos de Derecho Internacional Humanitario como el Comité Internacional de la Cruz Roja...*".

Además adiciona un inciso K) al artículo 3 de la LGCP, para incluir dentro de las excepciones a los procedimientos ordinarios "*Las contrataciones provenientes de fondos públicos que realice la Asociación Cruz Roja Costarricense, en virtud de la participación en*

actividades extraordinarias definidas en el artículo 4 de la Ley 8488, Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, de 22 de noviembre de 2005. Para ello utilizará procedimientos excepcionales, expeditos y simplificados dentro del régimen de administración y disposición de fondos y bienes. En su actividad ordinaria, aplicará lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 1° de la presente ley. La Contraloría General de la República ejercerá sus atribuciones constitucionales y legales respecto de los fondos públicos recibidos por la Benemérita.”

II.- Criterio del Despacho

a. Sobre la reforma al artículo 2 inciso E) de la Ley General de Contratación Pública.

Como se indicó por parte de esta Contraloría General en la consulta al texto base del proyecto de 24.215 ⁽¹⁾, la LGCP reguló expresamente y con mayor amplitud, las actividades a las que no les aplica dicha regulación, las cuales se clasifican en tres grupos: el primero que corresponde a aquellas contrataciones cuyos objetos no corresponden a la adquisición de bienes, servicios u obras, a saber: la actividad ordinaria de la Administración, las relaciones de empleo público, los empréstitos públicos y los convenios de colaboración entre entes de derecho público.

El segundo agrupa aquellas contrataciones que son para la adquisición de bienes, servicios y obras que se realizan en su totalidad fuera del país o por tener un régimen especial, como es el caso de los contratos que tramita la Comisión Nacional de Emergencias, en virtud de la actividad extraordinaria definida en el artículo 4 de la Ley 8488, Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, de 22 de noviembre de 2005.

El tercer grupo corresponde a los acuerdos celebrados con otros Estados o sujetos de derecho internacional público de carácter humanitario, a los cuales no les aplica la LGCP por cuanto dichos acuerdos no tienen por objeto la adquisición de bienes, servicios y obras, ya que de lo contrario deberían ser tramitados bajo los principios constitucionales y legales de la contratación pública. ⁽²⁾

Criterio que no deja lugar a dudas la Sentencia de la Sala Constitucional No. 028774-2024 del 1 de octubre de 2024, al indicar que de acuerdo con el artículo 182 de la Constitución Política *“la licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado -en el sentido más amplio- para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento a los principios constitucionales que informan la contratación administrativa como son la libre concurrencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles, entre otros. (...) todo lo anterior, con el objeto de procurar una sana administración de los fondos públicos...”*.

¹ Ver Oficio No. 10847 de 27 de junio de 2024 (DCA-0384) de 6 de julio de 2023, emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.

² Al respecto, ver Oficio No. 8889-2023 (DCA-0384) de 6 de julio de 2023, emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.

De acuerdo con el texto transcrito, resulta claro que sería contrario al artículo 182 de la Constitución Política y a los principios que de éste se derivan en materia de contratación pública, el cambiar la redacción del inciso e) del artículo 2, con el fin de excluir de la aplicación de la LGCP, la contratación de sujetos de derecho público internacional para la adquisición de bienes, servicios y obras.

Criterio que se emitió para el texto base del proyecto de ley 24.215 y que resulta aplicable también al texto sustituto, en razón de que mantiene la exclusión antes indicada y la amplía en su contenido para que no exista duda de la habilitación que se le da a la administración pública para contratar sin aplicar la LGCP.

En ese sentido, se debe reiterar que de acuerdo con la exposición de motivos del texto base, la reforma lo que pretende es revivir el artículo 2 inciso b) de la Ley de Contratación Administrativa derogada, que permitía a la administración pública contratar son sujetos de derecho público internacional la adquisición de bienes, servicios y obras, por lo que en el caso del texto sustitutivo se debe entender que los “*convenios, acuerdos o acuerdos de costo compartido*”, tienen esa misma finalidad.

Siendo así que si se aprueba la reforma propuesta, se estaría dejando fuera del alcance de la LGCP un grupo importante de compras públicas, en abierta transgresión del principio de licitación dispuesto en el artículo 182 de la Constitución Política, así como de los principios de libre competencia y transparencia, debido a las limitaciones de acceso a la información contenida en los expedientes de las contrataciones con sujetos de derecho público internacional.

