

23 de diciembre de 2017  
**PJD-12-2017**

Señores  
Álvaro Ramos Chaves  
Superintendente de Pensiones

Estimado señor:

Mediante tarea que consta en el Sistema de Trámites, se solicitó a la División de Asesoría Jurídica determinar si es posible que en el proyecto del *Reglamento de Gestión de Activos* se permita a las entidades reguladas el uso del *Request for proposal* (RFP) para contratar a nivel internacional la gestión de portafolios de inversión, en particular, se consulta si esta figura podría rozar con la legislación costarricense en materia de contratación administrativa. Para responder esta consulta, se formuló el siguiente análisis jurídico:

## **I. Antecedentes**

El pasado 7 de setiembre, los integrantes del equipo de proyecto que elabora una propuesta del *Reglamento de Gestión de Activos*, consultaron a esta División acerca de la posibilidad de incorporar en esa normativa el uso del formulario denominado *Request for proposal* (RFP), de tal manera que las entidades reguladas puedan utilizarlo para realizar la contratación de la administración internacional de portafolios; en particular, les preocupa que esta figura pueda contravenir la Ley de Contratación Administrativa, en lo que resulte aplicable a dichas entidades.

Se indicó en la consulta lo siguiente:

*Como uno de los temas propuestos en el Reglamento de Gestión de Activos se encuentra la tercerización de la administración de las inversiones para la inversión en instrumentos internacionales.*

*De acuerdo con la revisión de principios y normas internacionales, para este tipo de contrataciones se utiliza el “Request for Proposal”, denominado en adelante RFP, por su acrónimo en el idioma inglés, para seleccionar a los administradores con los que se formalizará el contrato de intermediación de conformidad con los lineamientos mínimos establecidos en la propuesta del reglamento.*

*El RFP, es un tipo de documento que se utiliza para solicitar propuestas a posibles vendedores de productos o servicios. En este documento se describe el tipo de servicio o producto que se requiere, las condiciones de contratación, los requerimientos que el proveedor debe entregar y su experiencia con el producto o servicio que se requiere, entre otros.*

**PJD-12-2017**

Página 2

Para una mayor claridad, a continuación se muestra una Guía de lo que incluye un RFP (<http://www.evaluandoerp.com/guia-para-escribir-un-rfp-request-for-proposal/>)



*Directrices del proyecto:* Descripción de los productos y servicios que la organización está buscando como también los objetivos de la contratación.

*Antecedentes:* Resumen de la organización: operaciones, mercados en los que negocia, perfil de sus clientes y los aspectos que se consideren necesarios para que los proponentes tengan conocimiento de la empresa.

*Alcances de la tarea:* Tareas específicas que estarán a cargo del proveedor y las expectativas que la organización tiene en cuanto a los resultados que desea obtener.

*Expectativas de desempeño:* Mínimo desempeño que la organización espera del proveedor, métodos que utilizará para monitorear el desempeño y para implementar acciones correctivas.

*Entregables:* Productos, reportes, planes, entre otros, que debe entregar el proveedor a la organización y un cronograma tentativo de la entrega respectiva.

*Términos de contratación:* Duración mínima y máxima de la contratación y las opciones de renovación.

*Pagos, premios y castigos:* Condiciones de pago de acuerdo a los entregables y al desempeño de los mismos. Bases para obtener un premio por desempeño superior y las multas que el proveedor deberá pagar por un inadecuado desempeño o por no cumplir con los compromisos.

