

Al contestar refiérase
al oficio n.º **23062**

03 de diciembre de 2025
DCP-0324

Señora
Daniela Agüero Bermúdez
Jefe del Área Legislativa VII
Asamblea Legislativa
dab@asamblea.go.cr

Estimada señora:

Asunto: Asesoría sobre el texto base del proyecto de ley No.24821, denominado “Reformas a varios artículos de la Ley No. 9986, Ley General de Contratación Pública, del 27 de mayo de 2021, y sus reformas”.

Nos referimos a sus oficios AL-CPAJUR-1719-2025 de 20 de marzo de 2025 y AL-CPAJUR-1768-2025 de 25 de marzo de 2025, mediante el cual solicita asesoría de la Contraloría General de la República (CGR) sobre el proyecto de ley de referencia, tramitado mediante el expediente legislativo n.º24.821, ante lo cual se procede a emitir la presente asesoría, conforme a las competencias del órgano contralor.

I. Consideraciones relevantes que busca el proyecto de ley en su exposición de motivos

De acuerdo con la exposición de motivos, el proyecto de ley pretende optimizar la eficiencia, la seguridad jurídica y el equilibrio entre las partes en los procesos de contratación pública, de manera tal que se garantice la legalidad de los procedimientos y también se fomente una mayor competitividad, en un entorno contractual en el que tanto la Administración Pública como los oferentes se beneficien de condiciones claras, equitativas y adaptadas a las circunstancias actuales.

En ese sentido, la iniciativa señala que el objetivo del proyecto de ley es corregir inconsistencias, aclarar disposiciones y permitir mayor flexibilidad en los procedimientos, para garantizar el mejor uso de los fondos públicos y un ambiente de contratación más justa y eficiente para todas las partes involucradas.

En esa línea, la exposición de motivos menciona brevemente algunas de las reformas propuestas en temas como el régimen de prohibiciones, el sistema digital unificado, los plazos para el dictado del acto final y para la ejecución del contrato, multas, cláusulas penales, sanción por temeridad, finiquito contractual, dación en pago, renegociación y subcontratación.

II. Análisis al texto del proyecto de ley

El análisis del Órgano Contralor se enmarca dentro de sus competencias, por lo que aquellos aspectos del articulado que no correspondan a las atribuciones de la CGR no serán abordados, ya que el pronunciamiento de dichos temas competiría a otras instancias especializadas, conforme al ordenamiento jurídico vigente. En ese contexto, se exponen las siguientes observaciones.

a. Consideraciones generales.

La Ley General de Contratación Pública contempla un nuevo modelo de gestión que se edifica a partir de siete pilares esenciales: gobernanza, transparencia, control, planificación, promoción de la competencia, ética y orientación a resultados.

Este cambio constituye un hito en materia de compras públicas, al comprenderse que el éxito en los procesos de adquisición de bienes y servicios no depende únicamente del procedimiento de selección del adjudicatario, sino que éste se construye durante todo el ciclo de vida de la contratación.

Es así como se promulga un cuerpo normativo centrado en la generación de valor público a las personas, que promueve, entre otros objetivos, la sostenibilidad social, económica y ambiental, el desarrollo regional, la inclusividad, la innovación, la transparencia y la ética, mediante acciones concretas como el uso obligatorio del SICOP, la simplificación de trámites, la profesionalización de las proveedurías, la contratación estratégica para el impulso de políticas públicas y la contratación de innovación.

Transcurridos casi tres años desde su entrada en vigencia, se han presentado alrededor de 26 iniciativas legislativas para su reforma, que abarcan diversos temas entre los que destacan proyectos que aumentan la lista de las actividades a las que no se les aplica la Ley, otros que modifican el fin de procedimientos especiales de contratación para evadir la licitación, proyectos que buscan ampliar el ámbito de cobertura de las contrataciones para servicios en competencia a pesar de no tener esa condición y reformas a otras leyes que desnaturalizan figuras como las alianzas estratégicas para el desarrollo de obra pública.

También se han presentado proyectos de mejora a la ley en temas como el fortalecimiento de la transparencia, la neutralidad competitiva, reglas para evitar el abuso en la contratación entre entes de derecho público, el aprovechamiento de últimas tecnologías para contratos de obra pública y una

nueva ley marco de asociaciones público privadas, todo lo cual es parte del proceso de ajuste propio de una normativa nueva cuya ejecución permite detectar la necesidad de reformas a su texto.

En esa línea, la Contraloría General de la República considera sana y necesaria la presentación y debate de todas estas iniciativas y otras que se presenten en el futuro, siempre que se tome en consideración que la Ley General de Contratación Pública es la base de un nuevo modelo de gestión pública, por lo que las reformas propuestas deben tener un enfoque sistémico e integral en aras de no trastocar el objetivo último del Sistema de Compras Públicas.

Es por ello que cada iniciativa que se proponga debe explicar de manera clara y debidamente fundamentada la situación que pretende corregir o ajustar y la forma en que se pretende alcanzar ese objetivo con la reforma.

En ese sentido, los ajustes propuestos u otros que surjan a los procedimientos de contratación, deben derivarse de un análisis detallado de los datos que respalden la iniciativa y su relación con la reforma que se plantea, con el fin de evaluar el resultado esperado y medir a futuro el impacto en su aplicación.

En el caso del proyecto de ley en consulta, se propone reformar 22 artículos, adicionar párrafos a 7 artículos y derogar 2 artículos; ajustes que abarcan múltiples temáticas de mayor y menor complejidad, sobre las cuales debe quedar suficientemente claro en el expediente del proceso legislativo, la necesidad del cambio y el objetivo que se pretende alcanzar con las propuestas.

Es por ello que con el fin de dar insumos útiles para la discusión legislativa, se procederá a emitir la opinión de la Contraloría General, sin perjuicio de que en el trámite legislativo se puedan abrir espacios de diálogo constructivo para dar mayor claridad a aspectos esenciales de la reforma.

Por último y siempre en la línea de resguardar el modelo de gestión que subyace en la Ley General de Contratación Pública (en adelante la LGCP), se procederá a realizar las observaciones agrupándolas por ejes temáticos para su mayor comprensión, sobre régimen de prohibiciones, procedimiento de selección y régimen de impugnación, etapa de ejecución contractual y, régimen sancionatorio.

b. Consideraciones puntuales sobre el proyecto de ley.

1.- Régimen de prohibiciones para contratar

La exposición de motivos del proyecto de ley No. 21.546, que posteriormente fue aprobado como la Ley No. 9986 “Ley General de Contratación Pública”, señala dentro de sus principales cambios, la aplicación de la prohibición para contratar con la propia entidad, a todos los servidores que laboran en ésta, eliminando así cualquier potencial conflicto de interés que pueda surgir en razón del desempeño de su cargo y sin dejar espacio para interpretaciones subjetivas.

El proyecto de ley en consulta reduce la cobertura de la prohibición actual, al proponer en el inciso b) del artículo 28 de la LGCP, que la prohibición aplique únicamente a aquellos servidores mencionados en el artículo 25 de la LGCP, entendiendo como tales, quienes participan directa o indirectamente en el procedimiento de contratación pública.¹

Es por ello que si se aprueba la reforma, se estaría eliminando la prohibición que tienen actualmente todos los servidores públicos para participar en las contrataciones que promueva la propia entidad en la que estos prestan sus servicios, lo cual aumenta el riesgo de eventuales conflictos de interés que la ley pretende evitar con el texto vigente.

En esa línea, considera este órgano contralor que si la reforma al artículo 28 lo que busca es quitar restricciones porque estiman que son barreras de entrada para potenciales oferentes, eliminando parcialmente la prohibición actual de los funcionarios antes indicados (inciso b), así como de las personas físicas y jurídicas que tienen prohibición por su grado de parentesco con dichos funcionarios (inciso c), d), i) y k)), tal medida debería partir no de una presunción sino de una evaluación de la situación actual, es decir, tener por acreditada la situación a resolver.

