



DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, REFERENCIAS Y SERVICIOS TÉCNICOS

AL-DEST- IJU-242- 2024

INFORME DE: PROYECTO DE LEY

**“PROYECTO DE LEY JAGUAR PARA IMPULSAR EL DESARROLLO DE COSTA
RICA”**

EXPEDIENTE N°24.467

INFORME JURÍDICO

ELABORADO POR:

**TONATIUH SOLANO HERRERA
JEFE DE ÁREA**

**FERNANDO CAMPOS MARTINEZ
GERENTE DEPARTAMENTAL**

12 DE AGOSTO, 2024



CONTENIDO

I. RESUMEN DEL PROYECTO	3
II.VINCULACIÓN CON LOS OBJETIVOS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE....	5
III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULADO	6
IV. CONSIDERACIONES FINALES	29
V. TÉCNICA LEGISLATIVA	30
VI. PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO	31
6.1 Votación	31
6.2 Delegación	31
6.3 Consultas	31
VII. FUENTES	32



AL-DEST- IJU-242- 2024

INFORME JURÍDICO¹

“PROYECTO DE LEY JAGUAR PARA IMPULSAR EL DESARROLLO DE COSTA RICA”

Expediente N°24467

I. RESUMEN DEL PROYECTO

El proyecto de ley plantea las siguientes reformas:

-Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas:

- a) **Reforma el inciso d) del artículo 4:** propone ampliar el ámbito de competencia de la Contraloría General de la República ejerciendo, por ejemplo, fiscalización sobre actividades que implican participaciones tanto paritarias como minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras.
- b) Reforma el primer párrafo del artículo 12: para que, de acuerdo con la exposición de motivos de la iniciativa, se tenga claridad de que “(...) *la Contraloría General de la República no ejerce funciones de Administración activa*”.
- c) **Reforma del artículo 38:** busca precisar un poco más las funciones que le corresponderán a quien ocupe el puesto de Subcontralor o Subcontralora de la República, pero sobre todo la necesidad de que a este se le asignen funciones desde el inicio de su gestión de común acuerdo, eliminando del texto vigente toda referencia a la subordinación de este al Contralor o Contralora de la República.

¹ Elaborado Tonatíuh Solano Herrera, Jefe del Área de Gestión e Investigación Documental y Fernando Campos Martínez, Gerente del Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos.

-Ley General de Contratación Pública:

Reforma del artículo 67: sobre este artículo que refiere al procedimiento especial para la compra y arrendamiento de bienes inmuebles se propone fundamentalmente lo siguiente:

- Entre los requisitos para que la Administración pueda comprar o tomar en arrendamiento bienes inmuebles, sin utilizar procedimientos ordinarios, se define que el Estudio de mercado ha de ser “de las cuotas o eventuales cuotas de arrendamiento”; y en el caso del acto motivado se elimina la posibilidad de que este sea de cualquier otra persona que no sea el jerarca de la institución.
- En materia de arrendamiento de bienes inmuebles se propone aplicar la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, en lo relativo al plazo y las prórrogas contractuales, estableciendo un plazo máximo de hasta 30 años.
- Se incluye un nuevo párrafo que dispone que la calificación contable del contrato de arrendamiento deberá cumplir con las normas y principios de contabilidad según corresponda y que, cuando se trate de un arrendamiento financiero, se aplicará lo dispuesto en el artículo 77 que refiere al contrato de arrendamiento financiero.
- Se dispone que cuando la Administración adquiera o arriende inmuebles por construir, en proceso de construcción o contruidos, podrá incluir servicios de diseño, construcción y obra que se requieran para la mejor consecución del bienestar general.
- Se propone adicionar un párrafo que dispone la posibilidad de que el arrendamiento de bienes por construir, en proceso de construcción o contruidos se haga sobre terrenos públicos, ya sea esta propiedad de la administración arrendataria o de cualquier otra entidad pública, sin que la propiedad de dicho terreno público pueda pasar a ser del arrendante durante el plazo del contrato o cuando éste finalice.
- Se propone adicionar un último párrafo que dispone que las entidades públicas propietarias de los terrenos podrán otorgar derechos de uso a terceros que no deberán exceder el plazo de 30 años.

-Ley Orgánica de JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica):

Reforma el artículo 5 bis: propone cambiar la palabra “Suscribir” por “Acordar” alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial, eliminando que sea dentro o fuera del país y que puedan realizarse con entes o empresas que desarrollen actividades de inversión de capital. Se incluye, además, que dichas

alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial puedan acordarse para desarrollar inversiones en infraestructura.

También se elimina, como competencia de JAPDEVA, el vender en el mercado nacional e internacional, directa o indirectamente, servicios de asesoramiento, consultoría, capacitación y cualquier otro producto o servicio afín a sus competencias y la sustituye por incluir bienes inmuebles propiedad o bajo administración de las partes en las alianzas estratégicas, con excepción del patrimonio natural del Estado, así como el desarrollo de la infraestructura necesaria para alcanzar los objetivos de la alianza.

II.VINCULACIÓN CON LOS OBJETIVOS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

El proyecto de ley tiene una vinculación con los ODS de la Agenda 2030:

- ☒ Nula.
- ☐ Poco precisa o tangencial, no quedando muy clara una relación estrecha entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los propósitos del proyecto.
- ☐ Multidimensional, integral e interconectada con la Agenda 2030 establecida en los ODS.

De tal manera, el proyecto de ley presenta una afectación sobre la Agenda 2030:

- ☐ Positiva
- ☐ Negativa
- ☒ N/A

Explicación general sobre el grado de vinculación y la afectación que presenta el	El proyecto de ley presenta una nula vinculación con la Agenda 2030, ya que sus propósitos no se enmarcan en las metas asociadas al desarrollo
--	--

proyecto sobre la Agenda 2030	sostenible, entendido este, como el equilibrio entre los factores económicos, sociales y ambientales. Incluso, en lo que atañe al tema de infraestructura (materia que aborda el ODS 9), el proyecto de ley no establece ninguna consideración en materia de accesibilidad, sostenibilidad, resiliencia y calidad de dicha infraestructura, que pueda establecer una relación en materia de desarrollo sostenible y, por lo tanto, una vinculación del proyecto con la Agenda 2030. Por su parte, depende del respectivo análisis jurídico determinar la viabilidad de este Expediente en aspectos como, por ejemplo, si la figura de la alianza estratégica es la idónea para realizar proyectos de infraestructura o si más bien corresponde a otras como podría ser el caso de la licitación.
---	---

III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULADO

ARTÍCULO 1.-

Este numeral propone la modificación del artículo 4 inciso d) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas, para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

“Artículo 4- Ámbito de su Competencia. La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública. Esta misma competencia existe sobre:

(...) d) Las participaciones paritarias y minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, de conformidad con la presente Ley.”

El artículo 4 refiere al ámbito de competencias del órgano contralor, señalando en el primer párrafo que la Contraloría General de la República (CGR) ejerce su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública, mientras que en el segundo párrafo dispone los ámbitos donde la CGR tiene una competencia facultativa.

Ahora bien, en cuanto al inciso d) se propone adicionar que la competencia de la CGR existe no sólo sobre las participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, sino también en aquellas participaciones paritarias.

Esta asesoría considera que lo propuesto no tiene ningún problema desde el punto de vista jurídico y se trata de un asunto sujeto a criterios de conveniencia y oportunidad

ARTÍCULO 2.-

El artículo 2 plantea la modificación del primer párrafo del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N°7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas, para que se lea:

“Artículo 12- Órgano rector del ordenamiento

La Contraloría General de la República es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores contemplado en esta Ley. De conformidad con los artículos 11, 183 y 184 de la Constitución Política la Contraloría General de la República, en el ejercicio de cualquiera de sus funciones, decisiones y actuaciones, no podrá sustituir o abarcar asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa en toda su extensión y en el ejercicio de sus modalidades de función decisora, ejecutiva, resolutora, directiva u operativa; tal y como lo precisa el inciso a) del artículo 2 de la Ley General de Control, Ley N°8292 de fecha 04 de setiembre del 2002”.

