



DH-CGA-DAEC-0488-2016  
12 de agosto de 2016

Señora  
Silma Elisa Bolaños Cerdas  
Jefa de Área  
Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Económicos  
Asamblea Legislativa

Estimada señora Bolaños:

Tengo el agrado de dirigirme a usted para manifestarles que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de Ley "Adición de un nuevo capítulo XII a la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494, para crear la Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa", expediente legislativo N° 19.775, me refiero en los siguientes términos:

## **1. Resumen Ejecutivo**

El proyecto presenta problemas de fondo al no definir la naturaleza jurídica de las instancias administrativas que crea; a saber, la Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa, el Consejo Nacional de Compras Públicas y la Secretaría Técnica, no existe claridad sobre la estructura administrativa y la conformación de la Secretaría Técnica; además, podría lesionar el principio de legalidad y tipicidad en materia sancionatoria al delegar en la reglamentación los temas de sanciones, incorpora de forma inconveniente a la Defensoría de los Habitantes en la integración de la Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa así como su relación con la Red Interinstitucional de Transparencia.

## **2. Competencia del mandato de la DHR**

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (Principios de París), la Defensoría de los Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos. Finalmente es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos

humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

### **3. Antecedentes del proyecto de ley**

La Constitución Política de la República de Costa Rica, en el artículo 182, señala que:

*"Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo".*

Posteriormente, en el año 1996 entra en vigencia la Ley de Contratación Administrativa N°7494, que en conjunto con el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que rige desde el 2007, regula las compras que realizan los entes públicos.

En forma adicional, la Ley General de Administración Pública y la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, tratan tópicos relacionados con la contratación administrativa.

En relación al tema de un sistema de compras unificado, el 27 de julio del 2016, se aprobó en segundo debate por parte de la Asamblea Legislativa una reforma al artículo N°40 de la Ley N°7494; donde se señala que "Toda actividad de contratación regulada por la Ley General de Contratación Administrativa, así como aquella que se regule bajo cualquier régimen especial, deberá realizarse por medio del Sistema digital unificado de compras públicas. Este sistema "garantizará la total transparencia y publicidad de cada uno de los procedimientos, documentos e información relacionada con dichos procesos de compra, para lo cual el sistema debe reproducir la información en formatos digitales, apto para que el público pueda descargarlos, copiarlos, manipularlos y reproducirlos"

El proyecto de Ley propone crear la Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa, para que sea el "órgano encargado de emitir las directrices, los lineamientos, y las políticas para evitar el sistema fragmentado de contratación administrativa vigente en el país, así como definir las estrategias para optimizar los controles que eviten todo quebranto a la probidad y el menoscabo de la ética pública"<sup>1</sup>. Además destaca que la Autoridad, coordinará un Sistema Nacional Integrado de Contratación Administrativa, entendida como una plataforma nacional coordinada de compras públicas.

### **4. Contenidos del Proyecto de Ley**

El proyecto de Ley N°19775 adiciona un capítulo nuevo a la Ley de Contratación Administrativa, para crear la Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa, entre sus funciones destaca: formular las directrices de contratación administrativa, velar por la ejecución de las políticas formuladas, controlar la eficacia en la ejecución de las contrataciones, coordinar un Sistema Nacional Integrado de Contratación Administrativa, promover la capacitación y profesionalización de proveedurías nacionales, promoción de espacios de participación para la ciudadanía por medio del control popular de compras públicas, implementación y consolidación de una plataforma única nacional de contratación administrativa y coordinar con la Red Interinstitucional de Transparencia de la Defensoría de los Habitantes.

---

<sup>1</sup> Exposición de motivos al Proyecto de Ley N°19775.

La Autoridad se encontrará compuesta por:

- El Presidente de la República o su representante.
- Los presidentes de los Supremos Poderes, o sus representantes.
- El Contralor General, o su representante.
- El Ministro de Hacienda, o su representante.
- Un representante del sector descentralizado institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.
- Un representante de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa.

La Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa formulará las directrices tomando en cuenta los criterios globales, sectoriales, y programáticos, sustentados en el Plan Nacional de Desarrollo y los planes operativos institucionales de los órganos de cobertura, para que sean concordantes con los objetivos y las prioridades establecidas en esos planes.

## 5. Análisis del contenido del proyecto

Analizado el proyecto de Ley, esta Defensoría considera que no es conveniente la aprobación del capítulo XII a la Ley de Contratación Administrativa. Lo anterior, en virtud de que las funciones asignadas a la Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa, son reguladas en el Reglamento a la Ley N°7494.