Lo anterior con el fin de que si se toma la decisión de volver a la regulación de la ley anterior, exista un respaldo objetivo que justifique la reforma en relación con el fortalecimiento del mercado y la competencia en la adquisición de bienes, servicios y obras, para lo cual se recomienda consultar el criterio técnico del Ministerio de Economía, Industria y Comercio y la Comisión para promover la Competencia (COPROCOM).

En caso de que se acredite que hubo un impacto negativo en la cantidad de oferentes que pueden acceder a los concursos producto del alcance del régimen de prohibiciones vigentes, se recomienda valorar la inclusión de mecanismos alternativos a la prohibición para reducir el riesgo de conflictos de interés, como por ejemplo: la declaración de intereses ante la propia administración por parte de los funcionarios que quieran contratar con la administración o que tengan familiares en empresas que tengan esa misma intención, así como el establecimiento de normas que sancionen expresamente el el conflicto de intereses en materia de compras públicas.

¹ ARTÍCULO 25- Participación de los servidores públicos dentro del procedimiento de contratación pública. Existirá participación directa del servidor público cuando, por el ejercicio de sus funciones, tenga la facultad jurídica de decidir, deliberar, opinar, asesorar o participar de cualquier otra forma directamente en el procedimiento de contratación, entendido este desde la definición del objeto contractual hasta su ejecución final. Este supuesto abarca a quienes deben rendir dictámenes o informes técnicos, preparar o tramitar alguna de las fases del procedimiento de contratación o fiscalizar la fase de ejecución. La participación directa incluye a las personas físicas contratadas por servicios profesionales que intervengan en el procedimiento de contratación pública. Existirá participación indirecta de los servidores públicos cuando por interpósita persona, física o jurídica, se participe en los procedimientos de contratación.

Esta misma consideración aplica para la reforma del inciso a) del artículo 28 de la LGCP, que elimina de los puestos con prohibición para contratar a los magistrados **suplentes** de la Corte Suprema de Justicia y a los regidores y síndicos **suplentes** de las municipalidades, sobre los cuales tampoco se tienen datos respecto del impacto que la prohibición causó en el interés de las personas al optar por tales cargos o bien en la participación de oferentes a concursos. En el caso de magistrados suplentes debería contarse con la opinión de la Corte Suprema de Justicia en razón que una modificación del sistema impacta no solo la contratación pública sino también el sistema de justicia.

En el caso de los regidores suplentes que participan con voz pero sin voto en las sesiones del Concejo Municipal, no se recomienda hacer la modificación en ningún supuesto, toda vez que dicha participación aumenta aún más el riesgo de conflicto de interés si se permite la posibilidad de su participación personal como contratistas en la municipalidad en que laboran o de las empresas con vínculos con esos servidores, posibilidad que este órgano contralor estima inconveniente.

Con respecto a la reforma al inciso f) del artículo 28, por seguridad jurídica se considera razonable establecer un plazo en el que aplique la prohibición a la persona jurídica que contrate a un ex servidor público que haya intervenido en alguna etapa del procedimiento y aclarar que la prohibición es para la participación en el procedimiento en el que intervino.

En relación con el último párrafo que se agrega al artículo 28, en el que se prohíbe solicitar a los potenciales oferentes y contratistas la declaración de beneficiarios finales en cualquier tipo de procedimiento, se sugiere mantener el texto vigente, toda vez que de aprobarse la reforma, la administración contratante no tendría ningún mecanismo para verificar la prohibición de los incisos c) y k), que prohíben contratar a las personas jurídicas privadas en las que sean beneficiarios finales alguna de las personas señaladas de los incisos a) y b) de ese mismo artículo o el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes indicados en el inciso j).

Es importante indicar que con la regulación existente en la LGCP y su Reglamento, los únicos que pueden tener acceso a la información de la declaración sobre beneficiarios finales que aportan los oferentes al concurso es la administración contratante, tal y como lo señala el artículo 32 del Reglamento que dice: *“La información declarada respecto a los beneficiarios finales será únicamente para consulta y verificación por parte de la Administración contratante a fin de verificar las prohibiciones establecidas en el artículo 28 incisos c) y k) de la Ley General de Contratación Pública.”*

Es por ello que si se aprueba esta reforma, la administración contratante no podría verificar la veracidad de la prohibición antes indicada, salvo que la reforma incluyera la posibilidad de que la administración contratante tuviera el acceso a la información que tiene de la Contraloría General y la Dirección de Contratación Pública, mediante solicitud al Banco Central de Costa Rica y únicamente para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 28.

Esto permitiría tener un mayor control de la confidencialidad de la información de los beneficiarios finales y de las personas que la accesan, sin afectar las potestades de la administración contratante para verificar el cumplimiento del régimen de prohibiciones.

En relación con el artículo 30, se sugiere mantener el texto actual de la norma, toda vez que la desafectación se justifica cuando exista la prohibición y no frente a indicios como lo propone la reforma.

Es por ello que si existe duda o sólo indicios de que exista prohibición, se puede hacer la consulta respectiva a la Dirección de Contratación Pública, tal y como se propone, acertadamente, en la reforma de este mismo artículo.

En relación con el inciso b) del artículo 30, se debe revisar si la referencia al inciso f) del artículo 28 es correcta, toda vez que la prohibición de las personas jurídicas en las cuales ejerzan algún puesto de dirección o representación, el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes, está regulada en el inciso k) del artículo 28.

Este mismo comentario aplica para el último párrafo del artículo 30 donde de nuevo se hace referencia a indicios de incurrir en la causal de prohibición.

Por último, en línea con el cambio de modelo pareciera acertado asignar de manera expresa a la Dirección de Contratación Pública la competencia para evacuar consultas sobre el régimen de prohibiciones. No obstante, se recomienda consultar a esa Dirección su criterio al respecto en razón de la experiencia que en materia consultiva acumula a la fecha y la capacidad instalada con que cuenta.

Además, se sugiere indicar en la reforma si el criterio de la Dirección es vinculante o no para el consultante, toda vez que no es una condición menor y ello impacta en el régimen recursivo que se conceda, además del plazo para su atención. Esto teniendo en cuenta que las consultas podrían ser de un proveedor de bienes y servicios, o una administración contratante, para lo cual se requiere una respuesta célere, tomando además en consideración, en este último supuesto, si se trata de la Administración Central o la Administración Descentralizada.

2.- Procedimiento de selección del adjudicatario y régimen de impugnación.

La transparencia es uno de los pilares del modelo de gestión de las compras públicas, la cual fue fortalecida con la obligatoriedad del uso del sistema digital unificado y la sanción de nulidad absoluta de las contrataciones que se tramiten fuera de dicho sistema.

Es por ello que la reforma del artículo 16 para incluir la obligatoriedad del uso del sistema digital unificado para las instituciones públicas que están en competencia, resulta un acierto de frente a la resolución de la Sala Constitucional No. 2025-005944 de las 9:20 horas del 26 de febrero de

2025 adicionada en resolución 2024-022483 de las 12:00 horas del 7 de agosto de 2024, que declaró inconstitucional la aplicación de la LGCP al Instituto Costarricense de Electricidad.

En razón de lo anterior, por seguridad jurídica y coherencia del sistema se sugiere reformar también la Ley No. 8660, “Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones”, con el propósito de incluir la obligatoriedad del uso del sistema digital unificado para el trámite de las contrataciones de ese Instituto.

Adicionalmente se sugiere incluir la obligatoriedad del uso del Sistema Digital Unificado en las leyes que regulan las actividades de contratación que están excluidas de la LGCP, de manera tal que el Sistema Digital Unificado contenga toda la actividad contractual financiada con fondos públicos, independientemente de si se aplica o no dicha Ley.

Con respecto a la propuesta para que se indique que el sistema digital unificado está subordinado a las normas, consideramos que es innecesario pues de acuerdo con el principio de jerarquía normativa existe un orden en que se deben aplicar y un criterio para solucionar las contradicciones que se presenten entre normas de distinto rango. Es por ello que si se presenta una contradicción entre el sistema y la normativa, se debe acudir a ese principio para su solución.

