

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

DEPARTAMENTO SERVICIOS TÉCNICOS

INFORME TÉCNICO

PROYECTO DE LEY

**TRANSPARENCIA DE LAS CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS
POR MEDIO DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 40
DE LA LEY N° 7494, CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA DE 2 DE MAYO
DE 1995, Y SUS REFORMAS**

EXPEDIENTE N° 19.123

OFICIO N° ST-107-2014-I

ELABORADO POR

**ANNETTE ZELEDÓN FALLAS
MARCO A. NUÑEZ GONZÁLEZ**

REVISADO POR

FREDDY CAMACHO ORTIZ

AUTORIZACIÓN FINAL

NATASCHA MORALES BADILLA

03, JUNIO, 2014

TABLA DE CONTENIDO

I.- RESUMEN DEL PROYECTO	3
II.- SOBRE EL USO DE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS Y EL AHORRO	3
III.- SOBRE EL ARTICULADO	5
IV.- ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA	10
V.-ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO.....	11
VOTACIÓN.....	11
DELEGACIÓN.....	11
CONSULTAS.....	11
VI.- ANTECEDENTES	11

INFORME TÉCNICO

TRANSPARENCIA DE LAS CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS POR MEDIO DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY N° 7494, CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE 2 DE MAYO DE 1995, Y SUS REFORMAS

EXPEDIENTE N° 19.123

I.- RESUMEN DEL PROYECTO

La presente iniciativa de ley tiene como finalidad la modificación del artículo 40 de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494, de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, con el fin, según se indica en la exposición de motivos, de introducir mecanismos de transparencia en todos los procesos dentro de la contratación administrativa

En ese sentido, se propone que toda la actividad de contratación administrativa, que esté regulada dentro de la Ley N° 7494, sea realizada por medio del Sistema digital (electrónico) unificado de compras públicas.

Igualmente, las instituciones públicas quedan obligadas a incluir un vínculo en sus páginas web, para que la ciudadanía acceda a la página de dicho Sistema; a la vez que deben publicar en esa página web los principales detalles y características de la contratación pretendida.

II.- SOBRE EL USO DE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS Y EL AHORRO

Según un estudio del Ministerio de Ciencia y Tecnología (hoy día Micitt) del año 2012¹, a esa fecha la mayoría de las compras públicas fueron hechas bajo el método tradicional (42%), mientras que 26% fueron realizadas utilizando la plataforma Compra Red, un 24% mediante la plataforma Mer-Link, y el 8% restante bajo otros sistemas de red.

¹ Encuesta sobre Uso de Herramientas Tecnológicas para Compras Públicas en Instituciones del Estado. Dato proporcionado por el Lic. Gustavo Morales, Gerente de proyecto Mer-Link.

En lo fundamental, por medio de Mer-Link compran los principales entes estatales líderes en el monto de sus compras, como es el caso del Instituto Costarricense de Electricidad, que representa más del 50% del total de adquisiciones.

Dicha plataforma, que es de origen coreano, precisamente fue puesta en funcionamiento originalmente dentro de esa institución², pero hoy día es utilizada por una serie de entidades que representan la gran mayoría de compras del Estado costarricense, según se detalla de seguido:

Instituciones Usuarias

- Instituto Costarricense de Electricidad
- Compañía Nacional de Fuerza y Luz, S.A.
- Universidad de Costa Rica
- Instituto Costarricense de Turismo
- JUNTA ADMINISTRATIVA DEL REGISTRO NACIONAL
- Contraloría General de la República
- Municipalidad de Sarapiquí
- Instituto Nacional de Seguros
- Municipalidad de Alajuela
- PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA
- Banco Central de Costa Rica
- Municipalidad de Tarrazú
- Municipalidad de Belén
- Instituto del Café de Costa Rica
- Correos de Costa Rica S.A.
- Municipalidad de Buenos Aires
- CONSEJO TECNICO DE AVIACION CIVIL
- Consejo Rector del Sistema de Banca para el Desarrollo
- Instituto Mixto de Ayuda Social
- MUNICIPALIDAD DE SANTA ANA
- CONSEJO DE SEGURIDAD VIAL
- INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA Y URBANISMO
- Promotora de Comercio Exterior
- Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Belén
- MUNICIPALIDAD DE PALMARES.
- Municipalidad de Grecia
- AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
- Comisión Nacional de Préstamos para Educación
- Defensoría de los Habitantes de la República

El uso de esa plataforma ha producido ahorros en los diferentes países que se ha puesto en funcionamiento. Costa Rica no es la excepción, de manera que la plataforma ha demostrado que los precios de compra disminuyen entre un 20 y 30%³, y en casos extraordinarios se han dado disminuciones de precio por encima del 100%.