En lo que respecta a la plataforma nacional coordinada, el pasado mes de julio se aprobó la reforma al artículo 40 de la Ley N°7494, en donde se indica que toda actividad de contratación de todas las instituciones estatales debe ser realizada bajo el Sistema digital unificado de compras públicas. Actualmente, por el Decreto N°38830-H-MICIT del 27 de enero del 2015, el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) es la plataforma mediante la cual se realizan las compras públicas. Por lo que, no se considera pertinente la creación de la plataforma nacional coordinada propuesta en el proyecto.

Por su parte, en el Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, ya se indica que las inversiones públicas deben de ser compatibles con las previsiones y el orden de prioridad establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo; por lo que no habría diferencia entre el proceso actual de compras públicas y las directrices que formule la Autoridad Nacional.

## 6. Aspectos generales del proyecto

Texto del Proyecto de Ley	Observación de la Defensoría
<p><b>Artículo 103.-</b> Se crea una Comisión denominada Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa, cuyas funciones principales serán las siguientes:</p> <p>a) Formular las directrices de la política de contratación administrativa desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.</p> <p>b) Velar por la ejecución de las políticas formuladas, una vez que hayan sido aprobadas por el Consejo</p>	<p>El proyecto crea una Comisión a la que llama Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa; sin embargo, el proyecto es omiso al establecer la naturaleza jurídica de dicha instancia, únicamente indica que será una Comisión; pese a ello, el artículo 103 le otorga competencias específicas de naturaleza administrativa que inclusive podrían ser consideradas como vinculantes para el resto de las entidades y órganos de la administración pública, por lo que resulta necesario definir su carácter legal, esta omisión podría lesionar el principio de legalidad y seguridad jurídica.</p> <p>Al igual que sucede con la creación de la Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa, el inciso b) del artículo 103 crea el Consejo Nacional de Compras</p>

Texto del Proyecto de Ley	Observación de la Defensoría
<p>Nacional de Compras Públicas del Estado.</p> <p>c) Controlar la eficacia en la ejecución de las contrataciones administrativas de los órganos de cobertura.</p> <p>d) Procurar la aplicación de los principios de libre concurrencia, igualdad de trato, publicidad, legalidad y transparencia, seguridad jurídica, equilibrio de intereses, buena fe, mutabilidad del contrato, control de los procedimientos, eficacia y eficiencia en los procesos de contratación administrativa de los órganos de cobertura de la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494.</p> <p>e) Coordinar un Sistema Nacional Integrado de Contratación Administrativa, que abarque a todos los órganos de cobertura de la Ley de Contratación Administrativa, Ley N.° 7494.</p> <p>f) Promover la implementación de procesos de capacitación y profesionalización de las proveedurías nacionales e institucionales.</p> <p>g) Formular las directrices de las políticas de promoción de mayores espacios de participación ciudadanía por medio del control popular de compras públicas.</p> <p>h) Coordinar la implementación y consolidación de una plataforma única nacional de contratación administrativa.</p> <p>i) Coordinar con la Red Interinstitucional de Transparencia de la Defensoría de los Habitantes, la formulación de las directrices de las políticas para el combate a la corrupción y acciones antiéticas en la adquisición de bienes, servicios y demás compras del Estado.</p>	<p>Públicas, esta instancia es nueva dentro del aparato administrativo costarricense y no se estaría definiendo su naturaleza jurídica, funciones y composición administrativa; dichas omisiones de fondo harían inviable la creación de una instancia administrativa dentro del aparato público sin una definición clara de roles y competencias.</p> <p>Por otra parte, se le establecen competencias específicas a la Autoridad Nacional, misma que debido a su composición sería difícil que pudiera asumir, tal es el caso del control de la eficacia en la ejecución de las contrataciones y la implementación de procesos de capacitación y profesionalización (incisos c y f), aspectos que bien podrían ser orientados a labores específicas de la Secretaría Técnica y que en muchos de los casos son competencia propia de la institución pública que gestiona la contratación y parte del proceso de rendición de cuentas que ésta debe hacer a la ciudadanía.</p> <p>En el inciso d) se regulan una serie de principios sobre los cuales la Autoridad Nacional debe aplicar su gestión, sin embargo, conviene que se cambie la palabra "procurar" por "aplicar".</p> <p>En el inciso e) y h) se establece la necesidad de que la Autoridad Nacional coordine con el Sistema Nacional Integrado de Contratación Administrativa y se establezca la consolidación de una única plataforma de contratación; asimismo, el artículo 107 del proyecto establece que la Secretaría Técnica y proveedurías institucionales deberán revisar los sistemas de contratación.</p> <p>Al respecto conviene indicar que el país mediante el Decreto Ejecutivo 38830-H-MICIT estableció como instrumento único de compras al SICOP, ante ello conviene que las y los Diputados valoren la conveniencia de definir mediante esta reforma legal los alcances que tendrá el SICOP como sistema único de compras de la administración pública.</p> <p>En el inciso i) se indica que la Autoridad deberá coordinar con la RIT de la DHR para efectos de formular directrices en políticas de combate a la corrupción y acciones antiéticas en los procesos de contratación públicas del Estado...</p>
<p><b>Artículo 104.-</b> La Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa estará integrada por el presidente de la República o su representante, quien la presidirá, por los otros presidentes de los Supremos Poderes del Estado o sus representantes, por el contralor general de la República o su representante, el defensor de los habitantes o su representante, el ministro de Hacienda o su representante, y un representante del sector descentralizado institucional, los entes públicos no</p>	<p>En relación con el presente artículo destaca que la norma no indica la forma en que la Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa tomará sus decisiones o definición de las reglas básicas en que sesionará; asimismo, se hace la observación de que su compleja composición hará difícil que las funciones que le fueron asignadas puedan ser implementadas de forma ágil y eficaz, por lo que la Defensoría mantiene las dudas respecto al impacto que tendrá esta autoridad y tal y</p>