Aunado a ello, el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública es claro al disponer la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, por lo que se puede acudir a esa Ley como norma supletoria.

Con respecto a la reforma del artículo 41, es importante indicar que los descuentos se deben presentar con la oferta y si son posteriores estos se consideran sólo para efectos de ejecución y no para la evaluación de las ofertas.

No obstante, se recomienda valorar incluir la posibilidad de mejora de precios que regula actualmente el artículo 99 del Reglamento a la LGCP, al indicar que *“es posible mejorar los precios que fueron indicados desde la oferta cuando así se establezca en el pliego de condiciones. Dicha facultad la podrán ejercer todos los oferentes que hayan presentado su oferta económica, una vez realizados los estudios de razonabilidad sobre los precios originalmente ofertados. Los precios una vez mejorados serán considerados para efectos comparativos y también deberán ser sometidos al respectivo análisis de razonabilidad del precio.”*

Sin perjuicio de lo anterior, se recomienda consultar a la COPROCOM el impacto que podría tener esta reforma en la competencia, ante la eventual presentación de ofertas con precios irreales, motivadas en la posibilidad de que se establezca en el pliego de condiciones una mejora de precios durante el proceso de contratación.

Aunado a ello, es importante aclarar además las razones por las que en la reforma se indica la posibilidad de ofrecer descuentos sólo en suministros y servicios, siendo que en la normativa vigente no se hace esa distinción.

En el artículo 42 se debe aclarar a qué se refiere la reforma con la frase “*Cuando la naturaleza del contrato lo permita*”, pues la norma vigente establece que el presupuesto detallado únicamente se presenta con posterioridad a la adjudicación y antes de la suscripción del contrato, sin hacer distinción sobre la naturaleza del contrato.

En ese sentido, es importante recordar que uno de los avances de la LGCP en relación con la simplificación de trámites, consistió en que el análisis de la razonabilidad del precio para la selección del contratista se hace con el precio de referencia que regula el artículo 34 de la LGCP, a efectos de determinar los precios ruinosos o excesivos.

Es por ello que si se deja la posibilidad de que el presupuesto detallado se solicite a los oferentes en la etapa de selección del contratista, se estaría abriendo la posibilidad de volver a un análisis de razonabilidad de precios con base en el presupuesto detallado y no en el monto global de la estructura del precio, como se realiza con la normativa vigente.

Dicha posibilidad sería un retroceso en la agilidad y eficiencia del trámite de la contratación, al incrementarse nuevamente las impugnaciones por simples errores materiales que no son relevantes ni generan ventaja indebida, por lo que se sugiere mantener el texto actual, máxime que en la exposición de motivos no se indica las razones del cambio.

Esta misma observación aplica para el texto de la reforma que dice: “*En los contratos de suministros y de servicios, cuando así lo amerite la naturaleza del objeto contractual, la Administración podrá solicitar el presupuesto detallado como un requisito de la oferta.*”

Con respecto a contrataciones de obra pública, no se considera procedente la reforma propuesta, toda vez que cuando el objeto de la contratación incluye el diseño y la construcción, es fundamental que el adjudicatario presente un presupuesto detallado que cubra todas las etapas de la obra.

En ese sentido, se debe recordar que en la modalidad de cotización a suma alzada (artículo 175 inciso b), utilizada en contratos que incluyen diseño y construcción, así como en la modalidad de llave en mano (artículo 176 incisos b y c), el contratista asume un mayor riesgo en razón de que el precio es fijo para la realización de toda la obra durante el plazo pactado.

Es por ello que si el adjudicatario no presenta un presupuesto que incluya las dos etapas (diseño y construcción), no se estaría ante un precio fijo en los términos que señalan las normas supra citadas y por consiguiente aumentaría el riesgo en contra de la administración contratante con un potencial perjuicio para el erario.

Esta omisión podría causar que los oferentes presenten propuestas con precios bajos para obtener la adjudicación y posteriormente al concluir la etapa de diseño, presentar presupuestos mayores que requieran adendas contractuales, lo cual sería contrario a los principios de eficiencia y transparencia, distorsionaría la competencia y aumentaría el riesgo de sobrecostos y retrasos en los proyectos.

Es por ello que, de conformidad con el inciso b) del artículo 175 y los incisos b) y c) del artículo 176 del Reglamento de la LGCP, para las contrataciones que incluyan las etapas de diseño y construcción de manera conjunta, se debe tener claro que la modalidad de pago corresponde a una cotización de suma alzada, en las que su precio es una suma global fija, por lo que el adjudicatario tiene que presentar un presupuesto global con el desglose de los entregables principales, incorporando todas las etapas pactadas en la contratación.

La Contraloría General es consciente que para ese momento no se puede aportar el detalle específico porque aún no se cuenta con diseños finales, sin embargo, se requiere que el adjudicatario aporte el presupuesto que sustenta el desglose de precio contenido en la oferta.

Es importante señalar además que si se posterga la entrega del presupuesto de la obra hasta que se cuente con los diseños, no se podría declarar insubsistente el concurso a efectos de readjudicar el contrato al siguiente oferente elegible del concurso (artículo 52 de la LGCP), toda vez que se estaría de frente a un contrato en ejecución en el que ya se llevó a cabo la etapa de diseño.

Con respecto al artículo 49 que regula la subcontratación, la exposición de motivos señala que la reforma busca facilitar el esquema de subcontrataciones, sin embargo se omite explicar cuál es el origen del ajuste y el objetivo que se pretende alcanzar.

De la revisión del texto propuesto, se entiende que en el primer párrafo lo que se busca es definir la subcontratación como *“la delegación a un tercero de la ejecución de parte del objeto contractual”* y aclarar lo que no se considera subcontratación, a saber, *“la adquisición de bienes y servicios que contrate el contratista para cumplir con el objeto contractual”*.

Al respecto, es importante señalar que el alcance de lo que es o no subcontratación resulta de gran relevancia, dada la regulación que establece la propia LGCP, en relación con los supuestos en que procede y los límites establecidos en el ordenamiento jurídico.

Aspectos que han sido objeto de discusión en no pocas ocasiones, para determinar la idoneidad o no de una oferta, en razón de eventuales incumplimientos a las reglas antes indicadas.

Es por ello que ante esa realidad y en el ejercicio de nuestra competencia resolutoria en contratación pública esta Contraloría General en la resolución R-DCP-SICOP-00634-2025 de 9 de

abril de 2025 hizo un recuento histórico de los pronunciamientos emitidos en ese tema, resumen que resulta útil para orientar la discusión legislativa sobre el alcance de la figura de la subcontratación.

En dicho pronunciamiento se extraen varias características de la figura entre las que se puede mencionar las siguientes:

La subcontratación es un contrato accesorio que tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella, sin embargo tampoco puede llegar a convertirse en la contratación principal, sino que deriva de la misma. Es decir, el subcontrato es derivado y dependiente de otro contrato, y surge a la vida como consecuencia de la necesidad del contratista, el cual, en lugar de ejecutar por sí mismo alguna de las obligaciones asumidas en el contrato originario, decide contratar con un tercero tareas de índole especializada, de frente al objeto contemplado en el contrato principal.

No todo contrato celebrado entre un contratista de una Administración y un tercero, respecto del contrato principal, presupone una subcontratación. Así por ejemplo, la contratación de la mano de obra, o de los proveedores de materiales de construcción (contratos de aprovisionamiento), que una empresa constructora efectúa para llevar a cabo una obra, en principio, no debería ser considerada como subcontratación, ya que son necesarios o fundamentales para la propia empresa que presta el servicio, y son utilizados dentro o como parte para realizar la obligación principal de la contratación.