En primera instancia, el texto propuesto enumera dos prohibiciones para el funcionamiento de la Contraloría General de la República. Siguiendo el principio de legalidad administrativo², según el cual los entes y los órganos públicos sólo pueden

² “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el

hacer aquello que les está expresamente permitido³, se establecen prohibiciones claras para su actuación de la siguiente manera:

Verbo	Acción
1. Sustituir 2. Abarcar	Asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa en toda su extensión
3. Sustituir	Competencias de la administración pública activa en sus modalidades de función a) Decisora b) Ejecutiva c) Resolutoria d) Directiva e) Operativa

La norma pretende delimitar las prohibiciones que establece a los *“asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa”*, pero esta última es una expresión difusa, vaga, que no cumple esa función delimitadora.

Además, el propio artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General en su párrafo final señala: *“Los criterios que emita la Contraloría General de la República, en el ámbito de su competencia, **serán vinculantes** para los sujetos pasivos sometidos a su control o fiscalización.”* (Lo que se destaca no es del original)

Es decir, la función fiscalizadora de la Contraloría, como bien se enuncia en el párrafo que se pretende reformar, tiene raigambre constitucional. Por ello, cualquier modificación a sus funciones y atribuciones tiene que analizarse en el marco de las normas constitucionales que la rigen, para saber si la propuesta legislativa de que se trate es conforme con estas disposiciones, evitando así un roce constitucional.

En ese sentido, respetuosamente se recomienda, antes de resolver este asunto, esperar el dictado del fallo completo del Voto N°2024-21375 de la Sala

cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.” Constitución Política, art. 11.

³ “. . . toda autoridad e institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso —para las autoridades e instituciones públicas solo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no esté autorizado les está vedado—; así como sus dos corolarios importantes, todavía dentro de un orden general; el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto.”. Sala Constitucional, voto 440-98, de 27 de enero de 1998.

Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, referido al artículo 3 del Proyecto de Ley N°24364, iniciativa que trataba materia similar a la aquí analizada.

El “*Por Tanto*” del voto supra citado señala:

“b.-) Por mayoría, el artículo 3 resulta inconstitucional, salvo respecto de los verbos “*sustituir*” y “*abarcar*”, en el tanto la Contraloría General de la República no ejerce funciones de Administración activa. Los magistrados Castillo Víquez, Salazar Alvarado y la magistrada Garro Vargas salvan parcialmente el voto y acotan tal inconstitucionalidad únicamente respecto del ejercicio del control de legalidad y eficiencia de los fondos públicos.”

Tal y como se infiere, los alcances del voto íntegro de la resolución comentada serán un valioso insumo jurídico para la toma de decisiones por parte de los diputados en la Asamblea Legislativa.

ARTÍCULO 3.-

Esta norma modifica el 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas, señalando que:

“Artículo 38- Jerarquía

El Contralor General de la República y el Subcontralor General de la República son, en su orden, los superiores jerárquicos de la Contraloría General de la República.

El Subcontralor sustituirá al primero en sus ausencias temporales con sus mismas atribuciones. Para presumir ese reemplazo bastará su actuación.

El Subcontralor lo asistirá y llevará adelante las atribuciones que le sean designadas, permanente o temporalmente, por el Contralor y deberá ser su colaborador obligado en la planificación, organización, dirección y control de la institución, así como en la formulación de sus políticas. Para tales efectos, el Contralor, mediante resolución razonada, asignará al Subcontralor, transitoria o permanente, desde el inicio de la gestión del Subcontralor, las funciones o competencias que conjuntamente acuerden.

El Subcontralor desempeñará, además, las funciones y tareas que le atribuyan los reglamentos de organización.”

Este artículo es relativo a la aplicación del principio de jerarquía en el órgano contralor. El cambio busca precisar las funciones que le corresponderán a quién ocupe el puesto de Subcontralor o Subcontralora de la República, pero sobre todo la necesidad de que a este se le asignen funciones desde el inicio de su gestión de común acuerdo, eliminando del texto vigente toda referencia a la subordinación (entre el Subcontralor y el Contralor de la República).

Tanto el artículo 183 constitucional como la Ley N°7428 (artículos 39 al 43) disponen iguales requisitos, prerrogativas, inmunidades, condiciones, plazo de nombramiento, impedimentos, rendimiento de garantías, obligación de declarar, responsabilidad por perjuicio a la Hacienda Pública y prohibiciones.

Esta asesoría considera que lo propuesto no tiene ningún problema desde el punto de vista jurídico y se trata de un asunto sujeto a criterios de conveniencia y oportunidad.

Artículo 4.-

El artículo en comentario propone la modificación del artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública, Ley N.º 9986 de 27 de mayo de 2021 y sus reformas, de forma que se lea de la siguiente manera:

“Artículo 67- Compra y arrendamiento de bienes inmuebles.

La Administración podrá comprar y tomar en arrendamiento bienes inmuebles, sin emplear procedimientos ordinarios, para lo cual se requerirá en todos los casos lo siguiente:

- a) Estudio que demuestre que la opción seleccionada es la más rentable y viable. Para ello, se pueden utilizar los instrumentos del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP).*
- b) Avalúo elaborado por el órgano especializado de la Administración respectiva, o en su defecto por la Dirección General de Tributación u otra entidad pública competente que defina el valor del inmueble o el precio del arrendamiento.*
- c) Estudio de mercado de las cuotas o eventuales cuotas de arrendamiento, que lleve a determinar la idoneidad del bien que se pretende adquirir o arrendar.*
- d) Acto motivado adoptado por el máximo jerarca de la institución involucrada.*

Tal acto deberá tener como fundamento todo lo indicado en los incisos anteriores.

De no cumplirse alguno de los anteriores requisitos deberá promoverse el procedimiento de contratación que por monto corresponda.

El arrendamiento de bienes inmuebles se regulará por la Ley N.º 7527, Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, de 10 de julio de 1995. Su plazo y sus prórrogas contractuales se establecerán de acuerdo con la ley N.º 7527, siendo su plazo máximo hasta por 30 años. Para el reajuste de la renta o precio se aplicará lo dispuesto en el artículo 67 de la citada ley.

La calificación contable del contrato de arrendamiento deberá cumplir con las normas y principios de contabilidad según corresponda. Cuando se trate de un arrendamiento financiero, será aplicable lo dispuesto en el artículo 77 de esta Ley.

La Administración podrá adquirir o arrendar inmuebles por construir, en proceso de construcción o contruidos, de acuerdo con el interés público. En estas compras o arrendamientos, la Administración podrá incluir servicios de diseño, construcción y obra que se requieran para la mejor consecución del bienestar general.

Es permitido el arrendamiento de bienes por construir, en proceso de construcción o contruidos sobre terrenos públicos, sean éstos propiedad de la administración arrendataria o de cualquier otra entidad pública. En ningún caso, la propiedad de un terreno público, bajo este supuesto, pasará a ser del arrendante durante el plazo del contrato o cuando éste finalice.

Las entidades públicas propietarias de los terrenos podrán otorgar derechos de uso a terceros, a fin de satisfacer el interés público. Estos derechos de uso no deben exceder el plazo de 30 años”.