Al respecto, se reitera lo indicado en la consulta al texto base del proyecto de ley, en el que se advierte la negativa que ha enfrentado la Contraloría General de algunos sujetos de derecho público internacional para atender solicitudes de información sobre la utilización de fondos públicos, bajo el argumento de privilegios o inmunidad de los que gozan estos sujetos.

Desde 2019, con el informe n.º DFOE-SAF-IF-00008-2019, denominado “*Informe de la auditoría de carácter especial sobre los controles del CONAVI en la ejecución de los recursos dirigidos a financiar proyectos viales a cargo de la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS)*”, el Órgano Contralor señaló la existencia de información limitada sobre la gestión de los proyectos, lo cual implicaba la falta de registros correctos, oportunos e íntegros de las transacciones y operaciones. Esta situación generó una limitada rendición de cuentas sobre la ejecución de los recursos, además de impactar potencialmente la toma de decisiones.

En los años 2021 y 2022, la Contraloría General se vio limitada en su potestad de vigilancia efectiva sobre la Hacienda Pública, respecto a la contratación directa efectuada por el CONAVI para el Proyecto “*Construcción y Supervisión de 3 Pasos a Desnivel en la Ruta Nacional n.º39 Carretera de Circunvalación en la Rotonda de Las Garantías Sociales, en Facultad de Derecho UCR - Rotonda de la Bandera e Intersección Guadalupe y Fortalecimiento de la Unidad Ejecutora del Programa de Obras Estratégicas de Infraestructura Vial*”. En este caso, la UNOPS se negó a proporcionar la información

requerida para llevar a cabo una investigación destinada a verificar la correcta utilización de los fondos públicos que el CONAVI había trasladado a dicha Oficina.

La UNOPS justificó su negativa argumentando que: *“En su calidad de organización internacional, se le ha otorgado a las Naciones Unidas (“ONU”) ciertos privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de sus objetivos. UNOPS, un órgano subsidiario, es parte integral de la ONU y, en consecuencia, está cubierto en Costa Rica por los privilegios e inmunidades aplicables a la ONU. (...) Adicionalmente, en el caso que nos ocupa también es relevante el principio de auditoría única aplicable a la ONU. Conforme a dicho principio, la auditoría externa de las actividades de UNOPS debe ser practicada de forma exclusiva por los auditores externos de UNOPS³.”*

Estas situaciones generan un detrimento del derecho de acceso a información, que evidentemente es de interés público, y de los principios de transparencia y publicidad. Evidencian que tales organismos no están para ser proveedores de bienes y servicios sino para otros propósitos, como la ya indicada ayuda humanitaria. Además, obstaculizan las acciones de fiscalización que este Órgano Contralor lleva a cabo en el ejercicio de sus potestades constitucionales, al limitar el acceso a la información relacionada con la Hacienda Pública.

Aunado a la transgresión de los principios de la contratación pública, se debe resaltar el hecho de que ni en la exposición de motivos, ni en el texto base o sustitutivo, se indica el procedimiento que se aplicará para tramitar estas contrataciones, por lo que se estaría habilitando la adquisición de bienes, servicios y obras sin tener claridad del marco normativo para su adjudicación, los controles que garantizarán el buen uso de los fondos públicos y mucho menos las eficiencias en tiempo que justifican la desaplicación de la LGCP.

En esa línea, es importante recordar que uno de los mayores logros de la LGCP es privilegiar el concurso público, abierto y transparente para la tramitación de las compras, de manera que se promueva 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”. Estudio que enfatiza la importancia de utilizar la licitación competitiva y limitar el uso de excepciones y contratación con un solo proveedor.

En ese análisis del sistema de contratación pública costarricense se 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, por lo que si se aprueba la reforma en los términos del texto sustitutivo, se estaría abriendo un portillo legal para la adquisición de bienes, servicios y obras sin concurso.

³ Oficio n°DP-IP-0228-2022, emitido por la Jefe del Departamento de Inmunidades y Privilegios del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, mediante el cual remitió la Nota Verbal 2022-03-NV-005 de la UNOPS referida al requerimiento planteado por este órgano contralor en el oficio n° 3281 (DFOE-CIU-0122) del 2 de marzo de 2022.