A mayor abundamiento se debe indicar que no todo objeto o servicio brindado por un tercero al oferente constituye sustancialmente una subcontratación, para que lo sea debe considerar tareas especiales respecto a las cuales el oferente no cuenta con la experticia o conocimiento necesario y por ende se ve en la obligación de solicitar la participación de un tercero que asumirá un contrato accesorio y complementario al principal sin liberar de responsabilidad al contratista. Bajo este tipo de análisis debe indicarse que el límite porcentual impuesto por la norma (50%) procura que el contratista ejecute la obra bajo el esquema ofrecido y conforme a la constatación técnica, legal, financiera, entre otros, evitando constituirse en un mero administrador o facilitador de los servicios o bienes prestados por terceros subcontratados.

Como se puede observar la definición de los supuestos en que nos encontramos frente a una subcontratación lleva consigo el análisis de una serie de condiciones que se valoran para cada caso concreto, por lo que incluir una conceptualización a nivel legal podría limitar al operador jurídico para la aplicación de la figura atendiendo las circunstancias de cada caso concreto.

Es por ello que se sugiere mantener la norma vigente o hacer una análisis exhaustivo de la figura con el fin de lograr una conceptualización que delimite claramente su aplicación, en aras de facilitar el esquema de subcontratación como lo indica la exposición de motivos.

En ese mismo sentido se debe aclarar a qué se refiere la reforma con los criterios de admisibilidad que debe cumplir el subcontratista, siendo que se señala que debe cumplir con los mismos del contratista o colaborar para que este los cumpla.

En relación con la eliminación de la prohibición para participar en varias ofertas como subcontratista, se considera que dicha reforma es innecesaria pues en la norma vigente se dispone que *“En casos excepcionales, cuando se acredite que en el mercado existe un número limitado de eventuales subcontratistas, la Administración podrá, de manera razonada, habilitar en el pliego de condiciones la posibilidad de que un mismo subcontratista sea ofrecido por diferentes oferentes”*, con lo cual se resuelve el problema de que un mismo proveedor pueda participar como subcontratista en varias ofertas de un mismo concurso.

En ese sentido, considera este órgano contralor que eliminar la prohibición podría aumentar el riesgo de ofertas colusorias, porque al menos en la parte del objeto contractual que corresponda ejecutar al subcontratista, se podrían presentar eventuales acuerdos entre los oferentes en perjuicio del interés público. Es por ello que es mejor mantener el texto vigente, con el fin de no aumentar el riesgo por ese motivo.

En relación con el reemplazo a un subcontratista se recomienda agregar que además de verificar que cumple con los mismos requisitos del subcontratista anterior, también debe cumplir con los requisitos del pliego de condiciones en lo que corresponda.

Asimismo, se sugiere agregar que el reemplazo del subcontratista no podrá afectar el plazo pactado ni el cumplimiento de las condiciones contractuales.

En relación con el artículo 50 de la subsanación y aclaración de ofertas, se considera procedente diferenciar entre la prohibición de nuevas subsanaciones y las aclaraciones a una subsanación ya pedida, la cual no se considera como una nueva subsanación.

Con respecto a la reforma del artículo 51 sobre el plazo para dictar el acto final del procedimiento, se sugiere aclarar el término “descuento”, con el fin de determinar si se refiere a que el plazo en el que se tramitan las modificaciones al pliego de condiciones producto de un recurso de objeción, no se considerará para calcular el plazo para el dictado del acto final.

Se sugiere corregir la frase “pliego de objeciones” por “pliego de condiciones”.

3.- Etapa de ejecución del contrato.

En relación con el artículo 105 se debe aclarar el motivo de distinguir entre reprogramación y prórroga de la fecha de entrega, cuando en la especie, tanto la reprogramación como la prórroga tienen el efecto de modificar el plazo original del contrato con el fin de ajustarlo a las circunstancias que lo justifiquen.

En ese sentido se observa que la reforma señala que la reprogramación de la fecha de entrega aplica cuando existan demoras ocasionadas por la misma administración o por causas ajenas al contratista originadas por caso fortuito o fuerza mayor y la prórroga cuando se agreguen servicios, obras o circunstancias que justifiquen de manera técnica y razonable un plazo mayor.

Sin embargo en ambas se trata de ajustes al plazo por causas no imputables al contratista, por lo que no se entiende la necesidad de hacer la distinción entre ambos términos.

A mayor abundamiento se debe indicar que la introducción del término "reprogramaciones" es redundante y puede generar confusión, dado que la reprogramación de lo planificado para cumplir con el objeto contractual es un requisito para otorgar la autorización de una prórroga o suspensión del plazo contractual, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 281 del Reglamento a la LGCP, la Administración deberá valorar la solicitud de prórroga del contratista considerando las afectaciones en la programación de la ejecución contractual, conforme a lo que le haya acreditado y probado el contratista en su requerimiento.

Cuando la Administración autoriza una prórroga o suspensión del plazo de ejecución del contrato vigente conlleva necesariamente la ampliación de la fecha de finalización del contrato. Para ello la Administración deberá otorgar dicha prórroga conforme a las afectaciones en la ruta crítica del programa de trabajo vigente, previa acreditación y prueba por parte del contratista de los eventos que impactaron su ejecución, en ese proceso se deberá incluso aportar la propuesta de actualización del programa de trabajo vigente, conforme a las afectaciones ocasionadas por el hecho o la suspensión.

Ahora bien, la actualización del programa de trabajo, exige una reprogramación por parte del contratista, y además esta actualización se convierte en un requisito indispensable con la autorización de la prórroga o suspensión, es decir, la actualización del programa de trabajo es un requisito inherente en ese proceso de autorización a fin de que se cuente en el proyecto con un programa de trabajo actualizado y vigente. Es por ello que resulta innecesario introducir una regulación específica para la reprogramación.

Con respecto al tercer párrafo que se propone, es importante precisar que el artículo 101 de la LGCP, en relación con los artículos 184, 185 y 276 del Reglamento a la LGCP, ya prevén de manera precisa la modificación del plazo contractual ante modificaciones unilaterales ordinarias y excepcionales, ya que según la regulación se podrá modificar el monto y plazo del contrato.

En estos casos la modificación del plazo, al ser la propia Administración la que modifica de manera unilateral y excepcional el plazo del contrato, no procede el otorgamiento de una prórroga, sino una adecuación del plazo contractual original en función de la modificación autorizada. La regulación propuesta es imprecisa al equiparar la modificación del objeto con una prórroga, cuando lo procedente es una ampliación o disminución del plazo, según corresponda, lo cual tendrá como resultado una nueva fecha de finalización del contrato.

Por último, en el caso de la reprogramación, no se considera procedente que la nueva fecha se defina de manera discrecional por parte de la administración, sino que ésta deberá ser producto de un estudio técnico que sustente su procedencia y los días en que se ajuste el plazo de entrega.

Con respecto al artículo 111 se recomienda mantener el plazo de un año para el finiquito del contrato, lo cual otorga seguridad jurídica a las partes para que resuelvan los reclamos que procedan en un tiempo razonable y con ello cerrar la etapa de ejecución del contrato.

El establecimiento de un plazo máximo de un año para la liquidación del finiquito garantiza certeza y estabilidad en las relaciones contractuales entre el Estado y el contratista. Además, refuerza la seguridad jurídica, garantizando que el contrato se cierre en un tiempo determinado, evitando incertidumbre y posibles reclamos por indemnizaciones futuras.

La ausencia de un plazo definido puede generar disputas prolongadas, afectando a ambas partes. Sin un límite temporal, podrían surgir reclamaciones sobre montos adicionales u otros temas en cualquier momento, lo que impactaría la planificación presupuestaria y, en consecuencia, la ejecución de futuras contrataciones.

Aunado a ello es importante señalar que el plazo del año cuenta desde la recepción definitiva de la obra, por lo que se considera un tiempo razonable para hacer los reclamos que correspondan.

En relación con el artículo 116 no se considera procedente la reforma propuesta pues se estaría desnaturalizando la figura de la rescisión contractual por mutuo acuerdo, que no ampara incumplimiento contractual, al abrirse la posibilidad de que pueda haber una rescisión aún existiendo incumplimiento del contratista, cuando así se acuerde mediante los mecanismos de mediación o conciliación o resolución de conflictos.