Según estimaciones elaboradas por los encargados de Mer-Link, los ahorros en términos absolutos de, aprobarse el proyecto de ley, y lograr unificar todas las compras del Estado en una sola plataforma digital, que sería en este caso Mer-Link, ascendería a poco más de 738 millones de dólares anuales (alrededor de 400 mil millones de colones), según el siguiente cuadro:

² De acuerdo a la información proporcionada por funcionarios de Mer-Link la principal ventaja de esta plataforma es el expediente digital, lo cual permite transparencia y ahorros.

³ Datos proporcionados por Gustavo Morales y Alicia Avendaño en entrevista del 23/06/2014. Secretaría Técnica de Gobierno Digital.

Ahorros estimados de implementarse la plataforma digital única Mer-Link⁴

	Mer- Link	Observaciones
Ahorro en precios de compra	\$592.198.891,55	Hasta un 20% según estudios internacionales
Ahorros operativos	\$146.702.675,31	Un 35% según metodología BINPS (BID-BM)
Total	\$738.901.566,86	

Por tanto, desde el punto de vista de ese ahorro, se justifica la existencia de un sistema unificado electrónico de compras públicas.

III.- SOBRE EL ARTICULADO

La iniciativa en análisis consiste en la reforma del artículo 40 de esa Ley N° 7494, para básicamente, establecer que toda actividad contractual debe regirse por el **Sistema digital (también se le llama “electrónico) unificado de compras públicas**, así como CON la correspondiente transparencia y publicidad, según se aprecia del siguiente cuadro comparativo:

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTO
<p>Artículo 40.- Uso de medios electrónicos. Para realizar los actos previstos en esta Ley, la administración y los particulares podrán utilizar cualquier medio electrónico que garantice la integridad del documento y la identidad del emisor. Estos actos tendrán la misma validez y eficacia jurídica que los realizados por medios físicos. En el Reglamento de esta Ley se definirán los actos susceptibles de transmitirse por medios electrónicos y sus formalidades.</p>	<p>Artículo 40.- Uso de medios electrónicos. Toda la 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. Dicho sistema de gestión será único y centralizado y su administración estará a cargo del Poder Ejecutivo por medio de la instancia encargada del desarrollo de Gobierno Digital. El sistema deberá reproducir toda la información relativa a cada una de las etapas del procedimiento de compras. Asimismo, el Sistema electrónico unificado de compras públicas garantizará la total transparencia y publicidad de cada uno de los procedimientos, documentos e información relacionada con dichos procesos de compras, para lo cual el sistema debe reproducir la información en formatos digitales aptos para que el público pueda descargarlos, copiarlos, manipularlos y reproducirlos. Toda institución estatal que realice cualquier</p>

⁴ Ídem.

	<p>tipo de contratación de las referidas en este artículo, así como las referidas en el artículo 2 y 2 bis de la presente ley, deberán incluir un vínculo en sus páginas web para que la ciudadanía acceda a la página del Sistema electrónico unificado de compras públicas. Además deberá publicar, en su página web y en lenguaje fácilmente comprensible a cualquier lector:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- El anuncio sobre el hecho que se ha tomado la decisión administrativa de iniciar un proceso de contratación, incluyendo los productos o servicios a contratar. 2.- Los aspectos más relevantes del cartel de licitación 3.- Cada una de las ofertas recibidas, las cuales deberán publicarse inmediatamente después de cerrado el plazo para su recepción. 4.- El oferente escogido y las razones y los criterios que justificaron su escogencia. 5.- Los términos más importantes del contrato. <p>En el caso de compras directas, las instituciones deben informar, en su página web, la intención de compra y el costo unitario de los productos comprados.</p>
--	---

En primer lugar, es necesario indicar que el trámite que ha de seguirse para el caso de las contrataciones públicas, tienen sus sustento jurídico en la Constitución Política, cuyo **artículo 182** dispone 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.”*

La ley a que hace referencia dicha norma constitucional, fue promulgada en el año 1995, bajo el título de Ley de la Contratación Administrativa, N° 7494, y según su artículo 1°: *“regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el 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./ Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta ley./ Cuando en esta ley se utilice el término “Administración”, se entenderá que se refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones.”*

Dicha ley contiene un detallado sistema de selección de los contratistas, mediante la licitación pública, la licitación abreviada y la contratación directa. No obstante,

conforme con su artículo 55, esos tipos de contratación no excluyen la posibilidad para la Administración de definir, reglamentariamente, cualquier otro tipo de contratación que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos fijados en esa Ley.