Los principales cambios propuestos en relación con la norma vigente son:

- a) Entre los requisitos para que la Administración pueda comprar o tomar en arrendamiento bienes inmuebles, sin utilizar procedimientos ordinarios, se define que el estudio de mercado ha de ser “*de las cuotas o eventuales cuotas de arrendamiento*” y en el caso del acto motivado se elimina la posibilidad de que este sea de cualquier otra persona que no sea el jerarca de la institución.

- b) En materia de arrendamiento de bienes inmuebles se propone aplicar la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, en lo relativo al plazo y las prórrogas contractuales, estableciendo un plazo máximo de hasta 30 años.
- c) Se incluye un nuevo párrafo que dispone que la calificación contable del contrato de arrendamiento deberá cumplir con las normas y principios de contabilidad según corresponda y que, cuando se trate de un arrendamiento financiero, se aplicará lo dispuesto en el artículo 77.
- d) Se dispone que cuando la Administración adquiera o arriende inmuebles por construir, en proceso de construcción o construidos, podrá incluir servicios de diseño, construcción y obra que se requieran para la mejor consecución del bienestar general.
- e) Se propone adicionar un párrafo que dispone la posibilidad de que el arrendamiento de bienes por construir, en proceso de construcción o construidos se haga sobre terrenos públicos, ya sean esta propiedad de la administración arrendataria o de cualquier otra entidad pública, sin que la propiedad de dicho terreno público pueda pasar a ser del arrendante durante el plazo del contrato o cuando éste finalice.
- f) Se propone adicionar un último párrafo que dispone que las entidades públicas propietarias de los terrenos podrán otorgar derechos de uso a terceros que no deberán exceder el plazo de 30 años.

De seguido se realizan las siguientes observaciones:

- a) **Modificación del requisito de estudio de mercado.** Se propone modificar el inciso c) con el fin de que se pase de requerir un estudio de mercado a uno sólo referido a *“las cuotas o eventuales cuotas de arrendamiento”*. Este cambio supone una limitación en los insumos para la determinación de la idoneidad o no del bien que se pretende adquirir o arrendar.
- b) **Aplicación de la Ley N°7527 en caso de arrendamiento de bienes inmuebles:** En materia de arrendamiento de bienes inmuebles se propone aplicar la Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos de manera general y específicamente en cuanto al plazo y prórrogas contractuales, estableciéndose además un plazo máximo de hasta por 30 años.

Lo anterior dejaría sin efecto el plazo máximo actual de 4 años, o hasta un máximo de 10 años en casos excepcionales y prorrogable hasta por 6 meses como máximo, según lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley N°9986.⁴

⁴ “ARTÍCULO 104- Plazo

El plazo ordinario del contrato no podrá superar el término de cuatro años, considerando el plazo original y sus prórrogas.

- c) **Calificación contable del contrato de arrendamiento:** Se dispone que la calificación contable del contrato de arrendamiento deberá cumplir con las normas y principios de contabilidad según corresponda y que, cuando se trate de un arrendamiento financiero, se aplicará lo dispuesto en el artículo 77.

Al respecto, se indica que en el caso específico de arrendamientos lo aplicable serían las normas internacionales adoptadas por el sector público, tal y como se indica en la Directriz N°CN-003-2010 del 8 de julio de 2010 de la Contabilidad Nacional: “*Registros Contables de Arrendamientos*”, que dispone:

“Artículo 1°- Ámbito de aplicación. *La presente directriz es de acatamiento obligatorio para todas las instituciones que se encuentran bajo la rectoría del Subsistema de Contabilidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.*

La finalidad de la misma es dar una orientación sobre el tratamiento contable a utilizar en los arrendamientos tanto financieros como operativos de activos, exceptuando los Activos para la explotación o uso de recursos minerales, renovables o similares; licencias de películas, grabaciones en video, manuscritos, patentes y derechos de autor; propiedades contabilizadas como propiedades de inversión, y Activos Biológicos.

Artículo 2°- Definiciones.

Arrendamiento: *Según el enfoque de beneficios y riesgos los arrendamientos se clasifican como:*

A. Arrendamiento financiero¹: *Cuando transfiera sustancialmente todos los riesgos y ventajas inherentes a la propiedad.*

(1) Norma Internacional de Contabilidad del Sector Público 13 Arrendamientos

En casos excepcionales, en atención a las particularidades del objeto contractual, o la modalidad de contratación en las que se requiera un mayor plazo para recuperar la inversión, podrá recurrirse a vigencias contractuales superiores a dicho plazo máximo. Para acordar un plazo mayor a cuatro años, desde la decisión inicial deberá estipularse la posibilidad de vigencias contractuales superiores, con indicación del plazo máximo para la contratación particular, previa resolución motivada suscrita por el jerarca en donde se consignent las razones de la necesidad de una vigencia mayor sustentada en los estudios técnicos, financieros y jurídicos pertinentes suscritos por funcionarios competentes que así lo justifiquen. En cualquier caso, el plazo de la contratación no podrá superar los diez años. Queda a salvo lo establecido en el artículo 79 de la presente ley.

En el sistema digital unificado deberá constar un registro de los plazos de las contrataciones por Administración, en el que se generen alarmas del vencimiento de los contratos. En el sistema se visualizará, a la vez, el listado de prórrogas aplicadas por cada Administración. Dicha información deberá ser pública y cualquier interesado podrá acceder a ella.”

B. Arrendamiento operativo¹: *si no transfiere sustancialmente todos los riesgos y ventajas inherentes a la propiedad.*

(1) Norma Internacional de Contabilidad del Sector Público 13 Arrendamientos

Arrendador: *Persona física o jurídica que cede el uso de un Activo de su propiedad a otra, mediante un contrato y a cambio de un monto total o cuotas periódicas por la duración del contrato.*

Arrendatario: *Persona física o jurídica quien adquiere el derecho de uso de un Activo de otra, pactadas las condiciones en el contrato y por lo cual se compromete a pagar un monto total o varios pagos durante el contrato.*

Plazo del arrendamiento²: *La duración del arrendamiento no podrá ser inferior a tres años. Se entenderán convenidos por el plazo de tres años, los arrendamientos para los que se haya estipulado una duración inferior o no se haya fijado el plazo de duración.”*

Por otra parte, llama la atención la mezcla que se hace en este párrafo entre aspectos de procedimiento (procedimiento especial para la compra y arrendamiento de bienes inmuebles) y aspectos relativos al tipo de contrato (contrato de arrendamiento financiero).

A propósito de la diferencia entre tipos de procedimientos de contratación y los tipos de contrato, la Dirección de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda señala:

“En la contratación pública se reconocen varias figuras que se interrelacionan entre sí, a saber, los procedimientos de contratación, los tipos de contrato y las modalidades o figuras contractuales, todos necesarios para alcanzar la debida satisfacción del interés público perseguido en cada caso concreto, cuando se realiza una compra con fondos públicos, pero que no refieren a lo mismo y que no deben ser confundidos. (...) El procedimiento de contratación corresponde al trámite que obligatoriamente debe seguir cada Administración contratante, y que suma todos los pasos que deben llevarse a cabo para seleccionar a los contratistas, cumpliendo las formalidades y requisitos previstos por la Ley General de Contratación Pública, N°9986 y su Reglamento, según el tipo de procedimiento que corresponda.(...) Cada procedimiento de contratación, sea ordinario, extraordinario, especial o de excepción, pretende contratar un objeto determinado, asociado a la necesidad material que se busca atender y al fin público que justifica la compra; el cual determina el tipo de negocio que concertarán las partes y el tipo de contrato administrativo que firmarán una vez esté concluido el procedimiento de contratación. Los tipos de

contrato más comunes son el contrato de obra pública, el contrato de suministros y el contrato de servicios, sin perjuicio de los restantes contratos tipificados y regulados en la Ley General de Contratación Pública, N°9986. (...) Lo anterior significa que para concertar un contrato administrativo, la Administración previamente habrá tenido que tramitar el tipo de procedimiento de contratación correspondiente según el caso concreto.”⁵ (Lo destacado es nuestro)