En ese sentido, se debe recordar que el artículo 113 de la LGCP regula la potestad que tiene la administración para resolver unilateralmente los contratos por motivo de incumplimiento grave imputable al contratista, así como de ejecutar la garantía de cumplimiento y cualesquiera otras multas, si ello resulta pertinente.

Asimismo, en el evento de que la Administración haya previsto en el pliego de condiciones cláusulas de retención, se podrán aplicar esos montos al pago de los daños y perjuicios reconocidos. De ser las garantías y retenciones insuficientes, se adoptarán las medidas en sede administrativa y judicial necesarias para obtener la plena indemnización.

Esta disposición quedaría sin efecto, en perjuicio de los intereses de la administración, en caso que se permita una rescisión por mutuo acuerdo a pesar de la existencia de incumplimientos imputables al contratista, lo cual se deduce de la reforma propuesta cuando se indica que la rescisión puede *“ser convenida cuando existan razones de interés público y no concurra causa de resolución*

imputable al contratista, salvo que se utilice la mediación o conciliación indicada en el párrafo final del artículo 115.”.

Esta salvedad parece dar a entender que si se utiliza la mediación o conciliación no se necesitarían razones de interés público que motiven la rescisión y tampoco se requeriría que el contratista haya cumplido con sus obligaciones, lo cual abre la posibilidad de que se acuerde una rescisión por mutuo acuerdo perjudicial para la hacienda pública.

Cabe indicar que en la reforma propuesta se hace referencia al párrafo final del artículo 115, pero este no menciona la mediación o conciliación.

Con respecto al artículo 117 se parte que el comité de resolución de controversias está diseñado para que sus funciones se ejerzan durante la ejecución del contrato, sin embargo la reforma propone cambiar el título de “Resolución de controversias durante la **ejecución del contrato** en sede administrativa” a “Resolución de controversias durante las **etapas contractuales** en sede administrativa”, lo cual introduce un alcance más amplio y podría generar ambigüedad, ya que al referirse a etapas contractuales se incluye no solo la etapa de ejecución sino también actividades previas como la elaboración de los pliegos de condiciones, convocatoria a la licitación, recepción y evaluación de ofertas, adjudicación, entre otras. En estas otras etapas no existe una relación contractual formalizada y cualquier conflicto que se presente con los oferentes se canalizará a través del mecanismo de objeción al pliego de condiciones.

Por este motivo, resulta pertinente mantener la referencia específica a la “ejecución contractual”, tanto en el título del artículo como en su contenido, a fin de acotar con claridad el ámbito de aplicación de este mecanismo y evitar confusiones respecto a su alcance.

En el segundo párrafo de la propuesta se establece que el Comité puede prevenir controversias, sin embargo la redacción plantea esta atribución en términos generales, sin diferenciar entre el Comité Permanente y el Comité Ad Hoc. Esta generalización resulta incorrecta, pues la función de prevención de controversias recae exclusivamente en el Comité Permanente, no siendo procedente atribuirle al Comité Ad Hoc, cuyo ámbito de actuación se limita a la resolución de controversias formales.

En la misma línea, conviene ajustar el tercer párrafo de la propuesta el cual indica que: “(...) *las partes deberán resolver sus controversias mediante un Comité de Resolución de Conflictos, permanente o ad-hoc, ya sea a través de una asistencia informal o sometiéndolas a su decisión.*”. Esta redacción presenta dos imprecisiones; primero, la **asistencia informal** es una función propia y exclusiva del **Comité Permanente**, por lo que resulta improcedente atribuirle al Comité Ad Hoc dicha función y, segundo, la asistencia informal no constituye un mecanismo de resolución de controversias en sentido estricto, ya que su naturaleza es consultiva y funciona como preventiva.

La asistencia informal emite recomendaciones u opiniones no vinculantes y de cumplimiento facultativo, su tarea principal es acompañar y asistir al equipo del proyecto, respondiendo a las solicitudes de asistencia informal interpuestas por las partes, con esta función el comité permanente puede ayudar a las partes a alcanzar acuerdos de manera temprana, antes de que escalen a controversias formales.

Aunado a lo anterior, resulta indispensable que el texto normativo establezca de manera expresa las funciones específicas de cada tipo de Comité. Con respecto a las funciones del Comité de Resolución de Controversias, vista la normativa existente y algunas regulaciones y experiencias foráneas se le reconocen al menos 3 funciones distintas pero complementarias: a) preventiva, para anticipar posibles controversias que puedan surgir durante la ejecución contractual, b) consultiva, para gestionar consultas en aspectos técnicos y contractuales, mediante la asistencia informal emitiendo recomendaciones u opiniones no vinculantes y c) resolutive a través de decisiones vinculantes. En contraste, el Comité de Expertos Ad Hoc tiene una función exclusivamente resolutive, limitada a la atención de controversias formales.

En relación con el plazo para emitir la decisión por parte del comité, la nueva propuesta mantiene el plazo originalmente previsto, pero introduce la posibilidad de prorrogar dicho plazo hasta seis semanas adicionales en casos excepcionales.

La incorporación de este plazo adicional carece de una fundamentación basada en la experiencia, complejidad de controversias, volumen de información, o cualquier otro elemento que sustente duplicar el tiempo previsto para emitir la decisión por parte del Comité. Es importante destacar que el propósito de este mecanismo es que el Comité de Resolución de Conflictos actúe de manera expedita, brindando soluciones tempranas e inmediatas para prevenir afectaciones en la ejecución del contrato. En ese contexto, proponer plazos extensos podría comprometer la efectividad y oportunidad de las decisiones del Comité.

Por otra parte, la propuesta regulatoria establece lo siguiente: *“Ni la negociación directa, ni la asistencia informal, ni el sometimiento de una controversia a un Comité de Resolución de Conflictos, suspenden la ejecución del contrato.”*. Sin embargo, se advierte la necesidad de incorporar expresamente la “decisión del Comité” como un supuesto adicional que tampoco suspende la ejecución del contrato, esta inclusión resulta fundamental, ya que permite reforzar la naturaleza vinculante de dicha decisión, aclarando que su emisión no interrumpe ni condiciona la continuidad de las obligaciones contractuales.

La propuesta dispone que: *“Este Comité de Resolución de Conflictos será previsto, preceptivamente, en los pliegos de condiciones de licitaciones mayores de obra pública y deberá ser un órgano contractual necesario y permanente del contrato respectivo.”*

Sobre lo anterior, la CGR coincide en la importancia de establecer un comité permanente en licitaciones mayores de obra pública, con el propósito de contar en esas contrataciones con la

función de prevención y así los miembros del Comité puedan anticipar y gestionar de manera temprana las posibles diferencias que surjan durante la ejecución de las obras. Asimismo, la existencia de un comité permanente asegura la disponibilidad de la función de asistencia informal, mediante la cual las partes podrán consultar a los miembros del comité sobre temas potencialmente conflictivos, y con ello éstos puedan emitir recomendaciones y opiniones no vinculantes sobre aspectos técnicos y/o contractuales. Todo lo anterior, tiene como finalidad reforzar el carácter preventivo del Comité, asegurar la continuidad en la ejecución de las obras y, en consecuencia, generar valor al Proyecto.

Sobre el nombramiento de los miembros del Comité, se establece en la nueva propuesta que: *“Los miembros del Comité de Resolución de Conflictos serán elegidos y designados en la forma que disponga el reglamento, salvo que el pliego de condiciones disponga otra cosa.”*

Al respecto, cabe señalar que el Reglamento a la LGCP, en el artículo 195 regula expresamente que: *“Los miembros del comité de expertos deberán ser seleccionados de las listas de profesionales acreditados ante los Centros de Resolución de Controversias u otros Registros debidamente autorizados por el Ministerio de Justicia y Paz”*, por lo que se sugiere eliminar la frase *“salvo que el pliego de condiciones disponga otra cosa”*, ya que podría generar interpretaciones contrarias a lo establecido en la normativa vigente y con ello afectar la seguridad jurídica.

