

**Al contestar refiérase
al oficio N.º 20732**

11 de diciembre, 2024
DFOE-CIU-0488

Señores
Marco Acuña Mora
Presidente Ejecutivo y
Presidente del Consejo Directivo

Harold Cordero Villalobos
Gerente General
INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE)

Estimados señores:

Asunto: Orden Nro. DFOE-CIU-ORD-00003-2024 sobre la responsabilidad del Instituto Costarricense de Electricidad en los procesos de compras públicas del sector telecomunicaciones.

Para que el señor Presidente Ejecutivo haga del conocimiento de los miembros del Consejo Directivo del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), en la sesión inmediata siguiente al recibo de esta comunicación y al señor Gerente General en atención del cargo que ocupa, se les informa que la Contraloría General de la República, dentro de sus potestades de fiscalización superior otorgadas mediante los artículos 183 y 184 de la Constitución Política y las potestades de investigación previstas en el artículo 22 de su Ley Orgánica, realizó una investigación para atender a una serie de denuncias presentadas ante esta sede sobre el uso de procedimientos de excepción y especiales efectuados por el ICE en el Sector Telecomunicaciones.

Al respecto, como parte de las revisiones y análisis efectuados en dicha investigación, se detectan aspectos relacionados con los procedimientos de contratación y situaciones que se contraponen a los principios que rigen la contratación pública, 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.

I. Aspectos relevantes.

1. En el año 2008 y con la apertura del mercado de telecomunicaciones en el país,¹ se estableció al ICE un nuevo marco legal, ante ese nuevo contexto.²
2. Particularmente, en materia de contratación administrativa, el capítulo IV de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de entidades públicas en el Sector Telecomunicaciones N.º 8660 estableció la capacidad del ICE para celebrar contratos de orden lícito de todo tipo y se le concedió en aquél momento, un régimen especial que le daba la posibilidad de aplicar bajo ciertas y limitadas circunstancias, un régimen de contratación directa en el marco de competencia del sector telecomunicaciones.
3. En el artículo 23 la Ley supracitada se fijaron las excepciones a los procedimientos ordinarios de concurso del ICE, estipulando siempre la responsabilidad exclusiva de la Administración por la implementación de los procedimientos de excepción y su obligación de dejar constancia en el expediente de cada caso concreto, las razones que sustentaban la aplicación de la causal empleada.
4. En el artículo 107 del Reglamento al título II de la Ley N.º 8660³, se establece que la actividad contractual excluida legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa, debía adaptarse, en lo pertinente, a los principios generales, a los requisitos previos que correspondiera y a las normas generales sobre el cartel y la oferta, sin perjudicar los principios de eficacia y eficiencia, lo cual es reflejo de la obligación que nace del artículo 182 de la Constitución Política. Dicha excepción debía ser respaldada por las causales descritas y avaladas por el ordenamiento legal.
5. A partir del 1º de diciembre de 2022 entró en vigencia la Ley General de Contratación Pública (LGCP), Ley N.º 9986 y su Reglamento (RLGCP)⁴. Dicha Ley había derogado el régimen contractual que de manera diferenciada mantenía el ICE con base en la Ley N.º 8660⁵ y tácitamente el Reglamento al Título II de la Ley N.º 8660. Sin embargo, la Sala Constitucional mediante el voto 022483 dictado al ser las doce horas del día 07 de agosto de 2024 declaró inconstitucionales los

¹ Ley N.º 8660 y el Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones emitido mediante Decreto Ejecutivo N.º 35148 del 24 de febrero de 2009 y su reforma.

² A partir de la Ley General de Telecomunicaciones N.º 8642, vigente desde el 30 de junio de 2008.

³ El artículo 20 de la citada norma legal, señalaba la prevalencia de sus normas especiales sobre las estipulaciones contenidas en la Ley de Contratación Administrativa N.º 7494, la cual, para el caso del Instituto, mantenía una vigencia supletoria ante la ausencia que regulara una situación específica.

⁴ Decreto Ejecutivo 43808-H, publicado en el Diario La Gaceta del 30 de noviembre de 2022.

⁵ De acuerdo con el artículo 135 inciso c) de la Ley General de Contratación Pública, N.º 9986 del 27 de mayo de 2021 se derogaron los artículos 12, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones N.º 8660, normas que regulaban anteriormente el régimen especial de contratación del ICE.

