

PROYECTO DE LEY

LEY PARA ESTABLECER UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS INMINENTES ANTE EMERGENCIAS

Expediente N°25.723

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Mediante la Ley General de Contratación Pública, Ley No. 9986 de 21 de mayo del 2021, la cual, entró en vigencia el 1 de diciembre del 2022, se produjo una reforma integral en el sistema normativo de la contratación pública.

Como parte de los cambios introducidos con la reforma, se concretó un fortalecimiento de los procedimientos ordinarios de selección de contratistas bajo el principio de licitación, se limitaron las excepciones de selección directa y se produjo una eliminación sistemática de autorizaciones a cargo de la Contraloría General de la República en distintos ámbitos de la actividad contractual, bajo una línea correcta de orientar el control externo hacia una modalidad de intervención posterior.

La reforma apenas tiene sus primeros años de implementación, por lo que debe estar sujeta a un proceso de evaluación para confirmar los impactos positivos en el accionar estatal, según fueron sus finalidades, pero también para promover los ajustes que resulte necesarios para que esas mismas finalidades no se vean comprometidas por soluciones que no necesariamente hayan sido las más adecuadas.

En este contexto, la nueva legislación suprimió la habilitación que contenía la anterior Ley de Contratación Administrativa en su artículo 2 bis para que la Contraloría General autorizara a los entes y órganos públicos procedimientos de selección especiales, entre otros supuestos para *“actividades o casos específicos en los que se acrediten suficientes razones para considerar que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos”*.

Para los efectos de esas autorizaciones, los entes y órganos públicos solicitantes debían cuando menos acreditar tres aspectos fundamentales:

- La concurrencia de elementos fácticos que configurarían una situación excepcional.
- Los motivos por los que los procedimientos licitatorios ordinarios no eran los apropiados para atender dicha situación excepcional.
- El procedimiento especial que el ente u órgano público solicitante consideraba ser el apropiado para atender la situación excepcional de la manera que mejor servía al interés público y a la Hacienda Pública.

Este mecanismo de autorización para situaciones excepcionales no previstas taxativamente en la Ley jugó un papel relevante en la actividad contractual pública por muchos años. Según se puede apreciar en los informes de labores de la Contraloría General de la República, consignados en sus Memorias anuales dirigidas a la Asamblea Legislativa, el trámite de solicitudes de autorización de contratación directa -como se le denominada usualmente en términos generales, aunque no necesariamente se trataba de contratación exentas de concursos mínimos en todos los casos- era frecuente, siendo que la Contraloría General autorizaba porcentajes relevantes de dichos trámites, lo que muestra la existencia de casos que de manera objetiva ameritaba, según el juicio de valor técnico del propio órgano contralor, la habilitación de procedimientos especiales de selección, por no resultar adecuados los procedimientos ordinarios y por no configurarse ninguna de las excepciones reguladas específicamente en la Ley.

A manera de mera referencia, la siguiente tabla que se consigna en la Memora Anual del año 2021 de la Contraloría General, se identifica el rubro de trámites de autorización de contratación directa para los últimos años previos a la reforma que entró en vigencia en el año 2022:

Tabla 3 Principales productos del proceso de fiscalización previa en materia de Contratación Administrativa						
Producto	2017	2018	2019	2020	2021	Diferencia 2020-2021
Recursos de objeción al cartel	641	822	983	1.024	1.176	152
Recursos de apelación	782	683	751	1.032	1.017	-15
Solicitud de contratación directa	287	224	222	285	152	-133
Refrendo de contratos	144	78	84	115	84	-31
Total	1.854	1.807	2.040	2.456	2.429	-27

Fuente: Elaboración de la CGR.

Es decir, este mecanismo de autorización era un elemento del sistema, que tenía una función de solución a situaciones específicas bajo la tutela de la Contraloría General.

Como es usual en nuestro entorno jurídico, está atribución conferida a la Contraloría General fue en su momento objetada ante la Sala Constitucional. Esto dio origen a un juicio detallado de constitucionalidad, que se resolvió de manera absolutamente positiva por parte de la Sala Constitucional. En este orden de ideas, resulta de particular importancia la Resolución No. 02660 de 4 de abril de 2001 emitida por la Sala Constitucional, la cual en lo que interesa se señala lo siguiente:

“De los antecedentes jurisprudenciales citados hasta aquí ha quedado suficientemente claro que el régimen constitucional establece como regla de principio el procedimiento concursal formal, es decir, la licitación, como el mecanismo idóneo para garantizar la más amplia participación de los proveedores en condiciones que permitan a la Administración seleccionar la mejor oferta del mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia. En segundo término, que es constitucionalmente válido que se establezcan en el ordenamiento calificadas excepciones a este régimen, que por sus especiales condiciones determinan que la realización de este tipo de concursos sea abiertamente incompatible con la consecución del fin público. En consecuencia, y en tanto esta Sala ya se ha pronunciado expresamente en el sentido de que dentro de esas excepciones se encuentra la contratación directa, la discusión se circunscribe a dilucidar el punto de la validez de los términos en que el ordenamiento legal y reglamentario la ha regulado, propiamente en orden a la posibilidad de que la Contraloría pueda autorizar a la Administración a recurrir a esta vía con fundamento en determinados motivos de interés público.”