Con respecto al plazo en que funcionará el Comité de resolución de conflictos permanente, se sugiere establecer expresamente que dicho comité deberá funcionar durante toda la vigencia del contrato, **desde su orden de inicio hasta la recepción definitiva de la obra**, bien o servicio contratado. De esta manera, se regulan con precisión los dos hitos contractuales que delimitan el plazo del funcionamiento de ese Comité.

Además, resulta oportuno valorar la inclusión que, en los casos en que se dispone de un comité de resolución de conflictos permanente, uno de los requisitos para emitir la orden de inicio deberá ser la conformación del Comité y la suscripción del contrato tripartito (contratante-contratista-comité), a efectos de asegurar que este comité se encuentra debidamente conformado para ejercer sus funciones desde el inicio de la ejecución del contrato.

Ahora bien, la propuesta incorpora como parte del plazo de las funciones del comité permanente la denominada *“fase de liquidación”*. Sin embargo, no se especifica con claridad a qué se refiere ese término. En el caso de que la regulación propuesta pretenda que el Comité continúe operando hasta el finiquito contractual, es importante considerar que el artículo 190 de la LGCP, establece que el finiquito debe emitirse en un plazo máximo de un año a partir de la recepción definitiva de la obra.

Esta situación plantea la duda si el comité permanecería vigente durante todo ese periodo, a pesar que su función principal es prevenir y resolver controversias de índole técnica y contractual durante la ejecución del contrato, es decir concluiría con la recepción final de la obra. Extender el

funcionamiento del Comité más allá de este hito, sin una justificación adecuada, podría resultar improcedente y contraproducente, dado que las eventuales diferencias surgidas durante la etapa del finiquito deben ser resueltas por la administración conforme a los procedimientos establecidos; además, prolongar la vigencia del Comité durante esa etapa podría implicar un uso ineficiente de los recursos públicos.

Sobre el tema del pago al Comité, se incorpora en la propuesta de reforma el término “por adelantado” quedando de la siguiente manera: *“Los contratantes asumirán, por adelantado y por partes iguales, todos los honorarios y gastos del Comité de Resolución de Conflictos, ya sea permanente o ad hoc”*. Al respecto, no existe claridad sobre qué se pretende disponer al señalarse el término por adelantado. Sin embargo, sobre lo anterior, resulta conveniente valorar la inclusión de una previsión que regule que ante la falta de pago por una de las partes, la otra parte puede subrogar y efectuar el pago, esto ya sea incluyendo o descontando del pago de la estimación periódica de avance de obra o de la valoración de pago por la entrega de los bienes o por la prestación de los servicios, según el caso que corresponda.

En relación con el artículo 43, la reforma propone adicionar un párrafo final que entre otras cosas dice: *“Los reclamos y reajustes de precios que se presenten por parte del contratista deberán ser resueltos en un plazo de treinta días hábiles a partir de su presentación.”*

Al respecto, es importante recordar que un "reclamo administrativo" y un "reajuste de precios" son conceptos distintos en la contratación pública. Un reclamo administrativo puede referirse a temas vinculados con atrasos, modificaciones, indemnizaciones, entre otros aspectos, mientras que un reajuste de precios es el mecanismo principal por el cual se garantiza a las partes contratantes, el derecho al mantenimiento del equilibrio económico, según se demuestren variaciones en los costos directos e indirectos de los precios del contrato.

Es por ello que regular reclamos y reajuste de precios como si fuera lo mismo podría ser riesgoso para la administración, en razón de que se les da el mismo plazo para su resolución, a pesar de que los reclamos administrativos suelen ser más complejos y requerir una investigación más profunda que la determinación de reajustes de precios, que se basan en fórmulas y datos objetivos.

Aunado a ello, se observa que la propuesta de reforma se centra únicamente en los derechos del contratista en caso de incumplimiento del plazo por parte de la Administración, sin contemplar la posibilidad de reajustes de precios a favor de la Administración y sin establecer plazos para que el contratista responda a las solicitudes de información o aclaraciones por parte de la Administración.

Ahora bien, se debe indicar que esta materia ha sido objeto de regulación con la emisión del nuevo Reglamento para el Reajuste Precios en los Contratos de Obra Pública y la Revisión de Precios en los Contratos de Bienes y Servicios, emitido mediante Decreto Ejecutivo N° 44937-H-MICITT-MIDEPLAN y publicado en el Alcance No. 46 a la Gaceta No. 64 del 3 de abril de

2025, por lo que se sugiere valorar lo indicado en esa normativa y la necesidad de incorporar alguno de los aspectos ahí señalados en la reforma propuesta.

Por último, es importante tener claridad que el reajuste de precios se refiere al mecanismo en contratos de obra pública y la revisión de precios corresponde al mecanismo en contratos de bienes y servicios, no obstante en este párrafo se regula únicamente el reajuste de precios de contratos de obra pública.

No se omite indicar que el mantenimiento al equilibrio económico del contrato es un factor crítico de éxito en la ejecución de la contratación pública, por lo que se debe ser muy cuidadoso en su regulación con el fin de asegurar los derechos y obligaciones de ambas partes.

Con respecto a los párrafos que se adicionan al artículo 83, no se considera procedente regular en la LGCP el permiso de uso, toda vez que esta figura se encuentra normada en el artículo 154 de la Ley General de Administración Pública. Además no corresponde al artículo de concesión de instalaciones públicas.

En relación con el artículo 97 se debe indicar que la nulidad debe ser absoluta, evidente y manifiesta, de manera tal que sea congruente con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, el cual permite anular un acto o contrato en sede administrativa, siempre que la nulidad además de absoluta, sea evidente y manifiesta.

Además se sugiere aclarar en el artículo 97 que las nulidades que se aleguen con el recurso no se conocerán en caso de que el recurso sea rechazado de plano por inadmisibilidad o improcedencia manifiesta.

Con respecto a la reforma que se propone para el artículo 114 que dice: *“Si el procedimiento resulta en absolutoria del contratista investigado y el contrato fue ejecutado o se encuentra en ejecución por parte de un tercero, se procederá conforme a los términos de la rescisión unilateral del contrato regulada en el artículo 115 de esta ley.”*, entiende esta Contraloría General que se refiere a lo indicado en los últimos dos párrafos de ese artículo respecto al reconocimiento del lucro cesante.

En caso de ser así, se debe aclarar la redacción del artículo 114 para no confundirlo con la aplicación de la figura de la rescisión por voluntad de la administración.

Con respecto al párrafo que se busca agregar al artículo 116 que dice:

“Cuando se determine que pueden existir incumplimientos tanto del contratista como de la Administración, ambas partes pueden renegociar los términos del contrato, o incluso rescindirlo, mediante la figura de la mediación y la conciliación establecidas en la Ley 7727, Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Para estos efectos se determinará la viabilidad de alternativas que permitan alcanzar total o parcialmente los objetivos de la contratación, siempre

teniendo como prioridad el interés público. Cuando se use esta figura no se aplicarán las limitaciones del artículo 101 de esta Ley. La Administración no podrá transar ni negociar sus competencias sancionatorias o disciplinarias para con el contratista y las personas funcionarias, en lo que pudieren haber.”

Se sugiere en primer lugar que la posibilidad de renegociar los términos del contrato o de rescindirlo por incumplimiento de ambas partes se regule en un artículo aparte, toda vez que el artículo 116 vigente lo que regula es la “Rescisión del contrato por mutuo acuerdo”, la cual parte de la premisa que ésta se origina en razones de interés público y que no concurre causa de resolución imputable al contratista. Es por ello que si se quiere regular otra figura, se debe hacer en un artículo aparte.