- artículos 1, 2, 68, 69, 70 y 135 inciso c) de la Ley N.º 9986 que derogaba el régimen especial de contratación ostentado por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y sus empresas, con lo cual se restituyó con efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la disposición anulada el régimen especial de contratación previsto en la Ley N.º. 8660.
6. El ICE emitió el 6 de octubre de 2023, en el Alcance N.º 195 del Diario Oficial La Gaceta N.º 184, el Reglamento interno de contratación pública del Instituto Costarricense de Electricidad, cuya finalidad es la de regular la gestión interna de los procedimientos de contratación de la institución, de conformidad con lo establecido en la Ley N.º 9986 General de Contratación Pública y los principios de contratación.
 7. Bajo los principios de transparencia y rendición de cuentas de raigambre constitucional hace imperativa la acreditación de la procedencia de utilizar proceso excepcionales de contratación, mediante la exposición veraz y oportuna de los motivos legales, técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para satisfacer el interés público, así como efectuar de previo un sondeo o estudio de mercado que considere los potenciales oferentes idóneos del objeto a contratar.
 8. Los estudios de mercado constituyen una herramienta esencial en el ámbito de la contratación pública y desempeñan un papel crítico en la garantía de procedimientos transparentes, eficientes y competitivos, sobre todo cuando se trata de aplicar excepciones que comprometen cuantiosas erogaciones que deben estar debidamente sustentadas. Mediante los estudios de mercado se determinará la existencia de oferentes de los bienes o servicios requeridos, así como promover mayor conocimiento en la Administración para la determinación de precios justos y razonables que reflejen las condiciones reales del mercado. De forma que la rigurosidad en la elaboración de los estudios de mercado no es solo una formalidad, sino un elemento esencial y un mandato en la normativa de contratación pública.
 9. La elaboración de estudios de mercado requiere de una metodología detallada y sistematizada, que debe identificar y ser ejecutada por personal competente en materia técnica y ética, con la debida determinación y separación de funciones para evitar cualquier conflicto de interés. Este rigor no sólo para conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad, acto ilegal o riesgos de corrupción, sino también para garantizar la eficiencia y eficacia de las operaciones, todo lo cual se ve reflejado en la necesidad de designar únicamente personal conforme un perfil idóneo y mantener una capacitación y actualización de competencias, así como la debida consideración de todas las eventuales ofertas disponibles, lo que permite que las administraciones públicas no solo cumplan con sus obligaciones legales sino que también promuevan la competencia, la probidad y obtengan el mejor valor por el dinero en sus procesos.

10. Respecto a la dependencia a cargo de la promoción de los distintos procedimientos de contratación del ICE, se establece en el artículo 7 del mencionado Reglamento Interno de Contratación Pública a la Dirección de Proveeduría como responsable de la conducción del procedimiento de contratación, precisando que “[...] es la dependencia encargada de la conducción de los procedimientos de contratación pública, así como velar porque los mismos sean óptimos, oportunos, estandarizados y cumplan con todos los requisitos establecidos. / Para el cumplimiento de sus competencias, la Administración le suministrará todos los recursos humanos y materiales que garanticen su gestión eficiente. / Para el eficiente y eficaz cumplimiento de las funciones de la Dirección Proveeduría, todas las demás unidades administrativas de la Institución de tipo técnico, jurídico, contable, financiero, presupuestario, informático y de cualquier otro orden, están obligadas a brindarle colaboración y asesoría en el cumplimiento de sus cometidos.”
11. En el artículo 8 de dicho Reglamento interno se señala que además de las competencias indicadas en el artículo 131 de la LGCP y el artículo 314 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, son funciones de la Dirección Proveeduría, las siguientes: “[...] / 4) Verificar que los procedimientos en materia de contratación pública sean conformes con la normativa vigente, para lo cual se podrá asesorar con la Dirección Contratación Administrativa [del ICE]. / [...] / 32) Solicitar a las dependencias subsanar la omisión de requisitos internos, vistos buenos o autorizaciones en cualquier momento del procedimiento en que se detecten dichas omisiones. / [...]”.
12. El artículo 70, inciso 1, de dicho Reglamento interno, indica que “Para cada uno de los procedimientos especiales establecidos [...], la Dependencia que promueve la contratación, deberá aportar en su solicitud de criterio a la Dirección Contratación Administrativa [del ICE], la siguiente información, según corresponda: “[...] / 1. Procedimiento Especial, conforme al artículo 68 Ley 9986 y 168 de su Reglamento: Justificación técnica mediante acto motivado suscrito por el jefe de División o en su defecto el Director, Administrador de Contrato y visto bueno del Coordinador de Contratación Pública de la dependencia que promueve la contratación, que mencione las razones por las cuales no resulta adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios [...]”.
13. En el caso concreto, como parte de las diligencias de investigación realizadas por esta Área de Fiscalización, con respecto a las contrataciones efectuadas por el ICE en el Sector Telecomunicaciones durante el periodo comprendido entre el año 2016 y abril de 2023, se valoró, entre otras, la información remitida por la Gerencia de Telecomunicaciones, mediante oficio 6000-935-2023 del 30 de mayo del 2023. Adicionalmente, se efectuó un análisis de los datos aportados, que contempló el

marco legal vigente para dicho Instituto durante el periodo fiscalizado.⁶ A partir de lo cual, se determinaron los siguientes puntos de interés:

Uso mayoritario de procesos no concursados, de escasa cuantía y especiales

- i. Del total de contrataciones reportadas por el ICE en el sector de telecomunicaciones, el 82,2% se efectuó mediante procedimientos no concursados, que corresponde a 613 de 746 procedimientos efectuados, de las cuáles 501 corresponden a escasa cuantía y 110 a procedimientos por excepción.⁷
- ii. El 79,2% de los procedimientos reportados bajo procedimientos de excepción se hicieron con fundamento en los artículos 112 (Objetos de naturaleza o circunstancia concurrente incompatibles con el concurso) y 116 (Escasa cuantía) del Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, N.º 35148-MINAET (590 de las 746 de los procedimientos efectuados).
- iii. En cuanto a las excepciones aplicadas en el citado artículo 112, se concentra principalmente en los referidos a los incisos a) Oferente único, b) Bienes, obras o servicios complejos o especializados, d) Medios de comunicación social, k) Arrendamiento o compra de bienes únicos y r) Productos compatibles o normalizados, las cuales representan 228 de las 237 contrataciones que se fundamentan en dicho artículo.⁸

Montos pagados a los proveedores en contrataciones no concursadas

- iv. En los procesos de contratación no concursados, de escasa cuantía y especiales, se ha pagado a los proveedores el 27,3% del monto de contratos en colones y el 73,7% de los montos de contratos en dólares (que representan 24.908,5 millones de colones y 442,7 millones de dólares respectivamente).

⁶ A partir de la vigencia de la nueva Ley de Contratación Pública y de acuerdo a la información suministrada, se reportaron 14 procedimientos en el Sector de Telecomunicaciones, de los cuáles corresponden a 5 licitaciones menores, 2 licitaciones reducidas, 5 procedimientos de "excepción" con base en el artículo 3 inciso c) de la Ley de contratación pública, 1 procedimientos por "urgencia" y 1 declarado como infructuoso, siguiendo la tendencia por parte del ICE a implementar procesos excepcionales para adquirir bienes y servicios.

⁷ Las restantes contrataciones utilizaron los incisos "i) Objetos que requieren seguridades calificadas", "j) Interés manifiesto de colaborar con el ICE", "l) Situaciones imprevisibles", "q) Seguridad, urgencia, emergencia u oportunidad" y "t) Bienes o servicios cuyos potenciales oferentes sean identificables".

⁸ En el oficio 5201-258-2023, del 4 de diciembre de 2023, las Direcciones de Proveeduría y de Contratación Administrativa remitieron el archivo denominado "Documento técnico estudio de mercado.docx", así como el "Comunicado 09 de febrero 2023.pdf" donde se incorpora la instrucción de utilizar dicho formato en el interín que la Dirección de Contratación Administrativa emita las guías de estudio de mercado.

Concentración de las adjudicaciones en contratos en dólares en pocos proveedores

- v. Las contrataciones (concuradas y excepcionales) reportadas por el ICE para el sector telecomunicaciones con contratos en dólares estadounidense representan pagos por un monto de \$601 millones. De ello, el 81,1% se concentra en 11 empresas (que consiste en un monto pagado por \$487,4 millones), el restante se distribuye en más de 160 adjudicatarios.
- vi. Una sola empresa concentra el 61,5% del monto pagado en contratos en dólares de los procedimientos no concursados, de escasa cuantía y especiales.

II. Análisis del caso concreto.

La Constitución Política en su artículo 182 estableció un régimen para la actividad contractual del Estado a través de procedimientos licitatorios, 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 del sector público para desarrollar ciertas actividades contractuales; entre estas excepciones las establecidas en el artículo 23 de la Ley 8660.

De conformidad con el ordenamiento jurídico,⁹ la Dirección de Proveeduría del ICE tiene plena competencia para conducir los trámites del procedimiento de contratación pública, lo que le atribuye un nivel de competencia especializado y un particular régimen de responsabilidad por la correcta conducción de los procedimientos de contratación pública. Una proveeduría, en el contexto de la contratación pública, es la unidad organizativa encargada de gestionar el proceso de adquisición de bienes y servicios. Sus funciones principales incluyen la consolidación de los requerimientos institucionales, la promoción de procedimientos de compra eficientes para procurar los mejores precios y condiciones, y la garantía de transparencia y cumplimiento de las normativas vigentes. Es así, que dicha Dirección tiene la competencia plena para conducir los trámites de los procedimientos de contratación, lo cual implica además la necesidad de mantener una comunicación efectiva con los diferentes departamentos de la institución.

