



7 de enero del año 2021
AL-ANAI-01-001-2021

Señor
Jonathan Espinoza Segura
DIRECTOR EJECUTIVO
Asociación Nacional de Alcaldías e Intendencias de Costa Rica
Presente

Estimado señor:

En atención a su correo electrónico de fecha 4 de enero del presente año, mediante el cual me solicita criterio jurídico sobre el alcance del artículo 31 de la Ley 8828, Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedad Públicas de Economía Mixta y que se debe entender por el término “bienes y servicios” que indica la norma.

1- ANTECEDENTES:

La versión original de la Ley 8828, Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedad Públicas de Economía Mixta, del 29 de abril del año 2010, publicada en La Gaceta 110 del 8 de junio de 2010, en realidad, era omisa en cuanto a tema de contratación administrativa, por lo que, ante la ausencia de una norma específica, al indicar el artículo 3 de la citada Ley que las mismas quedaban sujetas al Derecho Público, debía de entenderse que las SPEM, en cuanto a contratación administrativa estaban obligadas a aplicar la Ley de Contratación Administrativa

Ahora, dicha Ley sufrió una reforma parcial por medio de la ley número 9720 del 8 de agosto de 2019, publicada en el Alcance Digital número 280 de La Gaceta número 239 del 16 de diciembre de 2019, mediante la cual se introdujeron una serie de artículos que aclararon varios temas, entre ellos, el procedimiento de contratación que utilizarían las SPEM, específicamente el artículo 31 señala:

“Adquisición de bienes y servicios. La adquisición de bienes y servicios que realice la SPEM quedará excluida de la Ley N.º 7494, Contratación Administrativa, de 2 de mayo de 1995 y su reglamento, pero deberá regirse por los principios de eficiencia, eficacia, publicidad, igualdad y libre competencia establecidos en dichas normas.

La SPEM y sus empresas contarán con una junta de adquisiciones corporativa cuyo objetivo es ejecutar los procedimientos de contratación administrativa correspondientes. La Junta se regirá por su reglamento autónomo.

La Contraloría General de la República ejercerá sus competencias bajo la modalidad de control posterior.

A las contrataciones realizadas por las SPEM se les aplicarán las prohibiciones establecidas en el capítulo V de la Ley N.º 7494, Contratación Administrativa, de 2 de mayo de 1995 y el artículo 31 de la Ley N.º 7794,



Código Municipal, de 30 de abril de 1998. Los alcaldes o alcaldesas, los regidores y regidoras, las demás personas funcionarias municipales indicadas en el artículo 18 de esta ley, así como las demás personas físicas o jurídicas cubiertas por el artículo 22 bis de la Ley N.º 7 494, Contratación Administrativa, de 2 de mayo de 1995, tendrán prohibición de participar en las contrataciones con las SPEM constituidas por la municipalidad respectiva. Estas mismas disposiciones se aplicarán a las funcionarias y los funcionarios de los demás entes públicos que integren el capital accionario de las SPEM, de conformidad con el artículo 22 bis anteriormente citado.”

2- SOBRE EL FONDO DE LAS CONSULTAS:

2.1- SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN Y SU REGLAMENTO A LAS SPEM.

El artículo 31 de la Ley 8828, en su párrafo primero es claro en indicar que ***“La adquisición de bienes y servicios que realice la SPEM quedará excluida de la Ley N.º 7494, Contratación Administrativa, de 2 de mayo de 1995 y su reglamento...”*** (la negrita y cursiva no son del original).

Existe una norma clara y concreta que señala la exclusión de las SPEM de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento en la adquisición de sus bienes y servicios, por lo que no se puede hacer diferencia donde la Ley no lo hace, en ese tanto, se puede indicar en forma contundente que las SPEM no están obligadas a utilizar los procedimientos señalados en la Ley 7494 y su Reglamento.

A mayor abundamiento, en la discusión previa que se dio antes de la aprobación, en primer debate, del proyecto de Ley expediente 20.960, “REFORMA INTEGRAL DE LA LEY N.º 8828, LEY REGULADORA DE LA ACTIVIDAD DE LAS SOCIEDADES PÚBLICAS DE ECONOMÍA MIXTA, DE 29 DE ABRIL DE 2010”, el diputado José María Villalta Flórez-Estrada, indicó en relación al artículo 31 de la Ley SPEM:

“Un artículo que generó mucha polémica es el artículo 31, que pretendía excluir a estas empresas públicas municipales de toda la cobertura del régimen de contratación administrativa de la Ley de Contratación Administrativa, incluidos los principios de contratación administrativa.

Algunos diputados y diputadas con razón expresaron su preocupación por esta norma. Recuerdo a la diputada Delgado Orozco que expresó su preocupación, al diputado Abarca Mora, y debo decir que yo también compartí en todo momento esta preocupación.