Sin perjuicio de lo indicado acerca de la inconstitucionalidad de la reforma al artículo 2 inciso e) de la LGCP y como observaciones puntuales al texto sustitutivo, se sugiere aclarar la diferencia entre “*convenios, acuerdos y acuerdos de costo compartido*”, para efectos de su aplicación en caso de que se aprobara la reforma, máxime que en la exposición de motivos del texto base sólo se hacía referencia a “acuerdos”.

De igual forma se debe aclarar el concepto de “*organizaciones internacionales*” que por la redacción de la norma se entendería que son distintos a los Sujetos de Derecho Internacional Público o de Derecho Internacional Humanitario, aspecto que es de suma relevancia definir con el mayor detalle, por cuanto la administración pública estaría habilitada para contratar con estas organizaciones internacionales sin aplicar la LGCP, que pueden ser de carácter público o privado, lo cual genera un mayor riesgo en la administración y buen uso de los fondos públicos.

Con respecto a la fiscalización de la Contraloría General sobre los “*acuerdos de costo compartido a financiarse en parte con fondos públicos nacionales y locales*”, se reitera la necesidad de aclarar el concepto de acuerdos de costo compartido con el fin de determinar la fiscalización aplicable y si es necesaria la referencia en el proyecto de ley o si se entendería incluida dentro de la potestades de fiscalización que regula la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

En esa línea es importante recordar que el artículo 183 de la Constitución Política le otorga competencia al órgano contralor para la vigilancia de la hacienda pública, por lo que se encuentra facultado para fiscalizar toda contratación que se realice con fondos públicos, aún en el supuesto de que no le aplique la LGCP.

b. Sobre la reforma al artículo 3 de la Ley General de Contratación Pública

El texto sustitutivo incorpora una nueva excepción a los procedimientos ordinarios de contratación pública, para las contrataciones provenientes de fondos públicos que realice la Asociación Cruz Roja Costarricense, en virtud de la participación en actividades extraordinarias definidas en el artículo 4 de la Ley 8488, Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, de 22 de noviembre de 2005.

Lo anterior con el fin de que dicha Asociación utilice procedimientos excepcionales, expeditos y simplificados dentro del régimen de administración y disposición de fondos y bienes.

Al respecto, esta Contraloría General no tiene objeción para la aprobación de dicha excepción, la cual resulta congruente con la necesidad de un régimen especial de contratación para la atención de emergencias declaradas, en línea con lo regulado en el artículo 51 de la Ley 8488, cuyo párrafo segundo dispone que “*La adquisición de los bienes y servicios que se celebren con los recursos del Fondo para la atención de emergencias declaradas, se registrarán por los principios establecidos en la Ley de la Contratación Administrativa, así como por las disposiciones señaladas en el Reglamento Interno de la Proveeduría institucional y las disposiciones que sean emitidas específicamente con este objeto.*”.

Es por ello que resulta razonable la incorporación de esta nueva excepción a los procedimientos ordinarios de contratación pública, para la contratación de los bienes y servicios que requiera la Asociación Cruz Roja Costarricense, con motivo de la atención de una emergencia declarada por la Comisión Nacional de Emergencia, al amparo del artículo 4 y 15 de la Ley No. 8488.

Es importante señalar que dicho procedimiento de excepción debe estar debidamente reglamentado por parte de la Asociación, de manera tal que se garantice el buen uso de los fondos públicos, así como los controles y fiscalización para su verificación.

Queda claro además de la propuesta de reforma que la actividad contractual ordinaria de la Asociación, entendida como aquella que no se realiza al amparo de una Declaratoria de Emergencia, se regirá por lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1° de la Ley General de Contratación Pública, supuesto en el cual le aplica dicha Ley en su totalidad, para las contrataciones que superen el 50% del límite inferior del umbral fijado para la licitación menor del régimen ordinario.

Por último, se sugiere eliminar la frase que dice: *“La Contraloría General de la República ejercerá sus atribuciones constitucionales y legales respecto de los fondos públicos recibidos por la Benemérita”*, por cuanto resulta innecesaria en razón de que el órgano contralor tiene dicha atribución al amparo del artículo 183 de la Constitución Política y artículos 4 y 5 de su Ley Orgánica.

De esta forma damos por atendida la presente gestión

Atentamente,

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División
Contraloría General de la República

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

RRA//nr.
NI: 24073-2024
G: 2024001198-16
Expediente: CGR-PLEY-2024008295