Particularmente, dentro de sus funciones establecidas destaca el deber de verificar que los procedimientos en materia de contratación pública sean conformes con la normativa vigente, para lo cual se podrá asesorar con la Dirección Contratación Administrativa del ICE. Lo anterior cobra especial relevancia, pues esa Dirección

⁹ Según se indicó en el oficio 7118-477-2023, del 28 de noviembre de 2023.

pertenece a la División Jurídica del ICE, cuyas funciones incluyen el deber de “*Dictaminar la procedencia legal de las actividades no sujetas a concurso público* [...]”¹⁰.

Así las cosas, tanto la Dirección de Proveeduría y la Dirección de Contratación Pública de la División Jurídica del ICE, desempeñan roles determinantes en los procedimientos de contratación pública; lo cual, toma mayor relevancia al tratarse del análisis para determinar la procedencia de aplicar procedimientos especiales y de excepción en materia de contratación pública, pues dentro de su esfera de competencias, están obligadas a examinar rigurosamente la procedencia legal al igual que la vigencia de los principios constitucionales y legales que rigen en materia de contratación, así como la motivación sustantiva y técnica de respaldo, entre estos, los estudios de mercado. Este análisis debe centrarse en la validez de los argumentos presentados, la documentación generada y en la conformidad con los principios de contratación pública, evitando así reducir sus funciones a la mera ratificación o no objeción de la documentación proporcionada.

El efectivo cumplimiento de las funciones sustantivas de los componentes del proceso de contratación pública, es acorde con el acatamiento del principio constitucional de licitación, y de legalidad, así que es válida una interpretación restrictiva sobre la aplicación de las excepciones, contemplando que en caso de duda, siempre se favorecerá el concurso, no la excepción, como ya se indicó antes. Es decir, dicha valoración debe contemplar aspectos tanto de forma como de fondo, que verifiquen la interpretación restrictiva sobre la aplicación de las excepciones. Lo anterior resulta de especial importancia en virtud de lo establecido en el Reglamento interno de contratación pública del Instituto Costarricense de Electricidad.

Según lo dispuesto en el Reglamento interno de contratación pública del ICE, la responsabilidad de acreditar todos los supuestos para el uso de las excepciones recaen en la Unidad Solicitante, en donde la figura de Administrador de Contrato juega un rol relevante, pues debe suscribir una serie de documentos para dicha gestión. Sobre el particular, se debe tener en cuenta que el administrador de contrato es la persona encargada de especificar el requerimiento de la contratación, quien debe participar en los estudios de análisis y evaluación técnica de las ofertas y administrar los contratos de suministro de obras, bienes y servicios que suscriba el ICE con particulares o terceros.¹¹ No obstante, si bien la figura de administrador de contrato puede desempeñar funciones vinculadas con la figura de unidad solicitante (en el esquema de contratación pública), no sustituye o restringe las funciones que corresponden a la Proveeduría o al propio Jefe dentro de un esquema de control y seguimiento. Es decir, la figura de administrador no es la quien, en última instancia, califica y determina el procedimiento de adquisición a seguir, sino que esa es una responsabilidad última de la Dirección de Proveeduría y la Dirección de Contratación Pública del ICE a fin de que los actos que se emitan sean conformes con el ordenamiento jurídico.

¹⁰ Según lo indicado en certificación firmada por el Administrador de Contratos, sobre la contratación 2013CD-000101-PROV, remitida como adjunto del oficio 5201-176-2023, del 8 de setiembre de 2023.

¹¹ Según lo señalado en el oficio 5201-257-2023, del 28 de noviembre de 2023.

A partir del análisis del caso efectuado, se evidenció que el ICE ejecuta de manera recurrente procedimientos de excepción basados en las justificaciones aportadas por las unidades solicitantes y Administradores de Contrato; no obstante en la revisión efectuada de una selección de contrataciones,¹² de los documentos referenciados como estudios de mercado y los criterios legales, no consta ninguna motivación de la Proveeduría, como tampoco de la Dirección de Contratación Pública que determine la correcta aplicación de una excepción, habiéndose cumplido con todos requisitos que exige el marco jurídico vigente al momento de aplicarla, y que compruebe la idoneidad y la integralidad del contenido sometido al ejercicio sucesivo de sus competencias, haciendo uso de instrumentos de control idóneos para lograr el cumplimiento del ordenamiento jurídico y técnico. Aunado a ello, actualmente el ICE cuenta solamente con un documento de trabajo que hace referencia a las diversas partes que debe contener el estudio de mercado, sin señalar la metodología que debe seguir en su elaboración, así como la documentación de sustento que debe contener.¹³

A modo de referencia, se efectuaron solicitudes de información a ese Instituto para una serie de contrataciones sobre los estudios de mercado y legales que acreditaran el uso de la excepción correspondiente. No obstante, de la documentación aportada por el ICE¹⁴ no se logra evidenciar fehacientemente que la unidad solicitante o el administrador de contrato, efectuaron los estudios mínimos requeridos para acreditar técnicamente la implementación de la excepción o tipo de proceso no concursado en razón del objeto contractual o que en efecto se estaba en presencia de un proveedor único, ni que en el mercado no existían alternativas para satisfacer las necesidades institucionales de manera más eficiente, eficaz o económica, o bien valorar si se está fomentando determinadas opciones tecnológicas en detrimento de otras de manera injustificada.