(...)

“A juicio de esta S., existen una serie de elementos que no pueden dejarse de lado en el análisis de la validez constitucional de las normas cuestionadas. En primer término, no puede partirse de un análisis simplista o formal, pues la contratación administrativa es una materia sumamente compleja que se desenvuelve en un entorno de cambios constantes, muchas veces con un ritmo vertiginoso. En efecto, el proceso de adquisición de bienes y servicios está inmerso y a la vez determinado por las condiciones y reglas del mercado, cuyas variables difícilmente pueden aprehenderse en la rigidez de una norma. Por esa razón, y tomando en cuenta que, como bien señaló la Procuraduría, los procedimientos de contratación tienen un carácter instrumental de frente a la satisfacción de los intereses públicos, nunca podrían verse convertidos en un fin en sí mismo, sino que deben conservar su naturaleza de simples medios para la consecución del fin superior. Bajo este razonamiento, cabe preguntarse entonces si es factible prever en un cuerpo normativo todos los posibles motivos de excepción que en determinado momento pudieran requerir de un procedimiento como la contratación directa. La función de un tribunal constitucional, al que se le encomienda la labor de descubrir, aclarar y declarar el significado del ordenamiento primario del Estado, no puede desentenderse del entorno, y, en este caso, de las realidades y problemas que puede enfrentar el Estado en su actividad contractual. Esa perspectiva, claro está, debe guardar en justo equilibrio con la preservación y defensa de la supremacía Constitucional. De ahí que en esta difícil tarea de extraer el sentido lógico y espíritu de las normas constitucionales, éstas deben ser situadas en su contexto, pues de otra forma podrían llegar a convertirse en disposiciones de un carácter muy limitado o inoperante, de poca actualidad y que puede incluso llegar a impedir la satisfacción del interés público que debe perseguir el Estado. Volviendo al caso concreto, estima este Tribunal que en materia de las posibles excepciones que pueden ser incompatibles con los procesos concursales formales, difícilmente pueden ser previstas con un grado absoluto de taxatividad, como se pretende en la acción. Sin embargo, es también cierto que esa circunstancia no debe en modo alguno propiciar la violación al régimen consagrado en el artículo 182, permitiendo que la Administración en forma antojadiza se exceptione de éste aduciendo cualquier justificación. Como ya se vio, la jurisprudencia de este Tribunal se ha referido a la contratación directa como una forma contractual constitucionalmente válida, señalando que este régimen de excepción debe estar regulado en la legislación ordinaria sobre la materia, sea la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento. En este sentido, es claro que es la ley la que debe establecer bajo qué condiciones la Administración puede exceptuarse de los procedimientos de concurso, como en efecto lo hace el artículo 2º de la actual Ley de Contratación Administrativa. Se contemplan en dicha norma hipótesis como la actividad ordinaria de la Administración –caso al que ya se han referido varias sentencias de esta Sala-, los acuerdos celebrados con otros Estados, entre sujetos de derecho público, proveedor único, escasa cuantía, razones de seguridad, urgencia apremiante, compras con fondos de caja chica, contrataciones para construcción o provisión de