Texto del Proyecto de Ley	Observación de la Defensoría
<p>estatales y las empresas públicas, designado por el Consejo de Gobierno, y un representante de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, creada mediante la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley N° 8131.</p>	<p>como se concibe en el proyecto.</p> <p>La Defensoría desea indicar la inconveniencia de que se le incorpore como parte que integra la Autoridad Nacional, esto tomando en consideración que la DHR es un órgano fiscalizador y de control de las acciones y omisiones de la administración pública y NO conviene que sea arrastrado a un escenario en donde se tomen decisiones de política pública que son competencia de la Administración Activa.</p> <p>Si bien la Defensoría tiene un rol de revisar y opinar sobre la construcción, implementación e impacto de las políticas públicas, lo cierto es que lo hace desde una perspectiva objetiva y que le permite luego emitir recomendaciones encaminadas a fiscalizar dichas políticas y no propiamente desde su elaboración, situación que de generarse podrían colocar a la Defensoría en un rol de juez y parte.</p> <p>A la Defensoría de los Habitantes de la República le corresponde vigilar el desempeño de la Administración Pública para que ésta ajuste sus actuaciones al ordenamiento jurídico vigente y que por su medio se procure la protección de los derechos e intereses de los habitantes de la República, siendo así que el artículo 14 inciso 1) de su Ley de constitución N° 7319 consigna, en lo que interesa:</p> <p><i>"1. La intervención del Defensor de los Habitantes de la República no sustituye los actos, las actuaciones materiales ni las omisiones de la actividad administrativa del sector público, sino que sus competencias son, para todos los efectos de control de legalidad."</i></p> <p>En este sentido, el Dictamen de la Procuraduría General de la República N° 197-2002 señaló:</p> <p><i>"La actividad administrativa desarrollada por los entes públicos"</i>  <i>Con el fin de defender los derechos e intereses de los habitantes del país, la Defensoría de los Habitantes se ve atribuida de una serie de potestades sobre el sector público del Estado costarricense. Ejerce un control sobre ese sector, verificando que su actuación se ajuste a la moral, la justicia y el ordenamiento jurídico (artículo 1 de su Ley de creación, Ley N. 7319 de 17 de noviembre de 1992)."</i></p>
<p><b>Artículo 105.-</b> La Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa contará con una Secretaría Técnica, adscrita al Ministerio de Hacienda, cuyas funciones principales serán las siguientes:</p> <p>a) Preparar la información básica para que la Autoridad</p>	<p>Como se indicó supra, la Autoridad Nacional tendrá para desarrollar sus funciones una Secretaría Técnica que se encontrará adscrita al Ministerio de Hacienda; sin embargo, el proyecto no profundiza en la relación administrativa que tendrá la Secretaría con la Autoridad y su propia naturaleza jurídica; asimismo, el proyecto es</p>