Por ejemplo, se observó que en los documentos de respaldo las justificaciones aportadas por las Unidades Solicitantes y Administradores de Contrato corresponden a simples afirmaciones que carecen de sustento y documentación técnica de respaldo para su debida comprobación, así como la ausencia de uniformidad en la documentación que se le remite a la Dirección de Contratación Administrativa del ICE. En la siguiente tabla se resumen las situaciones identificadas:

¹² Para el periodo de 2016 hasta abril de 2023.

¹³ Publicada en La Gaceta N.º 103 del 31 de mayo de 2021.

¹⁴ Oficio 5201-169-2023 del 1 de setiembre de 2023, oficio 5201-176-2023 del 8 de setiembre de 2023 y oficio 5201-4-2024 del 19 de enero de 2024.

Tabla No. 1. Aspectos de los estudios de mercado y del criterio legal en contrataciones seleccionadas

Aspectos	Número de procedimiento									
	2013CD-000101-PROV	2014CD-000702-0000400001	2015CD-000157-PROV	2016CD-001168-0000400001	2022CD-000631-0000400001	2022CD-000740-0000400001	2022CD-000897-0000400001	2022CD-000937-0000400001	2023XE-000003-0000400001	
Estudios de Mercado	¿Se ubicó en el expediente?	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	✓	✓	✓	✓
	¿Se incorpora la documentación de respaldo de las consultas a los proveedores?	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	✓	⊖	⊖	⊖
	¿Se indica el tiempo brindado a proveedores para responder?	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖
	¿Se incorpora el soporte documental de las respuestas?	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	✓	⊖	⊖	Parcial
Criterio legal	¿Se ubicó en el expediente?	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
	¿Se incorpora la documentación de respaldo de las consultas a los proveedores?	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	✓	⊖	⊖	✓
	¿Se indica el tiempo brindado a proveedores para responder?	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖
	¿Se incorpora el soporte documental de las respuestas?	⊖	⊖	⊖	⊖	⊖	✓	⊖	⊖	Parcial

Simbología:

⊖: No consta en el expediente

✓: Si consta en el expediente

Parcial: En el expediente consta información parcial o incompleta.

Aunado a ello, en respuesta a una solicitud de aclaración sobre la documentación de algunas de las contrataciones antes mencionadas¹⁵, el ICE señaló que:

1. En el caso de las contrataciones directas por excepción 2013CD-000101-PROV y 2016CD-001168-0000400001 no se realizaron estudios de mercado debido a que la institución no contaba con lineamientos en donde fuera un requisito realizar un documento denominado Estudio de Mercado, para realizar contrataciones de excepción. Se señala que para dichas contrataciones dentro del documento de solicitud de criterio legal para inicio de trámite de la contratación directa por excepción, se realizaron las justificaciones que la normativa exigía como la razonabilidad del precio y el análisis de descarte de mejores alternativas. No obstante, dentro de dichos documentos no se ubicó la documentación técnica de respaldo de todas las valoraciones efectuadas.
2. Para la contratación 2013CD-000101-PROV, el ICE remitió información relevante, que consistía en el informe la solicitud de criterio legal, una justificación adicional para dicha solicitud, el criterio legal, las actas de aceptación de equipos y las actas de recepción definitivas de las fases, que no se encontraba en el expediente administrativo correspondiente. Ante solicitud de aclaración de la foliatura de los documentos remitidos a la CGR, se señaló que dichos documentos habían sido incorporados al expediente. Lo anterior muestra el manejo de información y

¹⁵ Oficio 5201-257-2023, del 30 de noviembre de 2023.

documentación de la contratación fuera del expediente administrativo.¹⁶ Aunado a ello, esta contratación carece del respectivo Informe de cierre de la contratación, ya que, se indicó que, “(...) *no se ha realizado por parte del Administrador de contrato actual.*”¹⁷

3. Dentro de los respectivos documentos, en los expedientes administrativos de las contrataciones consultadas¹⁸ no se logró ubicar evidencia de las gestiones realizadas para conocer los potenciales oferentes, así como tampoco el tiempo brindado para recibir respuestas a las cotizaciones de previo al concurso. Al respecto, únicamente en dos de las contrataciones consultadas se ubicó el respaldo documental de las respuestas recibidas al momento de efectuar los estudios de mercado que sustentaron la selección de los procedimientos de excepción utilizados.