Sobre las implicaciones de esta reforma y la mezcla que se hace entre procedimiento y tipo de contrato, la Dirección de Contratación Pública, órgano ejecutor de la Autoridad de Contratación Pública con capacidad técnica consultiva en materia de contratación pública y con criterio vinculante para la Administración Central, advierte lo siguiente:

“(...) con esta habilitación, se estaría abriendo la posibilidad para que mediante el uso de un procedimiento especial que tiene por objeto el alquilar o adquirir un bien inmueble, pueda llegarse a evadir el procedimiento ordinario que por cuantía correspondería para realizar una contratación de financiación (arrendamiento financiero). De manera tal que podría generarse perjuicios propios de una inobservancia al principio de libre concurrencia, al no poderse valorar otras opciones distintas de la seleccionada, y por ende, no se podría tener garantía de que la plica (sic) aceptada representa efectivamente la mejor opción costo beneficio, con lo que también se podría generar afectación al principio de valor por el dinero (...) se estaría habilitando entremezclar un procedimiento especial de la LGCP con un tipo de contrato que reviste particularidades distintas del simple arrendamiento (...) con la reforma que se pretende introducir al artículo 67, habilitando que mediante ese procedimiento especial puedan contratarse arrendamientos financieros, se están abandonando la esencia que justificaba la razón de ser del procedimiento especial, que como su nombre lo indica es para satisfacer necesidades de “Bienes inmuebles” que le resultan idóneos y no para posibilitar un contrato de financiamiento que se encuentra regulado en un apartado distinto y ajeno a los

⁵ Dirección de Contratación Pública, Ministerio de Hacienda, Oficio no. MH-DCoP-OF-0052-2024 del 5 de enero de 2024. Pp. 5 y 9.

procedimientos especiales⁶ (Lo que se destaca no es del original)

Por otra parte, esta Asesoría llama la atención en cuanto a la remisión que se hace al artículo 77 de la Ley N°9986 sobre Contrato de Arrendamiento Financiero, que se ubica en el Capítulo IV (Contrato de Arrendamiento Operativo y Financiero) del Título III (Sobre Tipos y Modalidades de Contrato) de la Ley General de la Contratación Pública.

La figura del arrendamiento financiero constituye un servicio financiero de **carácter crediticio**, tal y como lo ha señalado la Procuraduría General de la República:

“El arrendamiento financiero (leasing) constituye una modalidad de financiamiento que permite a las personas y negocios acceder a financiamiento bajo una forma diferente al esquema tradicional del sistema crediticio. Como efecto del contrato suscrito, el arrendatario adquiere el derecho de uso y goce de un bien mueble o inmueble, a cambio del pago de un canon en cuotas periódicas, otorgando en favor del arrendatario la opción de compra de dicho bien por un valor residual del monto total pactado. Es un mecanismo de financiación alternativo a la figura del préstamo, ya que el arrendatario dispone del activo inmovilizado sin necesidad de comprarlo. En tal sentido, el arrendamiento financiero se constituye en una opción cuando no se cuenta con el capital de inversión necesario para adquirir un activo fijo que requiere una fuerte inversión de dinero. Ventaja que ha sido utilizada por los organismos públicos para dotarse de infraestructura inmobiliaria.”⁷ (Lo que se destaca no es del original)

Desde el punto de vista del derecho financiero y comercial, el arrendamiento financiero constituye un servicio financiero de carácter crediticio y como servicio crediticio, se encuentra dentro de las actividades propias de las entidades financieras, incluidos los intermediarios financieros.⁸

Además, la Procuraduría General de la República ha indicado que si el financiamiento generado por arrendamiento financiero es una obligación de

⁶ Ibidem.

⁷ Procuraduría General de la República, PGR-C-32-2022 del 14 de febrero de 2022.

⁸ Ibidem.

mediano o largo plazo, puede ser considerado como endeudamiento público en los términos del artículo 81 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N°8131 del 18 de setiembre de 2001 y sus reformas, que destaca el elemento temporal como constitutivo de la deuda pública:

*“Debe destacarse de dicho artículo el elemento temporal como constitutivo de la deuda pública: **toda obligación financiera constituida a mediano y/o largo plazo; es decir, aquellas cuyo vencimiento supere el ejercicio económico en el cual son contraídas es endeudamiento público, ya se trate de la emisión de valores, del otorgamiento de garantías o bien, la adquisición de bienes y servicios que se paguen total o parcialmente en el transcurso de un ejercicio económico posterior. Se diferencia así de las obligaciones adquiridas durante un ejercicio económico con vencimiento en el mismo período, que se denominan deudas del tesoro, artículo 82 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.**”⁹ (lo destacado es nuestro)*

De acuerdo con lo anterior, tratándose el arrendamiento financiero de materia crediticia y siendo que dicha materia se encuentra excluida de la consulta vía referéndum de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 constitucional¹⁰ y el artículo 2 de la Ley sobre Regulación del Referéndum, N°8492 de 9 de marzo de 2006 y sus reformas¹¹, el Departamento de Servicios Técnicos advierte sobre las dudas de constitucionalidad que arroja esta reforma.

- d) **Arrendamiento de bienes por construir, en proceso de construcción o contruidos sobre terrenos públicos. Otorgamiento de derechos de uso a terceros:** Se propone adicionar un párrafo que dispone la posibilidad de arrendamiento de bienes por construir, en proceso de construcción o contruidos, sobre terrenos públicos, cuya propiedad no pasará a ser del arrendante durante el plazo del contrato o cuando este finalice. Además, se

⁹ Procuraduría General de la República, PGR-C-32-2022 del 14 de febrero de 2022.

¹⁰ “Artículo 105.- (...)”

El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, **crediticia**, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.

(...)”

¹¹ “Artículo 2º-Materias no sujetas a referéndum. De conformidad con el artículo 105 de la Constitución Política, no podrán someterse a referéndum proyectos de ley sobre materias presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, **crediticia**, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos, ni actos de naturaleza administrativa.

(...)”

autoriza a las entidades públicas propietarias de los terrenos a otorgar derechos de uso a terceros, que no podrán exceder del plazo de 30 años.

Las condiciones que se pretenden incorporar en estos dos últimos párrafos responden a un supuesto distinto al regulado en el artículo 67; su contenido no corresponde al arrendamiento de bienes inmuebles puro y simple ni a un procedimiento especial.

Se reitera que un procedimiento especial se constituye en un mecanismo de selección de proveedores que exceptúa el uso de los procedimientos ordinarios, mientras que el mecanismo propuesto se asemeja más bien al contrato de obra pública (Véase con especial interés la posibilidad de arrendamiento de bienes por construir o en proceso de construcción), contrato que está sujeto a procedimientos ordinarios de licitación que buscan garantizar los principios generales de la contratación pública, fundamentalmente: valor por el dinero, transparencia, eficacia y eficiencia, igualdad y libre concurrencia.¹²

Al respecto, la Dirección de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda indica lo siguiente:

“(...) desde la perspectiva de la contratación pública, debe hacerse ver que lo propuesto en la reforma para este párrafo final, expone similitudes con otras figuras contractuales ya previstas en el ordenamiento jurídico vigente, como lo podrían ser el contrato de obra pública (LGCP) y la concesión de obra pública (Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos no. 7762), para las que se prevé la realización de un procedimiento licitatorio (concurado), dada la envergadura que suelen revestir este tipo de contratos; razón por la cual no considera esta DCoP técnicamente correcta la adición pretendida, ni la considera prudente, siendo responsabilidad de esta Dirección hacer ver que la pretendida reforma podría incluso presentar roces con principios que rigen la contratación como la libre concurrencia y eficacia.

