

**MH-DCoP-CIR-0016-2023**

**DE:** Yesenia Ledezma Rodríguez  
Directora de la Dirección de Contratación Pública

**PARA:** Administraciones o entidades contratantes

**FECHA:** 14 de febrero de 2023

**ASUNTO:** Alcances del artículo 85 de la Ley General de Contratación Pública, “Tipos Abiertos”

---

En atención a las competencias asignadas a esta Dirección de Contratación Pública (en adelante DCoP), en los artículos 85 y 129 de la Ley General de Contratación Pública<sup>1</sup> (en adelante LGCP) y en su condición de órgano técnico consultivo en materia de contratación pública; así como lo dispuesto en los artículos 4 y 16 de la Ley General de Administración Pública<sup>2</sup>, según los cuales la actividad de los entes públicos deberá estar sujeta a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios usuarios o beneficiarios, además de considerar los recientes cambios en la normativa que rige la compra pública, específicamente la entrada en vigencia de la LGCP y su reglamento, lo cual impacta la gestión de adquisiciones de la Administración, se hace necesario emitir la presente circular a efectos de orientar a las instituciones en la tramitación de la solicitud de dictamen sobre Reglamento de Tipo Abierto, según lo señalado en el artículo 85 de la Ley General de Contratación Pública, N° 9986, y en el correcto entendimiento y uso de la figura de los tipos abiertos de contratos.

Lo anterior, en complemento de lo establecido por esta Dirección mediante Directriz N° DGABCA-005-2022, del 09 de noviembre de 2022, denominada “*Requisitos para la solicitud de Tipos Abiertos ante la Dirección de Contratación Pública*”.

---

<sup>1</sup> Ley. No. 9986 del 27 de mayo de 2021.

<sup>2</sup> Ley No 6227 de mayo de 1978.

Para una mejor comprensión del alcance del artículo 85 de la Ley General de Contratación Pública, N° 9986, debe tenerse presente lo siguiente:

**a) Sobre la diferencia entre los tipos de procedimientos de contratación, los tipos de contrato y las modalidades o figuras contractuales:**

- i. 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.
- ii. 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.
- iii. En la Ley N° 9986, los tipos de procedimiento de contratación incluyen a los procedimientos ordinarios (licitación mayor, licitación menor y licitación reducida); los procedimientos extraordinarios (remate y subasta inversa electrónica), los procedimientos especiales (urgencia, compra o arrendamiento de bienes inmuebles y los procedimientos de adquisiciones para entidades en competencia) y los procedimientos por excepción, según la lista taxativa incluida en el artículo 3 *de cita*.
- iv. Como es sabido, la regla general obliga al uso de los procedimientos ordinarios a partir del monto estimado de la contratación, con arreglo a las normas y condiciones previstas en la misma Ley N° 9986; en tanto el uso de los restantes tipos de procedimientos de contratación depende, de que, en cada caso, se cumplan las condiciones previstas por la norma de manera específica junto al cumplimiento de los requisitos exigidos para cada supuesto. La valoración sobre la procedencia de un tipo de procedimiento de contratación u otro, es una responsabilidad primaria de la Administración o entidad contratante que comparte además con los contratistas, por su deber de verificación según lo que advierte el artículo 103 de la misma ley.

- v. 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.
- vi. 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.

Por ende, aunque se relacionan estrechamente, el tipo de procedimiento de contratación, el tipo de contrato y la figura contractual, no son lo mismo; en cambio el procedimiento llevará a la firma del tipo de contrato en el mejor de los escenarios, aplicando la figura contractual que corresponda.

**b) Sobre los tipos de contrato y la figura de los tipos abiertos:**

- i. La Administración está obligada a seguir las reglas para realizar el procedimiento de contratación aplicable al caso concreto, mientras que en la determinación del tipo de contrato y la figura contractual, debe sopesar la necesidad que debe atender y el fin público que está obligada a satisfacer.
- ii. Para ello puede, utilizar los tipos de contrato previstos y regulados en el Título III de la Ley General de Contratación Pública, N° 9986, como también puede utilizar instrumentalmente cualquier figura contractual derivada de la utilización mixta de tipos de contrato regulados o bien que sean utilizadas en derecho privado y que carezca de regulación legal, cuando ello constituya la mejor forma para la debida satisfacción del fin público, siempre que se justifique por acto motivado suscrito por el jerarca o por quien él delegue, toda vez que así lo contempla el artículo 7 de dicha ley.
- iii. Adicionalmente, el artículo 85 de la LGCP, le reconoce a la Administración la posibilidad de utilizar cualquier **figura contractual** no regulada expresamente en el ordenamiento jurídico, mediante la