De lo anterior, resulta necesario implementar acciones de mejora a nivel de la administración y control de la información en los expedientes administrativos de contratación y así procurar la transparencia y fundamentación de la actuación administrativa; además resulta imperativo que tanto la Dirección de Proveeduría, como la Dirección de Contratación Pública del ICE ejerzan y evidencien de forma adecuada el ejercicio de sus competencias, no limitándose a un control formal o asumiendo por un hecho las afirmaciones dadas por la Unidad Solicitante, sin ejecutar una verificación de la pertinencia de los estudios de mercado y de la documentación del sustento técnico para la aplicación de procedimientos de excepción. Esta necesidad se comprueba ante la afirmación hecha por las mismas Direcciones de Proveeduría y de Contratación Administrativa del ICE, al señalar que su control se centra en *“una lista de verificación de requisitos que deben de aportar las dependencias a la Proveeduría cuando ingresa un proceso de contratación, esta lista de verificación se aplica a partir del año 2003”*.¹⁹

En este sentido, se debe notar que tanto la normativa vigente -como la anterior normativa en materia de contratación pública atinente al ICE-, pretenden la realización de un estudio o sondeo de mercado para acreditar dos aspectos medulares de previo a

¹⁶ Aprobado en el artículo 2 del Capítulo III de la Sesión 6588 del 22 de agosto del 2023 del Consejo Directivo, publicado en el Alcance N.º 195 a La Gaceta N.º 184 del 6 de octubre de 2023, fecha a partir de la cual rige.

¹⁷ Artículo 9, inciso 2, del Reglamento interno de contratación pública del ICE, 2023.

¹⁸ Aunado a ello, cuando el objeto contractual suponga la implementación de tecnología, dichas valoraciones deben de considerar técnicamente la verificación del principio de neutralidad tecnológica establecido en el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones, en el sentido que las tecnologías a utilizar “dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y se garanticen, en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio a que se refiere esta Ley.

¹⁹ Se contempló las contrataciones: 2013CD-000101-PROV, 2014CD-000702-0000400001, 2015CD-000157-PROV, 2016CD-001168-0000400001, 2022CD-000631-0000400001, 2022CD-000740-0000400001, 2022CD-000897-0000400001, 2022CD-000937-0000400001, 2023XE-000003-0000400001

aplicar procedimientos especiales o por excepción: 1) Determinar la existencia de otros proveedores y 2) Determinar la existencia de otras alternativas que pudieran satisfacer la necesidad institucional de forma más eficaz, eficiente o económica.²⁰ Para acreditar ambos supuestos, necesariamente la Administración previamente ha de tener clara la necesidad a cubrir, la definición del objeto contractual, con el fin de acudir al mercado para documentar dicho análisis. La omisión o la simple aseveración o presunción de que no existen otras alternativas ni proveedores, per sé, no evidencia el cumplimiento de los principios de juridicidad, transparencia y publicidad de la actuación administrativa y el deber de fundamentar las decisiones y actuaciones por parte del funcionario público, tal y como lo establece el ordenamiento jurídico.

La justificación técnica para acudir a la vía excepcional, o especial de competencia, debe partir de una adecuada determinación previa de la necesidad institucional a suplir mediante la definición clara y precisa del objeto o servicio a contratar, además de una valoración de los elementos que para cada caso, configuran la tipicidad del procedimiento que corresponda, entre ello la utilización de parámetros objetivos de constatación del mercado.

La debida planificación del proceso de compra y selección de la mejor opción a contratar debe considerar la vida útil del objeto y la valoración del riesgo ante la eventual obsolescencia en un plazo menor a su duración (técnico contable), para efectos de escoger el tipo de procedimiento de selección del contratista. De esta forma, la inobservancia de elementos esenciales de la planificación no pueden ser solventados, por ejemplo, con la continuidad de un mismo contratista o con variaciones sustanciales del objeto; pues esto implica un alejamiento de los supuestos del régimen especial y excepcionado.

En la determinación de la debida justificación técnica y de la planificación del proceso de selección, resulta obligatorio tanto para el jerarca como para los titulares subordinados llamados a intervenir en los procesos de contratación pública, la utilización de instrumentos de valoración objetiva para tales efectos. De forma que, los funcionarios que ocupen cargos relevantes dentro del proceso de contratación pública tienen el deber legal y ético de efectuar una revisión de los requisitos que exigen los regímenes especial y excepcionado de manera fehaciente, diligente, ya que de no hacerse o realizarse de manera superficial se podría configurar un escenario propenso a la incorrecta utilización de los recursos públicos, la materialización de riesgos de corrupción, así como la ausencia de gestión efectiva de los objetivos institucionales.