Aunado a lo anterior, es importante indicar que esta propuesta tampoco se enmarca en la resolución del contrato regulada en el artículo 113, la cual permite a la administración a resolver unilateralmente los contratos por motivo de incumplimiento grave del contratista, lo cual es diferente a lo propuesto en la reforma transcrita, cuyo objetivo es regular la posibilidad de renegociar los términos del contrato o incluso rescindirlo por incumplimiento de ambas partes.

Teniendo en cuenta que se trata de una figura distinta a las reguladas en la normativa vigente, se considera importante tener mayores elementos de juicio sobre la necesidad que se pretende solventar con esta reforma y el objetivo a alcanzar, toda vez que la redacción es muy amplia, por lo que no se establece ningún parámetro objetivo en relación con los tipos de incumplimientos, su gravedad y los límites de esa renegociación.

En ese sentido lo único que se indica es que la renegociación se debe hacer mediante la figura de la mediación y la conciliación, que las alternativas deben permitir alcanzar total o parcialmente los objetivos de la contratación y que se debe tener como prioridad el interés público, lo cual no es un parámetro objetivo ni claro que permita revisar la legalidad de la pretendida renegociación del contrato.

En esa línea, por ejemplo, no se habla de la necesidad de que se mantenga la distribución de riesgos entre las partes que se acordó en el contrato original y que fue la que motivó la decisión de adjudicación del concurso. Tampoco se indica el grado de incumplimiento de la administración o del contratista que permita activar esta posibilidad, por lo que al no establecerse criterios objetivos existe el riesgo de que el incumplimiento de la administración sea menor en relación con el del contratista y aún así se acuda a la renegociación.

Además, no se establece ningún límite objetivo para definir los aspectos renegociables del contrato y su impacto en los derechos y obligaciones de las partes, siendo que por el contrario se indica que no se aplican los límites de la modificación contractual del artículo 101 de la LGCP, por lo que no habría un tope como el que existe del 20% en modificaciones ordinarias y 50% en modificaciones excepcionales, como se establece en la normativa vigente.

A mayor abundamiento y con el fin de orientar el análisis de la propuesta, el autor Roberto Dromi señala que *“Renegociar implica reequilibrar los elementos que componen un mismo contrato. Es negociar de nuevo, producir ajustes sobre la base de un mismo contrato. Conlleva volver sobre la misma cosa, las mismas partes, negociar sobre el mismo asunto. No hay variación sustantiva en la prestación, sino que la alteración es solo del precio, del plazo, del modo, etc., pero sin modificación estructural del asunto o negocio”*.

Es por ello que si se habilita esa posibilidad, se debe tener claro sus alcances y controles, pues como dice el profesor Dromi: *“La juridicidad que requiere la renegociación debe contemplar: la causa o motivo que la origine; la finalidad o razón, para cumplir con la legalidad; el objeto o el qué a ser renegociado y modificado, en la misma ecuación de la prestación y el medio o procedimiento que lo posibiliten.”*.

En razón de todo lo anterior, es una propuesta que conviene ser objeto de una amplia discusión a partir de la justificación que la sustenta, la cual se desconoce, a fin de determinar no sólo su necesidad sino también su alcance y condiciones. El objetivo principal es evitar cualquier espacio legal que pueda resultar en modificaciones contractuales perjudiciales para los intereses de la Administración, la hacienda pública y el propio contratista.

En esa misma línea si se quiere establecer la posibilidad de rescindir el contrato por mutuo acuerdo ante incumplimientos de ambas partes, se sugiere hacer un análisis pormenorizado de sus alcances, límites y controles, con el fin de dar seguridad jurídica y garantizar los derechos de ambas partes.

Con respecto al artículo 81 no se considera procedente derogar la obligación que tienen los fideicomisos de seguir los procedimientos de la LGCP para tramitar las contrataciones que realicen con ocasión del cumplimiento del fideicomiso y con cargo a los fondos fideicometidos.

En ese sentido, se considera que el fideicomiso público debe seguir las formas del fideicomitente. En nada abona a la seguridad jurídica y transparencia, excluirlos de la aplicación de los procedimientos de contratación, lo que nos llevaría nuevamente a invocar principios de contratación cuya aplicación tiende a ser más compleja.

La exposición de motivos del proyecto de ley No. 21.546, que posteriormente sería aprobado como la Ley No. 9986 “Ley General de Contratación Pública” fue clara al señalar que *“Como se desprende de los datos expuestos, aun cuando a nivel constitucional los procedimientos ordinarios de licitación se visualizan como el mecanismo idóneo para la contratación de bienes, obras y servicios, lo cierto es que han dejado de ser la regla y la mayor parte de contrataciones responde a procedimientos distintos a los ordinarios. Aunado a lo anterior, existe una huida de la Ley de Contratación Administrativa que regula las compras públicas, en lo que ha representado un movimiento creciente en los últimos tiempos, con cuestionables resultados en relación con los*

supuestos logros que se pretendían alcanzar, separando a una serie de instituciones, bajo la égida de la competencia.

Por otra parte, para quienes son proveedores del Estado, hoy existe un universo de normas que no brinda ninguna seguridad jurídica, compuesto por el régimen general y todo el conjunto de instituciones disgregadas con leyes y reglamentos especiales, además de una serie de instituciones que contratan mediante la aplicación de principios, no de la aplicación de la ley en pleno, con lo cual esas instituciones emiten reglamentaciones que, igualmente, dificultan el conocimiento de las diversas normas de la contratación pública.”.

Es por ello que si de nuevo se excepcionan de los procedimientos ordinarios a diferentes instituciones o tipos de contratos, se estaría perdiendo el propósito de contar con una ley general de compras públicas que potencie la utilización de los procedimientos ordinarios, mediante la simplificación de los trámites, la depuración del número de excepciones y el ajuste en los requisitos para su utilización.

4.- Régimen sancionatorio

En relación con la definición de la naturaleza jurídica de las multas y las cláusulas penales que se incorpora al artículo 46, consideramos que no es recomendable incluirla en la LGCP, toda vez que en la doctrina jurídica se encuentran diferentes posiciones respecto a su naturaleza que en caso de que se aprobara la reforma provocarían que se establezca una de carácter obligatorio por mandato de ley.

En ese sentido, por ejemplo la Contraloría General ha indicado que la naturaleza de las multas y cláusulas penales no distingue si es disuasoria o no, pues ambas *“consisten en sanciones pecuniarias determinadas de antemano por el cartel, cuyo fin específico es garantizar la adecuada ejecución del contrato”* (oficio 13793-99).

Por su parte en la doctrina, el profesor Miguel Marienhoff señala que *“Para el supuesto de incumplimiento de una obligación contractual, las partes pueden prever y fijar “ab-initio” el monto de los daños y perjuicios que representará dicho incumplimiento. La estipulación pertinente constituye lo que se denomina “cláusula penal” (...). En tal forma las partes fijan de antemano la indemnización que debe pagarse a título de daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación contractual. Con ello el interesado se libera del cargo de probar los daños sufridos y su valor en dinero; por su parte el infractor sabe anticipadamente a cuánto ascenderá la indemnización respectiva, sin exponerse a un cobro exagerado o superior a los recursos de que dispone. Por esas razones se ha sugerido que en lugar de hablar de “cláusula penal” se hable de “indemnización convencional”.*

En relación con la multa el profesor Marienhoff explica que: *“Además de la cláusula penal puede establecerse el derecho de la Administración Pública a aplicar una “multa” o “multas” al cocontratante a raíz de incumplimientos en que éste incurra. Dicha multa o multas sólo tienen en*

cuenta el acto mismo del incumplimiento, pero sin tomar en consideración lo atinente a “daños y perjuicios”, lo cuales se regularían por la “cláusula penal”. Todo lo atinente a “daños y perjuicios” queda, entonces, excluido del régimen de la multa. De manera que las “multas” propiamente dichas, sancionan “conductas” o “comportamientos”: no tienen en cuenta, en modo alguno, “daños y perjuicios”.

De acuerdo con los textos transcritos, se podría concluir que tanto la multa como la cláusula penal tienen efectos disuasorios en tanto se trata de sanciones pecuniarias aplicables al contratista, aunque la primera basada en conductas o comportamientos previamente definidos y la segunda en la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por incumplimientos contractuales.