**PJD-12-2017**

Página 3

*Proceso de evaluación y selección: Especifica los procedimientos y criterios que serán usados para evaluar las propuestas y para seleccionar al contratista.*

*Cronograma del proceso: Establecer la línea de tiempo para cada uno de los pasos del proceso hasta el momento de tomar la decisión.*

*Personas de contacto: Incluye una lista de las personas de contacto que podrán dar información adicional o responder consultas.*

*Por su parte la Ley de Contratación Administrativa, establece es su artículo 1, lo siguiente:*

*‘Cobertura.*

*Esta Ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.*

*Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley....’*

*Por la labor de supervisión ejercida, se conoce que tanto los regímenes de beneficio definido como de contribución definida aplican la Ley de Contratación Administrativa para las contrataciones de servicios y productos; razón por la cual surge la inquietud si eso aplica también para las contrataciones internacionales o si la ley permite excepciones en este tipo de contrataciones.*

*Lo anterior, considerando que en la práctica y conforme lo establecido en las normas internacionales, al menos en el caso de la contratación de instituciones para la tercerización de administración de portafolios el “Request for Proposal”, es el documento utilizado en diferentes países (México, Perú, Colombia, Chile) para realizar este tipo de contrataciones...”*

*¿Es posible que en el Reglamento de Gestión de Activos se permita a las entidades reguladas el uso del RFP para realizar la contratación de instituciones que administran portafolios a nivel internacional como un outsourcing y que esto no roce con la legislación costarricense?*

## **II. Análisis de fondo**

Para facilitar la comprensión del tema consultado, de seguido se hace referencia al concepto se outsourcing financiero o tercerización:

- *El término Outsourcing designa las actividades o procesos de una organización cuya realización y administración están a cargo de una empresa externa. (Werther & Davis, 2008)*

**PJD-12-2017**

Página 4

- *El outsourcing, la expresión se refiere a una fuente externa, la cual generalmente dentro del ámbito empresarial es utilizada para referirse a la subcontratación, externalización o tercerización, el cual, se puede definir como un proceso empleado por una empresa en el cual otra empresa u organización es contratada para desarrollar una determinada área de la empresa contratante. (Almanza Martínez & Archundia Fernández)*
- *Outsourcing o Tercerización (también llamada subcontratación) es una técnica innovadora de administración, que consiste en la transferencia a terceros de ciertos procesos complementarios que no forman parte del giro principal del negocio, permitiendo la concentración de los esfuerzos en las actividades esenciales a fin de obtener competitividad y resultados tangibles. (<http://www.dinero.com/especiales-comerciales/outsourcing/articulo/servicio-outsourcing-tercerizacion-colombia/199002>)*

A nivel mundial, los fondos de pensiones utilizan -entre otros instrumentos- la inversión a través de esquemas conocidos como “mandatos de inversión” para diversificar su portafolio internacional, aprovechando las economías de escala que se generan al ejecutar la estrategia de inversión por medio de intermediarios especializados.

Dentro del contexto de la consulta, se permitiría la tercerización de la administración de las inversiones en instrumentos internacionales para aprovechar el amplio conocimiento y experiencia en la materia que estos terceros pueden poner a disposición de las entidades reguladas.

Ahora bien, el equipo de proyecto señala en su consulta que, producto de “...*la labor de supervisión ejercida, se conoce que tanto los regímenes de beneficio definido como de contribución definida aplican la Ley de Contratación Administrativa para las contrataciones de servicios y productos; razón por la cual surge la inquietud si eso aplica también para las contrataciones internacionales o si la ley permite excepciones en este tipo de contrataciones*”.

Partiendo de que “...*en la práctica y conforme lo establecido en las normas internacionales, al menos en el caso de la contratación de instituciones para la tercerización de administración de portafolios el “Request for Proposal”, es el documento utilizado en diferentes países (México, Perú, Colombia, Chile) para realizar este tipo de contrataciones...*” consultan si “¿*Es posible que en el Reglamento de Gestión de Activos se permita a las entidades reguladas el uso del RFP para realizar la contratación de instituciones que administran portafolios a nivel internacional como un outsourcing y que esto no roce con la legislación costarricense?*”

**PJD-12-2017**

*Página 5*

Para atender esta consulta es necesario tener presente el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa, que es el que define cuáles instituciones o entidades se encuentran sujetas a las disposiciones contenidas en esa Ley. La norma en comentario señala lo siguiente:

*Esta Ley regirá las actividades de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.*

*Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley.*

*Cuando en esta Ley se utilice el término 'Administración', se entenderá que se refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones.*

De acuerdo con esa norma, las contrataciones, tanto dentro como fuera del territorio nacional relacionadas con el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social y el Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial, así como con el Régimen de Capitalización Colectiva administrado por la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (ente público no estatal de conformidad con la Ley N°.7531), están sujetas a los principios y procedimientos dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Lo mismo resulta aplicable para los fondos de pensiones complementarias con que cuentan los empleados de los bancos comerciales del Estado, el Instituto Costarricense de Electricidad, la Caja Costarricense de Seguro Social y el Instituto Costarricense de Turismo.

La escogencia del procedimiento de contratación a seguir (compra directa, licitación abreviada, licitación pública) depende de las necesidades y asignaciones presupuestarias autorizadas para cada entidad por la Contraloría General de la República. El ajuste de las sumas es anual y varía según el Índice de Precios al Consumidor.

En cuanto a las contrataciones internacionales, la Ley permite que cada concurso que se promueva tenga unas reglas específicas que delimiten la actuación de todas las partes involucradas. Las reglas las define, de manera discrecional, cada entidad licitante, atendiendo a sus necesidades y realidad.

La entidad tiene la posibilidad, antes de tener la versión definitiva del cartel, de convocar a todos aquellos interesados, en especial a los potenciales oferentes, a una reunión, para que puedan hacer sugerencias, observaciones, propuestas de mejora, en fin, a depurar las reglas que regirán la contratación. Estas audiencias pre cartel están reguladas por el Reglamento, y buscan incentivar el contacto con los potenciales proveedores para que puedan generar un franco y transparente intercambio de experiencias, conocimientos y posibilidades que, a la postre, generen un mejor cartel y, por ende, una mejor contratación.

**PJD-12-2017**

Página 6

No existe impedimento alguno para que la entidad establezca una metodología particular para la mejor atención de tales audiencias, lo que incluye la posibilidad de entregar a los potenciales oferentes o interesados una copia de todo o parte de lo que será el futuro cartel, para que ellos lo puedan revisar y hacer las observaciones que consideren oportunas, siempre que en todo momento se respete el principio de igualdad.

En este caso el “*Request for Proposal*” no podría ser utilizado para seleccionar directamente a los administradores con los que se formalizará el contrato de intermediación, no obstante, su contenido podría servir para estructurar la contratación internacional, pues, según se vio, las reglas las define, de manera discrecional, cada entidad licitante, atendiendo a sus necesidades y realidad.

En el caso del Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias y el Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias, estos son administrados por operadoras de pensiones, que son personas jurídicas de derecho privado o de capital público constituidas como sociedades anónimas y sometidas a los requisitos, normas y controles previstos en la Ley de Protección al Trabajador y en la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias.

En relación con el tema en análisis, el doctor Ernesto Jinesta Lobo<sup>1</sup>, en su Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, indica lo siguiente:

*“...la Ley de Contratación Administrativa no resulta aplicable a las empresas públicas que asumen la veste de una organización colectiva del Derecho Privado, independientemente del porcentaje de capital social que pertenezca al sector público [...] En suma, en nuestro criterio, toda empresa pública (ente público, órgano público o sujeto de Derecho privado) debería de estar exceptuado de la LCA, independientemente, del porcentaje del capital social de la titularidad pública, lo contrario, implicaría imponerle trabas y obstáculos innecesarios a su giro o tráfico, que la coloca en una franca posición de desventaja y vulnerabilidad frente a los competidores del mercado.*”

En ese mismo sentido, la Sala Constitucional, en el Voto N°.11210-2008 de las 15 horas del 16 de julio de 2008, aclaró lo siguiente:

*“... en las empresas públicas-ente de Derecho privado, no cabe la aplicación de la LCA, al estimar lo siguiente: XXII.- (...) las empresas públicas ente de Derecho Privado, esto es, aquellas que asumen la veste o forma de organizaciones colectiva del Derecho privado no están sujetas al Derecho administrativo y tampoco al régimen de contratación administrativa. Permitirle, por una parte, a los entes públicos constituir organizaciones del Derecho privado para brindarles agilidad, flexibilidad y celeridad en el despliegue de un*”

---

<sup>1</sup> En ese sentido ver las páginas 117 y siguientes.