Valga reiterar que en el ejercicio de su competencia sustantiva, debe evidenciarse la configuración del procedimiento de selección del proveedor que de mejor forma atienda las necesidades institucionales del ICE; sin embargo, no puede dejarse de lado que el imperativo de licitación dispuesto por el constituyente implica el cotejo de las ofertas que existen en el mercado, lo cual supone que la Administración tenga mejores elementos

²⁰ Ver nota al pie 14.

para escoger una opción que garantice que es la más eficaz, eficiente, económica en los bienes y servicios que utiliza en el ejercicio de sus competencias, que repercute además de mejor manera en el interés público que por Ley debe garantizar, y así conlleve a la prestación de servicios de mejor calidad y precio. Asimismo se garantice la satisfacción de la necesidad pública no sólo en el corto plazo, sino también en el mediano y largo plazo.

La utilización de procedimientos especiales o excepcionales sin el debido control no garantizan lo señalado en el párrafo anterior, e incluso pueden generar una potencial barrera de entrada tanto a nuevos oferentes o ejecutar nuevos procesos concursales lo cual implicaría una ventaja indebida a favor de la empresa que resulte originalmente adjudicada (ante la ausencia de concurso). En ese sentido, por ejemplo, debe valorarse el riesgo que se genera a partir del recibo de donaciones previas de tecnología que realizan contratistas adjudicados, para evitar crear dependencia injustificada hacia un proveedor en cuanto a adquirir posteriormente mejoras de dichos bienes o servicios sin concurso, lo cual también puede constituir una barrera de ingreso; pues, *“el primer elemento para que exista competencia es la posibilidad de que diferentes agentes económicos, en el caso del sector telecomunicaciones, operadores o proveedores, puedan participar de la provisión de un determinado bien o servicio; en ese sentido un aspecto esencial a considerar es la posibilidad de los proveedores de participar de un determinado proceso de licitación”*.²¹

Asimismo, las eventuales consecuencias enunciadas son contrarias a las buenas prácticas en materia de prevención de fraude y corrupción, propicia la dilución de responsabilidades, vulnera principios fundamentales de transparencia y objetividad y contraviene la debida supervisión y la gestión de riesgos, así como la segregación de funciones y una revisión independiente y objetiva de los procesos contractuales para evitar conflictos de interés.²²

Los riesgos señalados necesariamente deben ser administrados de forma que se garantice la observancia del ordenamiento jurídico, la efectividad y transparencia de los procedimientos de contratación pública; lo anterior no excluye la mejora de los procesos de ejecución y control que ejecutan la Dirección de Proveeduría y la Dirección de Contratación Pública institucional.

III. Conclusiones

Con base en los elementos fácticos descritos y de las anteriores valoraciones jurídicas se enumeran las siguientes conclusiones:

- a. Para los procedimientos de excepción analizados, las Unidades Solicitantes y Administradores de Contratos en el ICE presentan debilidades en la elaboración y verificación de estudios de mercado, que les permita confirmar o descartar la

²¹ SUTEL. Estudio de mercado referente a la contratación pública de servicios de telecomunicaciones. Disponible en: https://www.sutel.go.cr/sites/default/files/informe_estudio_mercado_compras_publicas.pdf

²² Que corresponde a las contrataciones 2022CD-000740-0000400001 y 2023XE-000003-0000400001.

existencia de otros proveedores en el mercado y la existencia de otras alternativas que pudieran satisfacer la necesidad institucional, perfiladas en el objeto contractual.

- b. Las debilidades identificadas en la Dirección de Contratación Pública y la Dirección de Proveduría deben ser corregidas mediante acciones, conductas y comportamientos que garanticen la observancia del ordenamiento jurídico, la transparencia del procedimiento de contratación pública y la supervisión de las actividades contractuales.
- c. La revisión de los requisitos que exigen los regímenes especial y excepcionado debe ser ejecutada de manera fehaciente, diligente, ya que de no hacerse o realizarse de manera superficial se podría configurar un escenario propenso a la incorrecta utilización de los recursos públicos, la materialización de riesgos de corrupción, así como la ausencia de gestión efectiva de los objetivos institucionales. En especial al contemplar que para esa institución y de conformidad con la información recabada en la presente investigación para los años 2016 al 2023, el sector de telecomunicaciones del ICE efectuó un 82,7% de sus contrataciones mediante modalidades no concursadas.
- d. De acuerdo con el régimen ordinario y específico del ICE, dada su participación en un mercado en competencia, el ordenamiento legal vigente prevé la posibilidad del empleo de excepciones al procedimiento concursal de contratación pública constitucionalmente instaurado; sin embargo, como su nombre lo indica, son una excepción y no pueden convertirse en una práctica indiscriminada e injustificada carente del debido control que garantice los supuestos y fines para los cuales dicho régimen está habilitado.
- e. Las debilidades identificadas podrían implicar riesgos de eventuales prácticas anticompetitivas y de corrupción, además se contraponen al deber de la Administración de proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal, así como del cumplimiento del ordenamiento jurídico y técnico.