En otras palabras, mediante la reforma pretendida, se estaría alejando la regulación de un procedimiento especial reservado para arrendar o adquirir un bien inmueble, reformulando la norma de manera que, se constituya una

¹²“Cfr., Artículo 8 de la Ley N°9986: Ley General de Contratación Pública.

habilitación para generar un contrato de prestaciones mixtas (...)¹³ *(Lo destacado no es del original)*

Por lo tanto, todo parece indicar que el supuesto responde a la construcción de obra pública que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182 constitucional¹⁴, se ha de regir por el procedimiento ordinario de licitación contenido en Capítulo II (Procedimientos ordinarios) del Título II (Procedimientos de Contratación Pública), y mediante la modalidad de contrato de Obra Pública regulado en los artículos 71, 72 y 73 de la Ley no. 9986.

Así las cosas, esta asesoría llama la atención en cuanto a un eventual vicio de constitucionalidad al pretender construir obra pública sin aplicar el procedimiento de licitación dispuesto en el artículo 182 constitucional.

Se recuerda que si bien el artículo 182 constitucional dispone que los contratos para la ejecución de obras públicas se harán mediante licitación, la Sala Constitucional ha avalado la posibilidad de establecer excepciones a los trámites ordinarios siempre y cuando se respete el marco constitucional (principios y control) y resulte razonable y proporcional a los fines de la contratación; situaciones que han de estar expresamente regladas y han de responder a circunstancias muy calificadas, a lo que no pareciera responder el supuesto que aquí se analiza, el cual, además, no se incluye dentro de las actividades excepcionadas de los procedimientos ordinarios (artículo 3 de la Ley N°8896).

También es importante dejar clara la naturaleza jurídica de los bienes inmuebles sobre los que se pretende desarrollar las obras bajo la modalidad de arrendamiento de bienes, indicando que esto sería posible sólo sobre bienes patrimoniales y no sobre bienes demaniales que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 14) del artículo 121 constitucional, requerirían de autorización legislativa para su desafectación.

¹³Criterio sobre el expediente no. 24.099 aplicable, en lo que corresponda, al análisis del expediente en estudio. Yesenia Ledezma Rodríguez, directora de la Dirección de Contratación Pública, Ministerio de Hacienda, Oficio no. MH-DCoP-OF-0052-2024 del 5 de enero de 2024. P. 8.

¹⁴ “ARTÍCULO 182.- 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.”

Artículo 5.-

Esta norma propone la reforma al artículo 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica), Ley N.º 3091 de 18 de febrero de 1963 y sus reformas, para que se lea de la siguiente manera:

“Artículo 5 bis- JAPDEVA tendrá dentro de sus competencias:

- a) Acordar alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial, con entidades públicas o privadas para desarrollar inversiones de infraestructura, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y cualquier otra actividad relacionada con las competencias de JAPDEVA.
- b) Incluir bienes inmuebles propiedad o bajo administración de las partes en las alianzas estratégicas, con excepción del patrimonio natural del Estado, así como el desarrollo de la infraestructura necesaria para alcanzar los objetivos de la alianza.

Los términos y las condiciones generales de las alianzas estratégicas se definirán reglamentariamente por parte del Consejo de Administración de JAPDEVA. El plazo máximo de cualquier alianza estratégica será de 50 años. La reglamentación que emita el Consejo de Administración de JAPDEVA deberá regular los procedimientos y requisitos para seleccionar los aliados estratégicos.”

i) Reformas en el inciso a)

- a) En primer término, propósito de las alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial, se busca cambiar la palabra “*suscribir*” por “*acordar*” como competencia de JAPDEVA. En este sentido, se debe tener en consideración que “*suscribir*” significa según el Diccionario de la Lengua Española: “***Firmar al pie o al final de un escrito***”, mientras que “*acordar*” se define como: “***Dicho de un conjunto de personas: Determinar o resolver algo de común acuerdo, o por mayoría de votos***”.

Nótese entonces que “*acordar*” se refiere al acto de ponerse de acuerdo respecto de algo; en el caso de las alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial, se referiría a establecer las condiciones que prevalecerán entre las partes, sin que esto implique directamente el ejercicio de la potestad de decisión sobre el asunto; mientras que “*suscribir*” implica necesariamente la firma del

acuerdo o contrato por parte del ente competente, dejando sin lugar a dudas la competencia de este para la toma de decisiones.

Así las cosas, se recomienda que se conserve la utilización del vocablo “*suscribir*”, tal como aparece en el articulado actual.

- b) La segunda modificación es la eliminación de la autorización a JAPDEVA para que realice alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial **dentro o fuera del país**.

Esta eliminación, de conformidad con el principio de legalidad, limitaría las actuaciones de la institución al territorio nacional. Sin embargo, subsiste la autorización para que JAPDEVA pueda establecer agencias, sucursales o representaciones en cualquier lugar de la República o fuera de ella, de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica de JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica), Ley N°3091 del 18 de febrero de 1963¹⁵, que no es objeto de reforma.

- c) En tercer lugar, se modifica el hecho de que las alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial puedan ser suscritas con entes o empresas que desarrollen actividades de inversión de capital, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y otras relacionadas con las actividades de JAPDEVA, para que en adelante sean acordadas, de manera muy general, con entidades públicas o privadas.
- d) La siguiente reforma se refiere a incorporar, dentro de las alianzas estratégicas donde participe JAPDEVA, la posibilidad el desarrollar inversiones de infraestructura.

Esta incorporación tendría como consecuencia que los contratos de infraestructura que firme JAPDEVA, bajo la modalidad de alianza estratégica, se vean exceptuados del trámite por los procedimientos ordinarios de contratación pública, entendiéndose como tales la licitación mayor, licitación menor y licitación reducida, los cuales se encuentran establecidos en el Capítulo II, a partir del artículo 55 de la Ley General de Contratación Pública, ley N°9986 del 27 de mayo de 2021; excepción que se encuentra dispuesta en el inciso h) del artículo 3 de la ley de marras y en el artículo 3 del reglamento de la ley.

¹⁵ “Artículo 4º.- El domicilio de JAPDEVA será la ciudad de Limón, donde tendrá su sede, pero podrá establecer agencias, sucursales o representaciones en cualquier otro lugar de la República o fuera de ella, por simple acuerdo del Concejo de Administración. Su duración como organismo de derecho público será indefinida.”

Resulta necesario entonces tener claro qué debe entenderse por alianza estratégica, y una vez definido el concepto, verificar no solamente si los contratos de inversión para infraestructura reúnen los requisitos para poder ser considerados como alianzas estratégicas, sino, además, el que no existan condiciones que impidan la utilización de la figura de las alianzas estratégicas en los casos en que se utilice este tipo de contratos.

En este sentido, el Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo N°43808 del 22 de noviembre de 2022, define el concepto de alianza estratégica en los siguientes términos:

“Artículo 13. Alianzas estratégicas. Se exceptúan de los procedimientos ordinarios las alianzas estratégicas autorizadas por ley.

La alianza estratégica consiste en un tipo de asociación autorizada por ley para ciertas entidades, que de acuerdo con sus facultades legales operan dentro de mercados en competencia en la que la Administración se une a una o a varias empresas públicas o privadas con las que comparte mercados afines a sus competencias legales, sin que se genere una nueva persona jurídica. La alianza se constituye para la realización de un proyecto común, con el propósito de lograr ventajas competitivas o posicionamiento comercial que no se alcanzarían individualmente a corto plazo, debiendo imperar entre los participantes una relación de confianza y una distribución de riesgos y resultados previamente establecidas, todo lo cual deberá constar en acto motivado sustentado en estudios técnicos. En todo caso, el beneficio esperado debe ser mayor que el riesgo asumido.