oficinas en el exterior, actividades excluidas de acuerdo con la ley o los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica. Valga señalar que este esfuerzo por contemplar de forma taxativa en el régimen legal las causales que dan lugar a una contratación directa, ciertamente imponen límites tendientes a evitar una eventual infracción del régimen constitucional que impone la licitación como regla en este campo. Sin embargo, no debe perderse de vista que la taxatividad per se no es una garantía absoluta de respeto al régimen, toda vez que la prescindencia de los procedimientos ordinarios queda librada a la responsabilidad exclusiva de la Administración (artículo 75.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa), de modo que, en principio, no existe ningún mecanismo de control previo que permita determinar que no se ha desbordado el marco que establecen dichas excepciones. Como se dijo antes, un régimen de esta naturaleza difícilmente permite enumerar exhaustivamente todos los posibles supuestos en que el procedimiento de licitación no permite satisfacer el interés general o bien la contratación directa sea la única posibilidad de evitar daños o lesiones a los intereses públicos. Justamente en razón de esa necesaria flexibilidad que debe acompañar al régimen es que la propia ley se encargó de contemplar la hipótesis consagrada en el inciso h) de la Ley de Contratación Administrativa y 83 de su reglamento, normas que ahora se impugnan. Así, la autorización para que la Contraloría mediante resolución debidamente motivada autorice para contratar directamente en otros supuestos no previstos expresamente, es una facultad contemplada expresamente en la ley sobre la materia, y desarrollada en su respectivo reglamento. Se trata de una posibilidad limitada, que puede demandarse en ciertos casos muy concretos cuyos elementos y circunstancias no es posible preverlos a nivel de norma general. A juicio de la Sala, esta posibilidad no es en modo alguno ilimitada, infinita y carente de todo parámetro de control, y por ello seriamente lesivo al régimen constitucional de contratación, como se aduce al plantear la acción. Antes bien, el ejercicio de esa facultad se encuentra atada no sólo a los múltiples principios generales que se derivan del artículo 182 de la Constitución, según lo ha desarrollado la jurisprudencia de esta Sala, sino también a las normas legales y reglamentarias que se encargan de delinear esta posibilidad.”

(...)

“Otro de los argumentos esgrimidos en la acción es que las normas impugnadas rebasan la competencia de la Contraloría, en el sentido de que le permiten asumir funciones que implican coadministrar, cuando su naturaleza es únicamente fiscalizadora, tesis que tampoco es compartida por esta S.. En efecto, nótese que la formación de la voluntad administrativa, así como la planificación que ello conlleva en sus distintas etapas recae bajo la responsabilidad de la Administración. Es ésta la que identifica y determina la necesidad de contratar, la disponibilidad presupuestaria y la imposibilidad de seguir un procedimiento concursal. Es en el ámbito de la administración activa en el donde se valoran los criterios de oportunidad y conveniencia que pueden intervenir en la contratación de que se trate. Tan es así que

la solicitud que se plantea ante la Contraloría para su aprobación debe contener una justificación detallada de las circunstancias que provocan que la utilización de los procedimientos ordinarios no sea conveniente, y debe detallar la forma en que se tiene previsto seleccionar al contratista (véase artículo 83.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa). De lo anterior se desprende que en esos casos la Contraloría no tiene la iniciativa, no determina la necesidad ni la oportunidad de los criterios con que se pretende hacerle frente a ésta, de ahí que no pueda decirse que está ejerciendo una coadministración. En el acto de aprobación de este tipo de solicitudes, lo que fiscaliza es que efectivamente se esté frente a un caso concreto que presenta características de excepción que no permite alcanzar la satisfacción del fin público mediante la realización de un procedimiento ordinario concursal, y que tampoco encaja en uno de los supuestos ya previstos expresamente en la normativa sobre la materia. Desde esa perspectiva, y teniendo presente las reflexiones sobre la naturaleza y el papel de la Contraloría que fueron comentadas líneas atrás, debe concluirse que este control previo mediante la aprobación de la solicitud, lejos de vulnerar el orden constitucional, se convierte en un mecanismo para garantizar que la Administración no se excepcione ilegítimamente de los procedimientos ordinarios que deben ser la regla en las negociaciones contractuales del Estado, según el principio constitucional, pero sin cerrar normativamente la posibilidad de valorar determinados casos concretos que, aunque razonablemente pueden requerir de una contratación directa, no pueden ser previstos en normas generales.”

(...)

“En suma, estima este Tribunal que no cabe presumir que la intervención del órgano superior competente en la materia, como lo es la Contraloría General, en el ejercicio de una potestad como la que ahora se le cuestiona, vaya a propiciar una infracción del régimen constitucional y legal que está llamada a defender. Antes bien, el acto de aprobación se convierte en un efectivo mecanismo fiscalizador y garantista del principio derivado del artículo 182 constitucional, a fin de velar porque la Administración no se excepcione irregularmente de los procedimientos ordinarios de concurso, sino únicamente en aquellos casos en que las calificadas circunstancias del caso concreto así lo demanden, teniendo como fin último la efectiva satisfacción del interés público, y apegándose, con excepción de la formalidad de un procedimiento de licitación, a todos los principios y el régimen especial que se deriva tanto de la Constitución como de la normativa sobre la materia, según fue desarrollado en los anteriores considerandos. Si, como se ha insistido a lo largo de esta sentencia, la Constitución da cabida a un régimen de contratación que requiere flexibilidad, también exige que la existencia de suficientes mecanismos de control, habida cuenta de que está de por medio la disposición de los fondos públicos, y en este marco resulta de importancia decisiva la intervención fiscalizadora de la Contraloría, a la que se le ha encomendado justamente esa labor por mandato constitucional.”