IV. Orden a los miembros del Consejo Directivo del ICE y al Gerente General.

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, se ordena lo siguiente:

1. Al Gerente General señor Harold Cordero Villalobos o a quién en su lugar ocupe el cargo:

1.1 Ajustar los procedimientos de control que deben efectuarse sobre las contrataciones especiales y de excepción, considerando al menos lo siguiente:

- i. Se establezcan las acciones, requisitos, puestos responsables, plazos, productos y procedimientos a ejecutar sobre la elaboración de estudios y sondeos de mercado, utilizando buenas prácticas de referencias para la identificación y verificación de los puntos a regular y la metodología a implementar, dentro de las cuales, se considere entre otros, insumos generados por autoridades de competencia internacionales y nacionales, tales como la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) y con la Dirección General de Competencia de la Superintendencia de Telecomunicaciones.
- ii. Se evidencie en el expediente administrativo la elaboración de los estudios o sondeos de mercado de acuerdo a la complejidad y cuantía de la contratación, incorporando tanto las consultas a potenciales proveedores, las respectivas respuestas y las valoraciones efectuadas por la propia Administración.
- iii. Se ejecuten y documenten las acciones de control a realizar por parte de la Dirección de Contratación Pública de la Dirección Jurídica y la Dirección de Proveeduría, en el marco de sus competencias, en la verificación de los requisitos técnicos y jurídicos que corresponden a los procesos excepcionales o especiales.
- iv. Se ejecuten y documenten las actividades de seguimiento a los controles que se instauren, así como la designación del personal responsable de su verificación y la periodicidad con la que se van a ejecutar las acciones de control.
- v. Se incorpore al expediente electrónico que conste en el Sistema Digital Unificado toda la documentación de forma inmediata según se produzcan por las unidades administrativas internas.

1.2 Poner en conocimiento al Consejo Directivo los cambios a los procedimientos y en caso de ser necesario someter a su aprobación a los cambios efectuados.

Para acreditar el cumplimiento de esta orden la Gerencia General deberá remitir:

- a. En un plazo de 4 meses contados a partir de la emisión de esta orden, una certificación en la que conste la remisión y puesta en conocimiento al Consejo Directivo de los cambios a los procedimientos y en caso de ser necesario de las acciones efectuadas para instar la aprobación de los cambios efectuados.

b. En un plazo de 3 meses a partir de lo resuelto por el Consejo Directivo del ICE, una certificación en la que consten las acciones realizadas para la divulgación a lo interno de la Institución de los cambios a dichos procedimientos, así como de las acciones correspondientes a la implementación de dichos cambios.

2. Al Consejo Directivo del ICE o a quién(es) en su lugar ocupe(n) el cargo:

Resuelva y ordene la implementación de forma oportuna de los productos que, derivados de esta Orden, remita para su conocimiento la Gerencia General.

Para acreditar su cumplimiento el Consejo Directivo deberá remitir en un plazo de 1 mes a partir de la remisión por parte de la Gerencia General de los productos establecidos en el numeral 1 de la presente orden.

Por otra parte, se comunica que esta Área de Fiscalización para el Desarrollo de las Ciudades dará seguimiento al cumplimiento de las acciones que se adopten para atender lo ordenado, para lo cual se requiere a los miembros del Consejo de Administración y la Gerencia General el correo electrónico que será utilizado como medios oficiales para notificaciones en el referido proceso de seguimiento. Además, se 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.

Asimismo, se les solicita informar sobre la(s) persona(s) a quien (es) se le asignó el rol de contacto oficial, para facilitar la comunicación entre las personas a las que se les 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. 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 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 el proceso de cumplimiento de las órdenes resulta necesario que las medidas y decisiones que se adopten por el ICE, 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.

DFOE-CIU-0488

16

11 de diciembre, 2024

Cabe indicar que el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley 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.

Notifíquese al Consejo Directivo y la Gerencia General del ICE. De conformidad con lo establecido por el artículo 33 de la Ley N.º 7428 y 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,

Marcela Aragón Sandoval
GERENTE DE ÁREA

Josué Calderón Chaves
ASISTENTE TÉCNICO

José Francisco Monge Fonseca
Fiscalizador

Leonardo Jiménez Cascante
Fiscalizador

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

/vas

Ce: Sra. Sofía Machuca Flores, Auditoría Interna
Sra. Jenny Vargas Navarro, Directora de Proveeduría
Sra. Ileana Camacho Rodríguez, Dirección Contratación Administrativa
Sr. Guillermo Alan Alvarado, División Jurídica

G: 2022003491