En cuanto al artículo 40 que se reforma, históricamente se le ha utilizado para regular la forma en que se comunicarán los actos de procedimiento. En razón de ello, y conforme los avances tecnológicos de esa época, la norma del año 1995 disponía que: *“la Administración podrá utilizar cualquier medio electrónico que garantice la certeza de la recepción y el contenido del mensaje”,* y que, *“Cuando la eficiencia en el desarrollo de los procedimientos de contratación lo requiera, la administración podrá exigir a los oferentes y los integrantes de registros de proveedores, que indiquen los casilleros electrónicos, los facsímiles o los medios telemáticos idóneos para enviar las comunicaciones oficiales”.*

No obstante, en el año 2006, con la entrada en vigencia un año antes, de la Ley de certificados, firmas y documentos Electrónicos, N° 8454, y con motivo de la reforma parcial que se estaba conociendo en ese momento de la Ley de Contratación Administrativa, tramitada bajo el expediente N° 15.583, las y los legisladores tomaron la decisión de actualizar ese artículo 40, para tal y como se indicó en el dictamen afirmativo, *“adaptarlo a la Ley de Firma Digital”.*

Es por ello que ese artículo 40, sin perder su espíritu original, permite actualmente, que la administración y los particulares puedan utilizar cualquier medio electrónico que garantice la integridad del documento y la identidad del emisor. Estos actos tendrán la misma validez y eficacia jurídica que los realizados por medios físicos.

Empero, de aprobarse la nueva redacción, desaparece toda esa regulación, sin que exista en la exposición de motivos una justificación al respecto. Desaparece, porque ese artículo pasará a constituirse, en la norma autorizante que permitirá que toda actividad de contratación administrativa se realice por medio del Sistema digital (o electrónico) de compras públicas.

En cuanto a ese tipo de sistemas electrónicos, debemos señalar que el Poder Ejecutivo, de conformidad con la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131 de 18 de setiembre 2001⁵, promulgó el **Decreto**

⁵ *“Artículo 125.- Desarrollo del Sistema Integrado de Información. El Ministerio de Hacienda promoverá y apoyará el desarrollo y buen funcionamiento de un Sistema Integrado de Información de la Administración Financiera, como elemento facilitador del cumplimiento de los objetivos de esta Ley./ Asimismo, podrá establecer en qué casos y con cuáles requisitos, se utilizarán medios que faciliten el intercambio de datos y documentos mediante el empleo de tecnologías de la información y las comunicaciones, cuyo propósito sea:*
a) Agilizar los procedimientos, sustituyendo los soportes documentales por soportes propios de las tecnologías disponibles en materia de información y comunicaciones.
b) Reemplazar los sistemas de autorización y control, formalizados mediante diligencias, firmas manuscritas, sellos u otros medios manuales o mecánicos, por autorizaciones y controles automatizados, según los requerimientos de los sistemas de información que se habiliten para el cumplimiento de esta Ley y sus reglamentos, siempre que el órgano correspondiente garantice el ejercicio de la competencia.”

Ejecutivo N° 37943-H-MICITT, del 17 de setiembre del 2013, mediante el cual se creó el **Sistema Unificado Electrónico de Compras Públicas**. Sistema que es uso obligatorio para toda la Administración Central y opcional para el resto de la Administración Pública, según se lee de seguido:

***Artículo 1º-** Créase el Sistema Unificado Electrónico de Compras Públicas como la plataforma tecnológica de uso obligatorio para toda la Administración Central para la tramitación de los procedimientos de contratación administrativa y para los actos y contratos que de ellos se deriven. Las demás instituciones del Sector Público territorial e institucional que lo así lo aprueben, utilizarán este sistema como plataforma única, con el fin de disponer de un registro interoperable de proveedores y mercancías. Se utilizará el "Sistema Electrónico de Compras Públicas Mercado en Línea Mer- Link" como plataforma tecnológica de base para crear el Sistema Unificado Electrónico de Compras Públicas.*