De estos extractos se tiene que la Sala Constitucional sostuvo la constitucionalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para autorizar contrataciones directas en supuestos no previstos expresamente en la ley. Sobre las razones de la Sala, conviene puntualizar:

- **La licitación como regla y la contratación directa como excepción válida.** El artículo 182 de la Constitución Política establece el procedimiento concursal como regla de principio para garantizar la más amplia participación de proveedores, la sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia. No obstante, resulta constitucionalmente válido que el ordenamiento contemple excepciones calificadas cuando las circunstancias particulares hagan incompatible el concurso con la consecución del fin público. La contratación directa, conforme a la jurisprudencia previa de la propia Sala, constituye una de esas excepciones legítimas.
- **Naturaleza instrumental de los procedimientos de contratación.** Los procedimientos de contratación no son un fin en sí mismos, sino medios para satisfacer el interés público. Dado que la contratación administrativa es una materia compleja, inmersa en las variables cambiantes del mercado, resulta materialmente imposible prever en una norma general todos los supuestos de excepción que podrían justificar acudir a una contratación directa. Una interpretación excesivamente rígida podría convertir las disposiciones constitucionales en reglas inoperantes que impidan la satisfacción del interés público.
- **Insuficiencia de la taxatividad como garantía absoluta.** Aunque la Ley de Contratación Administrativa enumera diversos supuestos de excepción (actividad ordinaria, proveedor único, escasa cuantía, urgencia apremiante, seguridad, entre otros), la taxatividad por sí sola no garantiza el respeto al régimen constitucional, pues la prescindencia de los procedimientos ordinarios queda bajo la responsabilidad exclusiva de la Administración, sin un control previo automático. Por ello, la cláusula abierta que contenía el inciso h) del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa que fue examinada por la Sala -que posteriormente pasó al ya referido artículo 2 bis- que habilita a la Contraloría General para autorizar otros supuestos, respondía a la necesaria flexibilidad del sistema.
- **Facultad limitada y sujeta a parámetros de control.** La autorización por parte de la Contraloría no es ilimitada ni carente de controles. Se encuentra sujeta a los principios derivados del artículo 182 constitucional desarrollados por la

jurisprudencia, así como a las normas legales y reglamentarias que la delimitan. Además, debe ejercerse mediante resolución debidamente motivada frente a casos concretos cuyos elementos no fueron previsibles a nivel normativo general.

- **Inexistencia de coadministración en el caso de este específico modelo de autorización.** De conformidad con la Sala Constitucional, en este caso específico de autorización que se analiza no se configura la coadministración, pues en el ejercicio de esta facultad la Contraloría General no invade funciones de administración activa, pues no le corresponde identificar la necesidad de contratar, valorar la disponibilidad presupuestaria, ni definir los criterios de oportunidad y conveniencia, labores que siguen recayendo en la Administración. La solicitud de autorización debe provenir de la Administración, acompañada de la justificación detallada y de la forma prevista de seleccionar al contratista. El papel de la Contraloría se limita a fiscalizar que efectivamente concurren circunstancias excepcionales que impidan alcanzar el fin público mediante el procedimiento ordinario y que no exista un supuesto legal previsto.

De manera que la Sala consideró que la facultad de autorización de procedimientos especiales para situaciones no previstas específicamente en la Ley concilia adecuadamente la flexibilidad que el régimen de contratación administrativa exige con la necesidad de mecanismos efectivos de control sobre el uso de los fondos públicos. No obstante, lo anterior, la nueva Ley General de Contratación Pública, apostó por la supresión de esta facultad, claramente no por razones de constitucionalidad, sino bajo la premisa de que eventualmente una mejor planificación por parte de los entes y órganos públicos podía dar lugar a soluciones dentro de los procedimientos ordinarios.

Sin embargo, esa premisa no es correcta, por cuanto precisamente la autorización era factible en escenarios de situaciones en las que objetivamente la aplicación de los procedimientos ordinarios reglados no fuera la solución adecuada y en la medida en que la situación fáctica no encajara en ninguno de los supuestos reglados de contratación directa. Es decir, es una vía de previsión para situaciones excepcionales para las que los procedimientos y excepciones reguladas, no son suficientes. Esta perspectiva es muy clara en el pronunciamiento de la Sala Constitucional, que señaló que *“un régimen de esta naturaleza difícilmente permite enumerar exhaustivamente todos los posibles supuestos en que el procedimiento de licitación no permite satisfacer el interés general o bien la contratación directa sea la única posibilidad de evitar daños o lesiones a los intereses públicos”*, por lo que la autorización a cargo de

la Contraloría General aportaba la *“necesaria flexibilidad que debe acompañar al régimen”*.