Texto del Proyecto de Ley	Observación de la Defensoría
<p>Nacional de la Contratación Administrativa formule las directrices generales de la política de contratación administrativa.</p> <p>b) Comprobar el cumplimiento de las directrices adoptadas por la Autoridad Nacional de Contratación Administrativa.</p> <p>c) Efectuar estudios sobre el comportamiento de las compras, contrataciones y de la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas que se sometan a los principios de esta ley.</p> <p>ch) Realizar estudios para mejorar el proceso de contratación administrativa.</p> <p>d) Las que adicionalmente le asigne la Autoridad Nacional de Contratación Administrativa.</p> <p>Formarán parte de esta Secretaría el departamento especializado y el personal técnico de la Administración Pública necesario para el cumplimiento de las funciones citadas.</p>	<p>poco preciso al indicar los funcionarios que compondrán esta instancia de carácter técnico, ya que el último párrafo únicamente indica que estará formada por el personal de la Administración Pública, con lo cual no queda claro el personal administrativo que lo conforma y el régimen laboral a que pertenecerán estos funcionarios.</p>
<p><b>Artículo 106.-</b> Cuando la Autoridad Nacional de la Contratación Administrativa formule las directrices tomará en consideración los criterios globales, sectoriales y programáticos, sustentados en el Plan Nacional de Desarrollo y en los planes operativos anuales, a efecto de que los presupuestos de las instituciones de los órganos de cobertura sean concordantes con los objetivos y las prioridades establecidos en esos planes.</p>	<p>Según la Ley de Administración Financiera de la República y los Presupuestos Públicos en su artículo 4 "Todo presupuesto público deberá responder a los planes operativos institucionales anuales, de mediano y largo plazo, adoptados por los jefes respectivos, así como a los principios presupuestarios generalmente aceptados. El Plan Nacional de Desarrollo constituirá el marco global que orientará los planes operativos institucionales, según el nivel de autonomía que corresponda de conformidad con las disposiciones legales y constitucionales pertinentes.</p> <p>Por lo anterior no son necesarias las directrices con los criterios sustentados en el Plan Nacional de Desarrollo y los Planes Anuales Operativos, puesto que la Ley de Administración Financiera obliga a que el Plan Nacional de Desarrollo sea el marco global de los planes operativos institucionales.</p> <p>Por su parte, la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria N° 6821, indica que la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria, formulará directrices generales en materia presupuestaria. En el artículo 7 de la Ley en cuestión se establece que para formular estas directrices se "tomará en consideración los criterios globales, sectoriales y programáticos, sustentados en el Plan Nacional de Desarrollo y en los Planes Operativos anuales, a efecto de que los presupuestos de las instituciones del Sector Público sean concordantes con los objetivos y prioridades establecidos en esos planes".</p>
<p><b>Artículo 107.-</b> La Secretaría Técnica de la Autoridad Nacional de Contratación Administrativa, las</p>	<p>La Contraloría General de la República, creó y mantiene la Consulta de Compras con Fondos Públicos (SIAC). El</p>

Texto del Proyecto de Ley	Observación de la Defensoría
<p>proceedurías institucionales de los órganos de cobertura y la Contraloría General de la República revisarán y prescribirán los sistemas de contratación y adquisiciones en lo que atañe a sus correspondientes áreas de competencia y en cuanto a sus contrataciones globales y sectoriales.</p>	<p>cual "Recopila y presenta los datos sobre los procedimientos de contratación, agrupándolos por sectores, instituciones, procedimientos, adjudicatarios y subpartidas. En este informe encontrará datos a partir del año 2007"<sup>2</sup>. Por lo que, un nuevo sistema de contratación y adquisiciones devendría en una duplicidad de funciones.</p>
<p><b>Artículo 109.-</b> El incumplimiento de los términos o fechas establecidas en la presente ley será motivo para sancionar a los funcionarios responsables, según se disponga en su reglamento.</p>	<p>El artículo indicado podría contener vicios de inconstitucionalidad, lo anterior debido a que la norma legal únicamente menciona la posibilidad de establecer sanciones, dejando el desarrollo de fondo al reglamento que se dictará por parte del Poder Ejecutivo.</p> <p>Esta disposición tal y como se encuentra redactada, lesiona los principios de reserva de ley, tipicidad y legalidad en lo que corresponde al derecho administrativo sancionador y se encuentra en contrario a lo que regula el artículo 124 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone que los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas, ni otras cargas similares.</p>
<p><b>ARTÍCULO 3.-</b> La presente ley deroga todas las disposiciones legales que se le opongan.</p>	<p>El artículo señalado violenta el principio de seguridad jurídica y podría generar problemas de aplicación e interpretación por parte del operador jurídico, esto por cuanto realiza una mención general respecto a las normas que serían derogadas a partir de la entrada en vigencia de la ley, aspecto que no resulta conveniente.</p> <p>En ese sentido, en caso de que el proyecto siga su curso legislativo, se hace necesario que el proyecto sea más exigente en el análisis respecto a las normas que expresamente estaría derogando.</p>

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica se permite expresar su inconformidad con respecto al texto consultado, por lo que respetuosamente se sugiere a los y las señoras Diputadas considerar las observaciones expuestas en el presente documento.

Al agradecer la deferencia consultiva, aprovecho la ocasión para reiterarles las muestras de mi consideración.

Atentamente,

  
 Montserrat Solano Carboni  
 Defensora de los Habitantes de la República



<sup>2</sup> <https://sites.google.com/a/cgr.go.cr/cgr/tramites/centro-operaciones-cgr/c-definicion>