***Artículo 2º-** Se declara de interés público el Sistema Unificado Electrónico de Compras Públicas como plataforma tecnológica única a nivel nacional, por lo cual a los jefes de los Poderes Legislativo y Judicial, así como del Tribunal Supremo de Elecciones, Bancos Estatales, Universidades Estatales, Instituciones Autónomas, Municipalidades, Contraloría General de la República y Defensoría de los Habitantes se les insta para que en un plazo razonable utilicen esta plataforma como único sistema de compras públicas en el Estado costarricense.*

***Artículo 3º-** La Administración Central deberá utilizar e implementar el Sistema Unificado Electrónico de Compras Públicas, conforme a los lineamientos emitidos por el Ministerio de Hacienda. Para tal efecto se suscribirá entre el Ministerio de Hacienda y el Instituto Costarricense de Electricidad, al que pertenece el "Sistema Electrónico de Compras Públicas Mercado en Línea Mer-Link", el convenio respectivo, para regular los niveles de servicio y los términos contractuales.*

Por tratarse de un Decreto, amparado en la Ley N° 8131, ese Sistema no le puede ser impuesto a toda la Administración. Más, la situación cambia al tratarse de una ley, y en particular de la Ley de Contratación Administrativa, que como se dijo, tiene su fundamento en el artículo 182 de la Constitución Política.

Esa es la razón por la cual, la presente iniciativa, no lesiona la autonomía de las instituciones autónomas, ni de las municipalidades, al obligarlas a realizar, al igual que al resto de la Administración, sus contrataciones mediante el Sistema digital (o electrónico) unificado de compras públicas.

Incluso, en el caso de las instituciones autónomas, la autonomía de gobierno les fue expresamente suprimida de la Carta Fundamental, mediante la reforma al artículo 182 constitucional⁶ del año 1968, de forma tal que desde ese momento: "Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. (...)."

⁶ Por Ley N° 4123 de 31/05/68.

Eso le permite a las y los legisladores fijar el contenido (el “qué”) de determinadas conductas, y el momento de ejecutarlas (el “cuando”), sin que se infrinja la autonomía de esas instituciones descentralizadas, pues ellas serán las encargadas del “cómo” ejecutar tales conductas, según lo manifestó la Sala Constitucional en el análisis de un numeral que imponía una determinada obligación al IFAM, tal como se lee de seguido:

A juicio de la Sala, sin embargo, el artículo 6° del proyecto no invade la autonomía del Instituto en materia administrativa ni de gobierno. Si bien el referido numeral impone determinadas competencias para el cumplimiento de los objetivos de la Ley, lo cierto es que se trata atribuciones que el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal deberá concretar con el objeto de lograr el pleno cumplimiento de los objetivos del proyecto. Lo que la Ley está obligando es a la adopción de determinadas conductas, es decir, el contenido (el "qué") de las mismas y el momento en que deberá ser llevado a cabo (el "cuándo"). No se impone la forma de ejecutarlas (el "cómo") por parte del Instituto. En otras palabras, se le impone un deber genérico y no una actuación (sic) concreta, de modo que nos encontramos en el dominio de la autonomía de gobierno y no propiamente en la administrativa. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 constitucional, las instituciones autónomas están sujetas a la Ley en materia de gobierno, por lo que una disposición como la cuestionada sería válida incluso si afectara dicha autonomía. (Voto N° 2006-06589 a una consulta facultativa legislativa del exp. N° 15.174)

Por otra parte, en cuanto a la publicidad que deberá garantizar el Sistema digital (o electrónico), ésta constituye una medida que tiene su asidero en el artículo 6 de la misma Ley de la Contratación Administrativa, que la establece como un “principio”, y que para su consecución permite, incluso, el uso de las páginas electrónicas del órgano o entidad respectiva, según se transcribe a continuación:

ARTÍCULO 6.- Principio de publicidad

Los procedimientos de contratación se darán a la publicidad por los medios correspondientes a su naturaleza.

Todo interesado tendrá libre acceso al expediente de contratación administrativa y a la información complementaria.

En el primer mes de cada período presupuestario, los órganos y entes sujetos a las regulaciones de esta Ley darán a conocer el programa de adquisiciones proyectado, lo cual no implicará ningún compromiso de contratar. Para tales efectos, podrá recurrirse a la publicación en el Diario Oficial o a otros medios idóneos, tales como la página electrónica oficial del órgano o entidad. De utilizarse medios distintos de la publicación en La Gaceta, el respectivo órgano o entidad por lo menos deberá informar, en el citado diario o en dos diarios de circulación nacional, acerca del medio empleado para dar a conocer su programa de adquisiciones.