En la alianza se realizan aportes según el giro de negocio de todas las partes, en proporción a las obligaciones asumidas y los beneficios esperados, a la vez que se realizan actividades conjuntas durante la ejecución del contrato.

Es deber de la Administración verificar que la alianza resulte ser la mejor forma de atender las necesidades y que sus actuaciones se enmarquen dentro de las competencias que le han sido asignadas. Para realizar un contrato de alianza estratégica se debe contar con la autorización del máximo jerarca institucional o en quien éste delegue.

Para la selección del aliado estratégico, la Administración deberá:

- a) Realizar un estudio de posibles aliados idóneos que puedan desarrollar el proyecto que se pretende ejecutar.*
- b) Tomar en cuenta el conocimiento y experiencia técnica del aliado en el objeto del proyecto, su capacidad financiera y que no le alcance el régimen de prohibiciones, entre otros aspectos que acrediten su conveniencia.*

Corresponde a la Administración designar un fiscalizador de la ejecución del proyecto, quien deberá rendir al jerarca informes periódicos sobre el avance y la calidad de la ejecución de la alianza estratégica.

Una vez concluida la alianza, la Administración deberá evaluar los resultados obtenidos, considerando entre otros aspectos, el cumplimiento de plazos, la calidad obtenida, el nivel de ejecución alcanzado y los beneficios obtenidos.

Las alianzas estratégicas no podrán utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en la Ley General de Contratación Pública, todo lo cual la tornará irregular, en caso de que así se proceda.”

En este mismo orden, el Reglamento de Alianzas Estratégicas promovidas por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA), acuerdo N°115-2023 incorporado en el artículo III-c de la sesión ordinaria N°007-2023, celebrada por el Consejo Directivo de JAPDEVA el 13 de abril de 2023, publicado en La Gaceta N°79 del 8 de mayo de 2023, define las alianzas estratégicas como:

“Artículo 2. Concepto de alianza estratégica. La alianza estratégica es una forma de asociación empresarial mediante la cual JAPDEVA se une a una o más personas jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, para desarrollar proyectos comunes dentro o fuera del país, con el propósito de obtener mayores ventajas competitivas que no se alcanzarían individualmente.

Los elementos característicos generales de las alianzas estratégicas previstas en este Reglamento son los siguientes:

a) Las empresas se unen para tratar de alcanzar una serie de objetivos acordados. La unión empresarial es de naturaleza contractual y no da lugar a la creación de sociedades instrumentales, por lo que en el acuerdo que se suscriba se establecerán los aportes y regulaciones aplicables.

b) Las empresas participantes comparten los beneficios de la alianza y controlan los resultados obtenidos, de conformidad con los términos del acuerdo que se suscriba.

c) Las empresas participantes contribuyen continuamente en una o más áreas estratégicas clave, tales como tecnología, aporte de materia prima, infraestructura o financiamiento, entre otras.

d) Las partes comparten riesgos de acuerdo con su participación en la alianza, con el fin de alcanzar objetivos comunes en la consecución de sus negocios. Para estos efectos, las partes utilizarán sus competencias, ventajas de mercado, así como los medios y recursos necesarios para poder cumplir los objetivos pactados. No obstante lo anterior, en el acuerdo respectivo podrán hacerse asignaciones específicas de riesgos, de conformidad con el modelo y caso de negocio que se defina para el cumplimiento de los objetivos de la alianza.

e) Por su naturaleza y características jurídicas, la alianza estratégica es una modalidad contractual de duración.

f) De conformidad con el artículo 5 bis de la Ley No. 3091, Ley Orgánica de la Junta Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, las alianzas estratégicas no podrán estar orientadas a la generación de prácticas monopolísticas absolutas o relativas de conformidad con la legislación vigente en esa materia.”

En resumen, las alianzas estratégicas son un tipo de asociación empresarial de entes que comparten mercados y competencias afines, con el propósito de lograr ventajas competitivas o posicionamiento comercial que no se alcanzarían individualmente a corto plazo, debiendo imperar entre los participantes una distribución de riesgos y resultados previamente establecidas, todo lo cual deberá constar en acto motivado sustentado en estudios técnicos.

Se realizan aportes según el giro de negocio de todas las partes, en proporción a las obligaciones asumidas y los beneficios esperados. Las empresas participantes comparten los beneficios de la alianza y controlan los resultados obtenidos, contribuyen continuamente en una o más áreas estratégicas. Las partes comparten riesgos de acuerdo con su participación en la alianza.

Las alianzas no son de carácter permanente y pueden cesar por decisión de una de las partes, en particular si las expectativas de beneficio de una de las partes no se ven satisfechas. De allí que se recurra a estas cuando el riesgo de fracasar es relativamente bajo o en su caso, tolerable.

Las alianzas bajo análisis no pueden ser utilizadas como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en la Ley General de Contratación Pública, ya que, de hacerlo, devendrían las mismas en irregulares y, por lo tanto, ilícitas al no ajustarse al ordenamiento jurídico vigente. De lo anterior se colige que JAPDEVA, al establecer alianzas estratégicas deberá asegurarse que el objeto contractual forma parte de su ámbito competencial; que en el caso de que se vaya a acudir a un tercero privado, debe asegurarse que su participación sea sustancial; que el contrato responde realmente a una alianza estratégica y no a una mera adquisición de bienes y servicios; que el negocio planteado se ajuste a esa figura jurídica y no que el fin que motiva a la formalización de la alianza estratégica sea únicamente evadir la aplicación de los controles en materia de contratación administrativa.

En este último aspecto, la Contraloría General de la República, como encargado de la fiscalización de la Hacienda Pública, ha sido contundente en su criterio y en reiteradas ocasiones se ha referido al tema:

*“La suscripción de una alianza estratégica implica comprometer la hacienda pública mediante un proyecto, **pero no se constituye en un contrato excepcionado para la adquisición de bienes, servicios o servicios de construcción (obra pública) porque la ley lo prohíbe***

expresamente. De esta forma, la excepción de alianzas estratégicas no incorpora la posibilidad de generar procedimientos alternativos en la provisión de objetos para los cuales el legislador ha establecido de forma principal procedimientos ordinarios concretos.

(...)

Conforme las referidas disposiciones, la alianza estratégica es una posibilidad que no sustituye las figuras establecidas para atender determinados objetos. Las características de la alianza estratégica, vinculada con la naturaleza empresarial del ente público, la sitúa como excepción dentro de la legislación dictada para regular el régimen ordinario, precisamente porque las razones de escogencia del socio muestran un componente relevante de discrecionalidad administrativa o de estrategia en los negocios, lo cual prima facie no es acorde con el carácter reglado de la selección en los procedimientos ordinarios.

Correlativamente, el legislador ha determinado que la concesión, y cualquier otra figura vinculada con objetos no ordinarios –e incorporadas por la vía de los tipos abiertos– deben tramitarse mediante procedimientos ordinarios, siendo esto ajeno a la alianza estratégica.

El "Reglamento de Alianzas Estratégicas promovidas por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA)" desarrolla una específica excepción al régimen ordinario, de tal manera que dicha expresión **procedimental no puede entenderse como una alternativa para obviar y/o evadir el régimen ordinario dispuesto por la Ley General de Contratación Pública.**

(...)

Por otra parte, la creación de procedimientos de escogencia, al amparo del régimen excepcionado, **si bien puede ser acorde con la aplicación atenuada de los principios de contratación pública, nunca sustituyen los procedimientos ordinarios.** En otros términos, la alianza estratégica –como excepción al régimen ordinario– se constituye en una modalidad contractual, y no en un vehículo normativo para crear nuevos procedimientos en la búsqueda de objetos distintos a la escogencia del socio.