reglamentación de un tipo abierto de contrato, cuyo dictamen debe emitir la DCoP, previo a su implementación. Lo anterior con el fin de atender, a través de algún tipo abierto de contrato debidamente identificado las necesidades institucionales, dotando a la Administración de la flexibilidad necesaria para aplicar cualquier figura contractual que contribuya a satisfacer el interés general, pudiendo ajustarse de esta manera a los cambios sociales y a los tipos de negocio que se van generando en la práctica comercial, siempre que esto se constituya en la forma más ventajosa para satisfacer su necesidad, estableciendo un marco de seguridad jurídica para las partes contratantes, de tal forma que se asegure la continuidad de los servicios que brinda cada entidad y la satisfacción del interés público prevaleciente, debiendo cumplirse para ello con los requisitos establecidos en la normativa, según se explica a continuación:

- iv. En lo que interesa, el citado artículo 85 de la LGCP, dispone: *“La Administración podrá emplear cualquier figura contractual no regulada expresamente en el ordenamiento jurídico, destacándose como uno de los requisitos la necesidad de que (...) d) **Se ajuste a los requisitos pertinentes y procedimientos dispuestos en la presente ley.**”* (El destacado no pertenece al original)
- v. En ese mismo sentido, el Reglamento a la Ley General de Contratación Pública<sup>3</sup>, en su artículo 239 indica lo siguiente:

***“La Administración podrá emplear cualquier figura contractual no regulada expresamente en el ordenamiento jurídico ya sea porque constituyen figuras mixtas de tipos de contratos ya regulados o porque su base normativa proviene de la aplicación consuetudinaria de normas surgidas en el derecho privado y, en consecuencia, carecen de regulación legal y hasta de una nominación uniforme. Se entenderá que carece de regulación expresa cuando se trata de cualquier figura contractual, incluyendo procedimientos, que no estén contemplados en el ordenamiento jurídico o no se ajusten a los previstos en la Ley General de Contratación Pública (...) d) Se***

---

<sup>3</sup> Decreto Ejecutivo No43808 del 22 de noviembre 2022.

***ajuste a los requisitos pertinentes y procedimientos dispuestos en la Ley General de Contratación Pública.*** (El destacado no pertenece al original)

- vi. Tal y como se ha dicho ya, existe una diferencia entre el concepto de **figura contractual, tipo de contratación** y el de **procedimiento de contratación**, siendo que lo que la norma habilita es la utilización de una figura contractual no prevista en el ordenamiento jurídico o bien figuras mixtas de tipos de contratos ya reguladas.

Al respecto de tales conceptos la Contraloría General de la República, ha indicado:

*“Conviene además advertir que se debe realizar una **distinción entre lo que significa la utilización de un tipo de contratación abierto, es decir un modelo contractual o figura comercial que se utilizará para ejecutar la contratación y lo que es el procedimiento de contratación. El primero de ellos, forma parte del esquema de negocio, en el que se plasma el objeto contractual, así como los derechos y obligaciones de las partes, a través de las cuales se pretende alcanzar la satisfacción del interés público.***

(...)

***Pero el tipo contractual se debe distinguir de otro componente de la contratación, como lo es el tipo de procedimiento de contratación, que tiene un matiz totalmente distinto. Por el tipo de procedimiento, se entiende el mecanismo que se utilice para la selección del contratista. En cuanto a este punto, la Constitución Política establece en su artículo 182 a la licitación como el procedimiento por excelencia que se debe utilizar en las contrataciones que involucren fondos públicos. Sin embargo, se reconoce la posibilidad de regular en la ley otros procedimientos, como es el caso de las excepciones<sup>4</sup>.*** (El subrayado no pertenece al original)

---

<sup>4</sup> Oficio N°08934 del 08 de julio de 2016 de la Contraloría General de la República.