Aunque sea una empresa pública mixta, que puede tener más agilidad para contratar, al manejar fondos públicos no se puede excluir de cumplir una serie de principios básicos que deben regir la contratación con fondos públicos.

Me parece que el conflicto se resolvió bien al plantear que se registrarán, aunque no tendrá que aplicar propiamente la ley, siempre tienen que



regirse por los principios fundamentales de la Ley de Contratación Administrativa como eficiencia, eficacia, publicidad, igualdad y libre competencia en sus contrataciones.

Además, se agregó una norma que es importantísima, un párrafo cuarto que plantea que sí se le aplicarán a estas sociedades las prohibiciones de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 31 del Código Municipal.

Ahí había un riesgo grandísimo si esto no se hubiera incluido, porque podría darse el caso de que estas empresas públicas que no tendrían que cumplir con la Ley de Contratación intentaran realizar contrataciones, donde se podrían generar conflictos de intereses, por ejemplo, con familiares o empresas vinculadas al alcalde, o a los demás jerarcas de la municipalidad.

Entonces, era muy importante que se aplicaran las prohibiciones de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 31 del Código Municipal.” (la negrita y cursiva no son del original)

Tanto de la letra de la norma como de la intención de los señores Legisladores a la hora de aprobar la reforma de la Ley SPEM, se puede establecer que para la adquisición de bienes y servicios las SPEM no están obligadas a utilizar los procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Por otra parte, el artículo 31 es claro en que, aún y cuando las SPEM no utilicen los procedimientos de contratación administrativa de la Ley de Contratación y su Reglamento, si están obligados a aplicar los principios de eficiencia, eficacia, publicidad, igualdad y libre competencia establecidos en los artículos 4, 5 y 6 de la Ley de Contratación y 2 de su Reglamento.

Ahora, la contratación de bienes y servicios solo con la aplicación de los principios de contratación administrativa obliga a que la SPEM emita el respectivo reglamento de contratación donde se establezca la aplicación de dichos principios, tal y como se establece el párrafo segundo del artículo 31 de la Ley SPEM en relación con el artículo 3 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que a los efectos señala:

“Concursos regidos sólo por principios. Las entidades que reciban fondos públicos al menos una vez al año y estén sujetas sólo a los principios de la ley; deberán emitir la respectiva regulación interna a fin de garantizar la observancia de los principios de contratación administrativa.

En caso de transferencias esporádicas de recursos públicos no será necesario contar con una regulación previa a la ejecución de los recursos, sin perjuicio de observar los controles respectivos.” (la cursiva no es del original).

Sobre este punto, el artículo 31 de la Ley SPEM, además de obligar a utilizar los principios de contratación administrativa a lo que obliga es a sujetarse a las prohibiciones establecidas en el capítulo V de la Ley de Contratación Administrativa, específicamente a lo señalado por los artículos 22 a 26 de dicho cuerpo normativo.



Es claro, desde la perspectiva expuesta que a las SPEM no les aplica la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento en cuanto a los procedimientos de contratación, pero si deben de sujetarse a los principios de contratación y prohibiciones que establece dicha Ley.

2.3- QUE DEBE ENTENDERSE POR BIENES Y SERVICIOS:

El término bienes hace referencia a la adquisición de todos los objetos materiales (tangibles) que están dentro del comercio de los hombres, se venden por un precio definido, o sea son objetos de los cuales se pueden adquirir, transferir y tienen una utilidad en sí mismos, a manera de ejemplo, tenemos un escritorio, un vehículo, un lapicero, papel, combustibles, etc.

Por otra parte, el término servicios hace referencia a la adquisición de cosas intangibles, se realizan a través de personas físicas o jurídicas para dar o prestar apoyo o asistencia utilizando medios materiales o inmateriales, a manera de ejemplo, los servicios de abogacía, los servicios topográficos, servicios médicos, de transporte, vigilancia, mantenimiento de áreas verdes, etc.

3- CONCLUSIONES:

- 1- A las SPEM, para efectos de adquisición de bienes y servicios, no le aplica la Ley de Contratación Administrativa y el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, únicamente se deben de aplicar los principios de contratación y las prohibiciones establecidas en dicha Ley y Reglamento.
- 2- Las SPEM deben contar con un Reglamento de Contratación Administrativa donde se norme la aplicación de los principios de contratación administrativa que se aplicarán a la compra de sus bienes y servicios.
- 3- Debe entenderse, para efectos de contratación, por bienes y servicios los indicados en el punto 2.3 de este criterio.

Quedo a la orden para realizar cualquier aclaración.

Lic. Alex Benjamin Gen Palma
ABOGADO - COD. 6484

Lic. Alex Gen Palma
ASESOR LEGAL EXTERNO