(...)

El régimen excepcionado se funda en razones diversas, y prescinde en cada caso de aspectos relevantes en el régimen ordinario, como puede apreciarse de la regulación de la alianza estratégica. De esta forma, el constituyente y el legislador han establecido procedimientos ordinarios para el desarrollo de obra pública, cuya complejidad se refleja –entre otra normativa– en la Ley General de Contratación Pública y en la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos. **La excepción de alianzas estratégicas fue establecida para permitir el asocio con terceros en el logro de ventajas comparativas sin que pueda entenderse como un posible medio para evadir el ordenamiento relativo a obra pública;** lo primero según ampliación y desarrollo mediante el reglamento de una

específica causal de excepción —en términos ajenos al régimen ordinario—; aspectos cuya valoración queda bajo la exclusiva responsabilidad de esa Administración.

Se ha expuesto que estamos ante esquemas de gestión de contratos basados en procedimientos ordinarios que brindan seguridad jurídica, de frente a una alternativa que dependerá de determinados desarrollos contractuales desconocidos, y mucho más amplios que la simple escogencia del socio.”¹⁶ (Lo que se destaca no es del original)

En este mismo sentido ha manifestado:

“La LGCP y el RLCP establecen como límite a las posibilidades de la alianza, la imposibilidad contratar terceros sin atender los procedimientos de contratación pública; es decir, la alianza no puede constituirse en un medio para suplir a la Administración de bienes, servicios, o servicios de construcción; en tanto que la alianza no se constituye en un sujeto jurídico con personalidad para contratar dichos objetos.

Conforme lo antes expuesto, la presente Área de Investigación para la Denuncia Ciudadana ha estimado recordarle al Consejo de Administración de JAPDEVA, lo siguiente:

1. Su obligación de regular reglamentariamente, y recurrir, a la figura de alianzas estratégicas conforme los límites establecidos por el ordenamiento, de tal forma que no podrá ser utilizada para suplir infraestructura, conforme las mismas normas que autorizan la excepción de alianzas estratégicas, y el marco normativo preexistente en cuanto a concesiones y alianzas público-privadas”.¹⁷ (Lo que se destaca no es del original)

Se infiere de lo anterior la postura de la Contraloría General respecto a la improcedencia de utilizar, en el marco de la contratación pública, la figura de las alianzas estratégicas como forma contractual en contratos de construcción de infraestructura, siendo uno de los aspectos más relevantes, el procedimiento de escogencia del socio.

Aun cuando existan normas reglamentarias que establezcan los procedimientos de la escogencia de los aliados, como es el caso de JAPDEVA, estos reglamentos no pueden pretender sustituir el sistema de control interno y fiscalización integrado con el régimen de contratación pública, ni debilitar las competencias de fiscalización de la Contraloría General de la República, competencias de origen constitucional:

“La creación de mecanismos de control dentro del citado Reglamento en ningún caso podrán sustituir el sistema de control y fiscalización integrado con el régimen de contratación pública. La normativa que desarrolle el régimen excepcionado no puede asignar competencias al presente órgano contralor, o considerar la posibilidad de control posterior como un contrapeso a un nuevo sistema creado por la Administración que corresponda; en la medida que el

¹⁶ Contraloría General de la República. DFOE-DEC-2717 del 22 de marzo de 2024.

¹⁷ Contraloría General de la República. DFOE-DEC-2218 08 de setiembre, 2023

fundamento de las potestades de la Contraloría General proviene de la Constitución Política y se han concretado parcialmente a través del régimen de impugnación desarrollado en la Ley de Contratación Pública; en estrecho vínculo con la Ley General de Control Interno.”¹⁸

De conformidad con lo anterior, es claro que JAPDEVA puede celebrar alianzas estratégicas con entes públicos o privados, siempre que estos negocios no versen sobre construcción de infraestructura.

Incorporar esta posibilidad dentro de la norma propuesta violentaría lo dispuesto en el artículo 182 constitucional, en virtud de que la construcción de infraestructura debe regirse por el procedimiento ordinario de licitación contenido en Capítulo II (Procedimientos ordinarios) del Título II (Procedimientos de Contratación Pública), y mediante la modalidad de contrato de Obra Pública regulado en los artículos 71, 72 y 73 de la Ley no. 9986.

Por lo tanto, nuevamente esta asesoría llama la atención en cuanto a un eventual vicio de constitucionalidad de pretender construir obra pública sin aplicar el procedimiento de licitación dispuesto en el artículo 182 constitucional.

Tal y como se ha indicado de manera reiterada en el contenido de este informe, la Sala Constitucional ha avalado la posibilidad de establecer excepciones a los trámites ordinarios siempre que sea respetado el orden constitucional (principios y control) y resulte razonable y proporcional a los fines de la contratación¹⁹. Estas situaciones deben estar expresamente regladas y responder a circunstancias muy calificadas, aspectos que no se observan en el supuesto general de infraestructura propuesto, el cual, además, no se incluye dentro de las actividades excepcionadas de los procedimientos ordinarios (artículo 3 de la Ley N°8896).

En este sentido, y a manera de ejemplo, se presentan extractos de leyes que autorizan a entes públicos para realizar alianzas estratégicas, siendo que en ninguna de ellas se incluyen los contratos de construcción de infraestructura como propósito de las citadas alianzas:

Ley Reguladora del Mercado de Seguros, incluye reforma integral a la Ley N°12 del 30 de octubre de 1924, Ley N°8653 del 22 de julio de 2008.

“Artículo 1.- Instituto Nacional de Seguros y sus actividades.

¹⁸ Contraloría General de la República. DFOE-DEC-2717 del 22 de marzo de 2024.

¹⁹ Cfr. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución no. 2008-010450 de las 9 horas del 23 de junio de 2008.

(...)

Adicionalmente, el INS podrá establecer, por sí o por medio de sus sociedades, alianzas estratégicas con entes públicos o privados en el país o en el extranjero, con la única finalidad de cumplir con su competencia.

Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N°8660 del 08 de agosto de 2008.

“ARTÍCULO 8.- Asociación empresarial

Al ICE y sus empresas, con el propósito de promover su competitividad, se les autoriza para que suscriban alianzas estratégicas, dentro del país y fuera de él, o cualquier otra forma de asociación empresarial con otros entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, que desarrollen actividades de inversión, de capital, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y otras relacionadas con las actividades del ICE y sus empresas. Los términos y las condiciones generales de las alianzas se definirán reglamentariamente.”

Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia ESPH, Ley N°7789 del 30 de abril de 1998.

“ARTÍCULO 15.- La Empresa queda facultada para establecer alianzas estratégicas con personas de derecho público o privado, siempre que estas últimas tengan como mínimo el cincuenta y uno por ciento (51%) de capital costarricense y sus participantes extranjeros posean prestigio técnico y moral reconocidos por la Universidad Nacional, con el propósito de financiar, invertir y desarrollar los proyectos necesarios para brindar los servicios que le han sido encomendados. Cuando se establezca la alianza con entes de derecho público, no se requerirá ningún tipo de concurso; no obstante, si se efectuare con personas de derecho privado, la Empresa determinará procedimientos reglamentarios que cumplan con los principios de publicidad, igualdad de oportunidades, libre concurrencia y resolución razonada.”

En consecuencia, cuando se quiera contratar una obra de infraestructura pública deben seguirse las normas de los contratos de obra pública o los contratos de concesión de obra pública.