- vii. La figura contractual no prevista en el ordenamiento jurídico a que hace referencia el artículo 85 de la LGCP, refiere a contratos innominados o atípicos que no encuentran regulación legal ni reglamentaria específica, tan solo general, como su nombre lo indica. En consecuencia, ambas normas citadas refieren a la facultad de la Administración para emplear una figura contractual atípica, mediante la reglamentación del tipo abierto de contrato respectivo, cuyo dictamen deberá emitir la DCoP previo a su implementación.
- viii. Al referir la norma reglamentaria al término “incluyendo procedimientos”, se debe entender que se hace referencia a los procedimientos del tipo de contrato en específico de que se trate y no a los procedimientos de contratación dispuestos en la LGCP, pues una interpretación contraria estaría contraviniendo el texto de la norma habilitante, a saber, lo establecido en el inciso d) del artículo 85 de la Ley General de Contratación Pública, N° 9986.

**c) Sobre las competencias de la Dirección de Contratación Pública con respecto a los tipos abiertos de figuras contractuales:**

- i. Tal y como ya se ha señalado, el artículo 85 de la ley N° 9986, obliga a esta Dirección de Contratación Pública a emitir un dictamen sobre los proyectos de reglamentación de un tipo abierto de contrato, remitidos por las Administraciones contratantes, cuando hayan identificado un tipo de contrato mixto o una figura contractual atípica y ajeno al ordenamiento jurídico costarricense, como la figura más ventajosa respecto de otras figuras contractuales dispuestas en el ordenamiento jurídico, para la satisfacción del interés público.
- ii. Dicho dictamen analizará y emitirá criterio sobre la posibilidad de utilizar ese tipo abierto de contrato, una vez verificado el cumplimiento de las condiciones y requisitos previstos en la Ley General de Contratación Pública, N° 9986 y su Reglamento.
- iii. El criterio que emita esta Dirección de Contratación Pública no podrá referirse, en ningún caso, al posible uso de tipos de procedimientos de contratación distintos o sustitutivos de los procedimientos de contratación previstos en la Ley General de Contratación Pública, N° 9986, puesto que dicha Ley no le reconoce a esta dependencia, ni a la Autoridad de Contratación Pública ninguna competencia para ello.

- iv. Los procedimientos sustitutivos o de contratación directa autorizados por la Contraloría General de la República con base en la anterior Ley de Contratación Administrativa N° 7494, se basaron en las competencias reconocidas por dicha Ley al órgano contralor en esa materia, las cuales desaparecen con la entrada en vigor de la Ley General de Contratación Pública, N° 9986, sin perjuicio de las disposiciones transitorias aplicables.
- v. Dicha competencia no está ya contemplada en la Ley General de Contratación Pública, N° 9986, ni en su Reglamento para ser ejercida por la Contraloría General de la República, pero tampoco por la Autoridad de Contratación Pública o por esta Dirección de Contratación Pública.
- vi. Finalmente, con respecto a lo dispuesto en la Directriz DGABCA-005-2022, específicamente cuando se indica:

*“Es responsabilidad exclusiva de la Administración, verificar que los procedimientos promovidos a la luz de la reglamentación de la figura atípica propuesta, se ajusten a lo dictaminado por el órgano ejecutor y a lo regulado en cada instrumento, puntualmente”,* debe entenderse que se refiere al procedimiento de contratación de la Ley General de Contratación Pública, N° 9986, que aplique al caso concreto, según las reglas que la propia ley fija de manera obligatoria y vinculante para la Administración contratante.

En razón de lo anterior, cuando la Administración o entidad contratante presente una propuesta de Reglamento de Tipo Abierto, deberá de ajustarse al marco general y a los procedimientos establecidos en la Ley General de Contratación Pública, N° 9986, y su reglamento, por lo que previo al planteamiento de una solicitud de dictamen de tipo abierto, deberán las Administraciones o entidades contratantes, efectuar el análisis respectivo conforme a lo indicado en la presente Circular.

|  |  |
|--|--|
|  |  |
| Realizado y revisado por:<br>Alejandra Román Hernández<br>Jefa, Unidad Normativa<br>DCoP | Aprobado por:<br>Erika Solís Acosta<br>Jefa Departamento de Normas y<br>Contrataciones<br>DCoP |

Copia: Digesto DCoP. Sitio Web del Ministerio de Hacienda