En consecuencia, mediante la presente reforma a la Ley General de Contratación Pública, lo que se pretende es restablecer esa necesaria *“necesaria flexibilidad que debe acompañar al régimen”* en situaciones de excepción y bajo la vigilancia de la Contraloría General, para las que el texto vigente de la Ley no aporta una solución alternativa satisfactoria, lo que supone una desmejora en la capacidad de los entes y órganos públicos para reaccionar de manera eficiente y efectiva en situaciones concretas.

Corresponderá a la dinámica del sistema de contratación pública, por medio de la determinación y propuesta de los entes y órganos de la Administración Pública en su función exclusiva y excluyente de administración activa, y de la Contraloría General en su función concreta de control hacendario, verificar en la práctica la concurrencia de supuestos que ameriten el tratamiento bajo esquemas de excepción.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se somete a conocimiento de la Asamblea Legislativa el proyecto de ley, **“LEY PARA ESTABLECER UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS INMINENTES ANTE EMERGENCIAS”**.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

**LEY PARA ESTABLECER UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA
PREVENCIÓN DE RIESGOS INMINENTES ANTE EMERGENCIAS**

ARTÍCULO ÚNICO. – Adiciónese un nuevo artículo 3 bis a la Ley General de Contratación Pública, Ley N.º 9986 de 27 de mayo del 2021, que se leerá de la siguiente manera:

“Artículo 3 bis. Excepciones autorizadas por la Contraloría General de la República. La Contraloría General de la República podrá autorizar, mediante resolución motivada, la contratación directa o el uso de procedimientos sustitutivos a los ordinarios en otros no previstos en el artículo 3 de esta ley, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la naturaleza del objeto y las condiciones del mercado así lo recomienden.
- b) Cuando sea necesario atender situaciones de riesgo inminente en procura de evitar daños a los bienes y a las personas en situaciones que no se ajusten a los supuestos del régimen especial de contratación previsto en la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley No. 8488, o a los casos de urgencia regulados en el artículo 66 de esta Ley, por requerirse medidas que exceden la mera atención inmediata y transitoria habilitada en ese artículo.
- c) Cuando existan razones suficientes para considerar que esa es la mejor forma de cumplir con los fines y metas institucionales.

La solicitud ante la Contraloría General deberá ser suscrita por el jerarca institucional y deberá estar acompañada de los informes de las instancias internas competentes para fundamentar los elementos fácticos, legales, técnicos y financieros que sustentan la configuración de alguno de los supuestos previstos en este artículo. En todos los casos, deberá acreditarse que los procedimientos ordinarios o las excepciones y procedimientos especiales regulados en la ley no resultan ser los más apropiados para la actividad contractual objeto de la solicitud respectiva.

La solicitud también deberá detallar el mecanismo de selección alternativo que se propone y explicar su especial idoneidad, el monto estimado de la contratación, la especificación de la partida presupuestaria que ampara la erogación, el cronograma y responsable de esas actividades hasta concluir la ejecución.

Cuando se solicite la autorización para la contratación de obras, la Administración indicará un cronograma comparativo donde indique plazos en el caso de efectuar la obra mediante el procedimiento ordinario que corresponda y los del mecanismo de selección alternativo que se propone, el estado del diseño de la obra, personal idóneo con que disponga para la fiscalización del contratista y el grado de cumplimiento de autorizaciones especiales requeridas en el ordenamiento, con el fin de valorar la pertinencia de la autorización. Esto sin perjuicio de los otros requisitos legales y reglamentarios en materia de contratación de obras públicas.

La Contraloría General de la República, resolverá la solicitud en el término de quince días hábiles. La no resolución de la solicitud dentro del término indicado no podrá ser considerada como silencio positivo.

En su resolución, la Contraloría General definirá la vía recursiva que proceda en estos casos, así como los plazos aplicables al trámite respectivo.

Las autorizaciones contempladas en este artículo no exoneran a la Administración solicitante por los resultados de la contratación, ni por la calificación errónea de las circunstancias que, eventualmente, puedan servir de justificación para la solicitud de excepción de los procedimientos ordinarios de contratación.”

Rige a partir de su publicación.

LAURA FERNÁNDEZ DELGADO

RODRIGO CHAVES ROBLES
MINISTRO DE HACIENDA