En razón de lo anterior, y a modo de conclusión, esta asesoría no aprecia que la iniciativa en estudio infrinja alguna norma constitucional, de ahí que su aprobación constituye en asunto de conveniencia y oportunidad propia de las y los legisladores.

No obstante, debe establecerse el nombre correcto del Sistema que se crea, pues como ya se indicó, en algunas partes se le llama “Sistema digital” y en otras “Sistema electrónico”

Igualmente, otro tema adicional que debe ser considerado, es la entrada en vigencia de la ley. El proyecto no dice nada al respecto, por lo cual aplicaría lo dispuesto en el artículo 129 de la Carta Fundamental, que en lo que interesa, dispone que: “Artículo 129.- Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial.”

Es decir, la reforma al artículo 40 entraría a regir, diez días después de publicada la ley, con lo cual, a partir de ese momento, toda la Administración estaría obligada a regirse por lo ahí dispuesto.

Sin embargo, una cosa es que la ley cree el Sistema digital (o electrónico) unificado de compras públicas, y otra cosa es que esté listo para entrar en operación casi inmediatamente.

Téngase presente, por ejemplo que el Sistema que opera bajo la plataforma Merk-Link, por estar funcionando en razón de un Decreto Ejecutivo, no es vinculante para toda la Administración, de ahí que pudiesen existir instituciones donde empezar a operar bajo el nuevo modelo del sistema digital, requiere de ajustes en sus sistemas, páginas web e inclusive de la capacitación de su personal.

Entonces, si bien la ley pudiese ser aprobada en cualquier momento, pareciera que se requiere tomar las previsiones respectivas en cuanto a su entrada en vigencia, para evitar un difícil tránsito entre la ley nueva y la ley vieja. Asunto o plazo que puede ser definido a partir de las consultas que se formule a las distintas instituciones y órganos de la Administración, según se sugiere en el apartado de Aspectos de Procedimiento Legislativo, del presente informe.

IV.- ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Dentro de la reforma al artículo 40 de la Ley de la Contratación Administrativa aparece una incorrecta referencia ese nombre, pues dice: “Ley General de Contratación Administrativa”.

Igualmente, y como ya se dijo, existe un error respecto al nombre del Sistema que se crea, pues por un lado se le llama “Sistema digital” en otro lado se le llama “Sistema electrónico”. Se debe corregir lo anterior.

Asimismo, en vista de que no existe una explicación respecto a la eliminación del texto actual del artículo 40, es que pareciera prudente mantenerlo vigente. En

razón de ello, el nuevo artículo se podría agregar como un artículo 40 bis a la Ley N° 7494.

V.-ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Votación

El proyecto de ley requiere para su aprobación de la mayoría absoluta de votos presente, conforme con el artículo 119 de la Constitución Política.

Delegación

La iniciativa de ley es delegable en una Comisión con Potestad Legislativa Plena, pues no se encuentra dentro de las excepciones contempladas en el artículo 124 Constitucional.

Consultas

Obligatorias:

- Instituciones Autónomas
- Municipalidades
- Poder Judicial

Facultativas:

- Ministerios
- Tribunal Supremo de Elecciones
- Contraloría General de la República
- Defensoría de los Habitantes
- Entes públicos no estatales
- Empresas públicas
- Secretaría Técnica de Gobierno Digital
- Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones de la Empresa Privada

VI.- ANTECEDENTES

Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949 y sus reformas.

Ley de Contratación Administrativa, N° 7449, del 2 de mayo de 1995 y sus reformas.

Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131 de 18 de setiembre de 2001 y sus reformas.

Ley de certificados, firmas y documentos Electrónicos, N° 8454 de 30 de agosto de 2005.

Decreto Ejecutivo N° 37943-H-MICITT, del 17 de setiembre del 2013, Crea el Sistema Unificado Electrónico de Compras Públicas como plataforma tecnológica de uso de la Administración Central para la tramitación de los procedimientos de contratación administrativa.

Gobierno fácil. <http://www.gobiernofacil.go.cr/E-GOB/weblinks/index.aspx>.

Muñoz, (Hugo Alfonso). Elementos de Técnica Legislativa, 1ª Edición. San José: Asamblea Legislativa: Centro para la Democracia, 1996.

Hernández Matamoros (Estrella) y Taylor Hernández (Mónica). El Poder Legislativo Costarricense y las Comisiones Legislativas con énfasis en las Comisiones Especiales de Investigación, Tesis de Grado para optar por el grado de Licenciadas en Derecho, Universidad de San José, 2000.

EXPEDIENTE N° 19.123

/fpr.