- e) La siguiente reforma es la eliminación de la última oración del primer párrafo, la cual indica que los términos y las condiciones generales de las alianzas se definirán reglamentariamente. Esta disposición se establece de nuevo en el párrafo tres del nuevo artículo, por lo que no existe afectación a la norma.
- f) Se elimina el segundo párrafo del actual artículo el cual dispone: “Las disposiciones del párrafo anterior no podrán generar prácticas monopolísticas absolutas o relativas de conformidad con la legislación

vigente”, disposición que aun cuando se elimine de la norma en cita, ya se encuentra plasmada en nuestra Carta Magna en su numeral 46²⁰, así como en el artículo 10 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, ley N°7472 del 20 de diciembre de 1994²¹.

ii) Reformas al inciso b)

El inciso b) actual es derogado en su totalidad, con lo que se estaría eliminando como competencia de JAPDEVA vender en el mercado nacional e internacional, directa o indirectamente, servicios de asesoramiento, consultoría, capacitación y cualquier otro producto o servicio afín a sus competencias.

El nuevo inciso b) que se pretende adicionar dispone:

*“Incluir bienes inmuebles propiedad o bajo administración de las partes en las alianzas estratégicas, con excepción del patrimonio natural del Estado, **así como el desarrollo de la infraestructura necesaria para alcanzar los objetivos de la alianza.**”*

Sobre la improcedencia de utilizar la figura de alianzas estratégicas para el desarrollo de infraestructura ya nos referimos de manera amplia en líneas anteriores.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El Departamento de Servicios Técnicos realiza las siguientes consideraciones:

- a. La reforma del artículo 4 inciso d) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es un asunto sujeto a criterios de conveniencia y oportunidad.
- b. Dada la modificación que se plantea sobre el primer párrafo del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y siendo que se legisla sobre las competencias funcionales de la Contraloría General de la República, esta asesoría recomienda esperar el dictado del fallo completo del Voto N°2024-21375 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, referido al artículo 3 del Proyecto de Ley N°24364, iniciativa que

²⁰ ARTÍCULO 46.- Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.

²¹ Artículo 10- Prohibiciones generales. Se prohíben y deben sancionarse, cuando corresponda, de conformidad con la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica las prácticas monopolísticas que impidan o limiten la competencia, el acceso de competidores al mercado o promuevan su salida de él.

trataba materia similar a la aquí analizada, ello para resolver conforme a derecho este asunto.

- c. La modificación del artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República es un asunto sujeto a criterios de conveniencia y oportunidad.
- d. La reforma del artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública legisla sobre un servicio financiero de carácter crediticio (Arrendamiento Financiero) y ya que dicha materia se encuentra excluida de la consulta vía referéndum de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 constitucional y el artículo 2 de la Ley sobre Regulación del Referéndum, N°8492 de 9 de marzo de 2006 y sus reformas, el Departamento de Servicios Técnicos advierte sobre las dudas de constitucionalidad que arroja esta reforma. Esto último en relación con el trámite legislativo del expediente 24468 en conocimiento de la Asamblea Legislativa.
- e. De acuerdo con la reforma que se plantea al artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública, esta asesoría llama la atención en cuanto a un eventual vicio de constitucionalidad al pretender construir obra pública sin aplicar el procedimiento de licitación dispuesto en el artículo 182 constitucional.
- f. La reforma al artículo 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA agrava la votación de esta iniciativa de ley porque prevé la eliminación de la autorización a JAPDEVA *“para que realice alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial **dentro o fuera del país**”*; es decir, disminuye las competencias funcionales de un ente autónomo.
- g. JAPDEVA puede celebrar alianzas estratégicas con entes públicos o privados, siempre que estos negocios no versen sobre construcción de infraestructura. Incorporar esta posibilidad dentro de la reforma al artículo 5 bis de la Ley Orgánica violentaría lo dispuesto en el artículo 182 constitucional, en virtud de que la construcción de infraestructura debe regirse por el procedimiento ordinario de licitación.

V. TÉCNICA LEGISLATIVA

El proyecto se denomina *“Ley Jaguar para impulsar el Desarrollo de Costa Rica”*. Tal denominación, desde el punto de vista de la técnica legislativa, resulta inadecuada, en virtud de que el título del proyecto debe “reproducir en pocas palabras, el objeto o, de ser posible, la finalidad, de la ley.” El título debe ser “preciso, exacto, completo, breve y conciso”. Debe existir “correspondencia entre el título, el objeto y contenido de la ley”²². Estas características no se alcanzan en el título del proyecto y, por el contrario, hacer alusión a un nombre de un animal resulta ser

²² Muñoz Quesada, Hugo Alfonso, Haba Müller, Pedro. Elementos de Técnica Legislativa. PRODEL, San José, 1998, p.195

impreciso pues no tiene relación alguna con el objeto ni contenido del proyecto de ley.

Las observaciones correspondientes a este apartado fueron señaladas en el análisis del articulado.

VI. PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

6.1 Votación

Según se establece en el artículo 189 de la Constitución Política y de conformidad con el principio de paralelismo de las formas²³, esta iniciativa requiere para su aprobación una votación no menor de los dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa, porque prevé la eliminación de la autorización a JAPDEVA *“para que realice alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial **dentro o fuera del país**”*; es decir, disminuye las competencias funcionales de un ente autónomo.

6.2 Delegación

Este proyecto **no puede ser delegado** en una Comisión con Potestad Legislativa Plena, por encontrarse dentro de las excepciones que establece el párrafo tercero del artículo 124 de la Constitución Política, ya que legisla sobre materia crediticia al regular la figura del arrendamiento financiero prevista en el artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública, Ley N.º 9986 de 27 de mayo de 2021 y sus reformas

6.3 Consultas

Obligatorias:

- Todas las instituciones autónomas del Estado
- Universidades Públicas
- Municipalidades del país
- Corte Suprema de Justicia
- Tribunal Supremo de Elecciones
- Bancos comerciales del Estado

²³ *El principio del paralelismo de formas, comúnmente conocido bajo la expresión: “de que las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen”, el que obliga al operador jurídico a seguir el mismo procedimiento y observar los mismos requisitos que se dieron para la creación una determina institución, cuando pretende extinguirla o modificarla sustancialmente”. Cfr, Procuraduría General de la República C-088-2007*



VII. FUENTES

- Constitución Política de la República de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949.

Leyes:

- Ley Orgánica de JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica), Ley N.º 3091 de 18 de febrero de 1963 y sus reformas. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas.
- Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia ESPH, Ley N°7789 del 30 de abril de 1998.
- Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N°8660 del 08 de agosto de 2008.
- Ley Reguladora del Mercado de Seguros, incluye reforma integral a la Ley N°12 del 30 de octubre de 1924, Ley N°8653 del 22 de julio de 2008.
- Ley N°9986: Ley General de Contratación Pública, Ley N°9986, del 1 de diciembre de 2022.

Jurisprudencia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N°440-98, de 27 de enero de 1998.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución no. 2008-010450 de 23 de junio de 2008.

Criterios Contraloría General de la República:

- Contraloría General de la Republica. DFOE-DEC-2717 del 22 de marzo de 2024.
- Contraloría General de la Republica. DFOE-DEC-2218 08 de setiembre, 2023
- Contraloría General de la Republica. DFOE-DEC-2717 del 22 de marzo de 2024.

Criterios Procuraduría General de la República.

- Procuraduría General de la República C-088-2007
- Procuraduría General de la República C-32-2022

Ministerio de Hacienda:

- Dirección de Contratación Pública, Ministerio de Hacienda, Oficio no. MH-DCoP-OF-0052-2024 del 5 de enero de 2024.



Doctrina:

- Muñoz Quesada, Hugo Alfonso, Haba Müller, Pedro. Elementos de Técnica Legislativa. PRODEL, San José, 1998

Elaborado por: FCM//TSH
/*LSCH//12-8-2024
c. arch//24467 IJU