**PJD-12-2017**

Página 7

*determinado giro empresarial o mercantil y, luego, someterlas a un régimen público de contratación resulta completamente contradictorio y absurdo. Tradicionalmente, las empresas públicas que asumen una forma de organización colectiva del Derecho privado han estado exentas de la aplicación del régimen de la contratación administrativa, pese a que se ha recomendado que observen los principios generales de ésta (publicidad, transparencia, libre concurrencia, igualdad)...”.*

En vista de lo anterior, y dada su naturaleza de sociedades anónimas, las operadoras de pensiones de capital público no están sujetas a la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento. Considerando que su actividad contractual está sometida al derecho privado, requieren agilidad y flexibilidad para desplegar su giro empresarial; lo contrario sería imponerles trabas y obstáculos innecesarios, que las colocarían en franca desventaja y vulnerabilidad frente a sus competidores del mercado.

En este caso el “*Request for Proposal*” podría ser utilizado para seleccionar directamente a los administradores con los que se formalizará el contrato de intermediación, conforme lo establecido en las normas internacionales.

Esta herramienta les permitiría contar con un respaldo objetivo, dado que el RFP es un documento donde se define el bien o servicio que se solicita, las condiciones, especificaciones y requisitos que tienen que cumplir los participantes y se detalla el proceso o trámite a seguir, los derechos y obligaciones de las partes, las expectativas de desempeño, los entregables, y los alcances de las tareas, entre otros.

### **III. Conclusiones**

De acuerdo con lo expuesto se concluye lo siguiente:

- Las contrataciones, tanto dentro como fuera del territorio nacional, relacionadas con el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social y el Fondo de Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial, así como con el Régimen de Capitalización Colectiva administrado por la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (ente público no estatal de conformidad con la Ley N°.7531), están sujetas a los principios y procedimientos dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Lo mismo resulta aplicable para los fondos de pensiones complementarias con que cuentan los empleados de los bancos comerciales del Estado, el Instituto Costarricense de Electricidad, la Caja Costarricense de Seguro Social y el Instituto Costarricense de Turismo.
- En este caso el “*Request for Proposal*” no podría ser utilizado para seleccionar directamente a los administradores con los que se formalizará el contrato de

**PJD-12-2017**

Página 8

intermediación, no obstante, su contenido podría ser utilizado para estructurar una posible contratación internacional, dado que las reglas las define, de manera discrecional, cada entidad licitante, atendiendo a sus necesidades y realidad.

- Las contrataciones, tanto dentro como fuera del territorio nacional, relacionadas con del Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias y el Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias, administrados por operadoras de pensiones, no están sujetas a los procedimientos dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.
- En este caso el “*Request for Proposal*” podría ser utilizado para seleccionar directamente a los administradores con los que se formalizará el contrato de intermediación, conforme lo establecido en las normas internacionales.
- Esta herramienta les permitiría contar con un respaldo objetivo, dado que el RFP es un documento donde se define el bien o servicio que se solicita, las condiciones, especificaciones y requisitos que tienen que cumplir los participantes y se detalla el proceso o trámite por seguir, los derechos y obligaciones de las partes, las expectativas de desempeño, los entregables, y los alcances de las tareas, entre otros.

Cordialmente,

*Ana Matilde Rojas Rivas*  
**Elaborado por:**  
Ana Matilde Rojas Rivas



**Revisado por:**  
Jenory Díaz Molina



**Aprobado por:**  
Nelly Vargas Hernández

*División de Asesoría Jurídica*