No obstante, reiteramos, esa discusión debe dejarse a la doctrina sin llegar a positivizar en una ley una posición o la otra.

Sin perjuicio de lo anterior, se considera acertado regular la obligatoriedad de que exista un estudio económico o memoria de cálculo que justifique los montos o porcentajes que se fijen para las multas y las cláusulas penales, a fin de garantizar su proporcionalidad y razonabilidad.

En relación con la reglamentación de sumas incobrables se debe indicar en la reforma que la administración tiene que fundamentar el monto en un estudio técnico que justifique la cuantía.

Con respecto al monto máximo para el cobro de la cláusula penal y la multa, no se observa en la exposición de motivos la justificación para afirmar que si el cobro supera el 10% de la estimación del contrato, éste último perderá su viabilidad financiera al superar la utilidad, razón por la cual se recomienda aclarar el sustento técnico-económico de este ajuste en la norma.

Por otro lado, se considera por completo improcedente que por razones de conveniencia y oportunidad se permita que el contratista que incumpla el contrato cubra los montos establecidos como sanción mediante una dación en pago de bienes, obras o servicios similares a los contratados, que de manera comprobada y suficiente sustituyan el capital adeudado.

El criterio de esta Contraloría General es que las sanciones económicas se deben cancelar mediante el pago de los montos señalados por la norma y no con la entrega de bienes, servicios u obras, máxime que el único parámetro que establece la reforma para la aceptación de la dación en pago son “condiciones de oportunidad y conveniencia” permitiendo así aceptar casi cualquier cosa.

Esta situación podría provocar que se entreguen a la administración como dación en pago, bienes, servicios u obras que no necesita, de mala calidad, sin respaldo o que generen costos adicionales que debe asumir la administración para su operación.

Tampoco se considera procedente la posibilidad de exonerar de la sanción al contratista “*Cuando de modo evidente no se haya causado ningún daño a la Administración*”, siendo que esta

reforma desnaturalizaría la finalidad de las multas y cláusulas penales, obligando además a la administración a tener que demostrar el daño en fase de ejecución, para poder aplicar una multa o cláusula penal.

Con respecto al artículo 47 se debe aclarar a qué se refiere con la posibilidad de que el contratista presente posteriormente un reclamo para pedir la revisión del cobro de la multa como falta de mera constatación. En ese sentido, no se establece un plazo para ese reclamo o si más bien se trata de la aplicación del régimen recursivo ordinario de revocatoria y apelación contra el cobro de la multa.

Es importante indicar además que dicha revisión no puede incluir aspectos precluidos que debieron ser alegados en el recursos de objeción, como los incumplimientos a los que se les aplicará la multa y la cláusula penal, así como el monto a cobrar por su ejecución.

En relación con el último párrafo que se adiciona con la reforma, se debe indicar que la garantía colateral tiene que emitirse con las mismas condiciones para su ejecución que se exige para la garantía de cumplimiento del contrato, a fin de asegurar su ejecutoriedad.

En relación con el artículo 93 se considera innecesaria la reforma del último párrafo pues ya se contempló en la Ley No. 10472.

Con respecto a los montos de las multas, consideramos que es una potestad de los señores y señoras legisladores su definición, siempre que cumplan con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese sentido, la Procuraduría General de la República en la Opinión Jurídica PGR-OJ-039-2023 ha señalado que “el principio de libre configuración del legislador, también denominado libre diseño legislativo o discrecionalidad legislativa (sentencia No. 2003-05090 de las 14:44 hrs. del 11 de junio de 2003, Sala Constitucional), por el cual los diputados, ante una necesidad socialmente imperiosa, pueden escoger la solución normativa o regla de Derecho que estime más adecuada e idónea para satisfacerla”. La Sala Constitucional, por su parte, en voto No. 2005-05649 indicó en lo conducente que: “(...) No sobra advertir que, absolutamente en todos los supuestos anteriormente mencionados, el legislador conserva una discrecionalidad plena o libertad para configurar el contenido de la respectiva ley, siendo que el único límite de éste lo puede constituir el propio parámetro constitucional o el Derecho de la Constitución”.

La reforma del artículo 103 sobre la contratación irregular se considera innecesaria en cuanto a la inclusión del principio de confianza legítima y la no responsabilidad del contratista por las acciones u omisiones que sean atribuibles exclusivamente a la administración, toda vez que ninguna de las causales que incluye la norma vigente tiene esta última condición.

En ese sentido, se debe recordar que la contratación irregular aplica cuando no se haya seguido el procedimiento correspondiente (licitación mayor, menor o reducida), cuando se haya aplicado de manera ilegítima alguna de las excepciones a los procedimientos ordinarios de contratación (artículo 3 de la LGCP) o cuando se hubiera infringido el régimen de prohibiciones de la presente ley, supuestos que pueden ser verificados por el oferente y la administración al momento de promoverse el concurso, sin llegar a pensarse que transgrede la confianza legítima.

Respecto a la declaratoria de nulidad absoluta, se debe recordar que los Tribunales Contencioso Administrativos han señalado que este no es un requisito para determinar la existencia de responsabilidad administrativa², por lo que no solo es innecesario, sino que además haría imposible la aplicación de la norma, al tener que seguirse el procedimiento ordinario de la Ley General de la Administración Pública o el proceso de lesividad del Código Procesal Contencioso Administrativo, dependiendo del tipo de nulidad absoluta y la sede en que se declare.

Tampoco resulta procedente exigir la acreditación de dolo o culpa grave, toda vez que la norma vigente establece como una obligación del contratista verificar que no se haya incurrido en alguna de las tres causales antes vistas, por lo que se trata de una responsabilidad objetiva establecida por ley, que no requeriría la demostración de dolo o culpa grave.

Con respecto a la incorporación del siguiente párrafo en la reforma: *“La Administración está facultada para recibir el objeto contractual con algunas inconformidades, siempre y cuando acredite mediante el respaldo técnico adecuado que el objeto contractual es funcional, satisface en términos generales la necesidad que motivó la contratación y si la inconformidad será resuelta posteriormente o es definitiva, pues en este último caso hará el rebajo correspondiente en el precio que compense esas inconformidades. Esta forma de recepción no exime al contratista de las responsabilidades posteriores por incumplimiento de sus compromisos, por lo que estará sujeto a las sanciones que sean aplicables.”*, se debe recordar que la indemnización originada en una contratación irregular se sustenta en el principio de no enriquecimiento sin causa, la cual parte de que el contratista ha cumplido a satisfacción la prestación del bien, servicio u obra y debe recibir una compensación económica que no incluye la utilidad.

Es por ello que si se aprueba la reforma en esos términos, se estaría desnaturalizando la figura de la indemnización cuando se acepta la recepción del objeto contractual con inconformidades, lo cual no se permite tampoco en la ejecución de un contrato regular.

Con respecto a la reforma de la naturaleza y tipo de sanciones que regula el artículo 118, se considera que es potestad de los señores y señoras legisladores definir las sanciones aplicables, siempre que sean razonables y proporcionadas.

² Ver resolución del Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda No. 00079-2017 de 15 de junio del 2017

En relación con el artículo 119, se debe regular la creación y funcionamiento del Sistema de Evaluación de Proveedores de la Actividad Contractual, toda vez que no queda claro con la regulación propuesta, remitiéndose únicamente a los lineamientos emitidos por la Dirección de Contratación Pública, aspecto que se debe revisar con mucho cuidado por ser materia sancionatoria que debe estar regulada por ley.

Finalmente, la CGR reitera que las observaciones aquí emitidas buscan asegurar la coherencia del sistema previsto en la LGCP, así como el cumplimiento de los principios de legalidad, buena gestión pública y de protección de la hacienda pública



Atentamente,

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División

RRA/nr.
Ce: Despacho Contralor, CGR
NI: 5718 y 6724-2025
G: 2025001231-3