

Universidad Estatal a Distancia

- Sistema de Estudios de Postgrado -

“Maestría en Derecho Constitucional”

**“Contratación administrativa: algunos de sus tópicos
conforme a la jurisprudencia constitucional”**

Lic. Christian E. Campos Monge, autor
Dr. Román Solís Zelaya, director de la Tesis
Dr. Paul Rueda Leal, director de la Maestría

Marzo, 2003

INDICE

Introducción	3
Título Único: Contratación administrativa en la Constitución y la Ley	9
<u>Capítulo I:</u> Tema de la Constitución	9
A. Intención y objetivos de la normativa superior	10
B. Jurisprudencia constitucional y principios rectores de la materia	14
C. La huida del derecho administrativo: la huida de la contratación administrativa	29
<u>Capítulo II:</u> Tema de la Ley y el Reglamento	36
A. Tópicos, normativa, doctrina, jurisprudencia constitucional y administrativa. Parte I	36
1) Convenios internacionales	36
2) La licitación pública es la regla	42
3) Creación de nuevas figuras contractuales	48
4) Régimen de nulidades en contratación administrativa	53
5) Utilización de procedimientos concursales más calificados	55
6) Degradación de procedimientos	56
7) Solo la garantía de participación no legitima la oferta	59
B. Tópicos, normativa, doctrina, jurisprudencia constitucional y administrativa. Parte II	63
8) Garantía de participación, no ejecución por apelar	63
9) Silencio negativo	66
10) Posibilidad de subsanar	68
11) Plazo para pedir subsanaciones	76
12) No subsanación del plazo de vigencia de la garantía de participación	77
13) Subsanación de documentación técnica complementaria	84
14) Garantía de participación flotante	88
C. Tópicos, normativa, doctrina, jurisprudencia constitucional y administrativa. Parte III	90
15) Derecho de recurrir en contratación administrativa y debido proceso	90
16) Contrato administrativo y reajuste de precios	101
17) Excepciones; procedimientos concursales	109
18) Definición de actividad ordinaria	111
19) Licitación pública, principio de eficiencia e igualdad	116
20) Contratación administrativa; concesiones	119
21) Estado de necesidad, emergencia nacional	126
Conclusión	134
Fuentes de Información	138

Dedicatoria

*Al Maestro **Rodolfo Emilio Piza Escalante**, gracias por el ejemplo y la sabiduría compartida. Por su don de servicio.*

Agradecimientos

A **Dios**, por ser mi razón de ser. Por tantas bendiciones recibidas y sé que por recibir; por su bendita paz.

*A mi mamá, **Rosa** y mi papá **German** – recientemente fallecido–. Gracias por coadyuvar con Dios en darme el regalo de la vida. Por su ejemplo que me ayudó a creer en mi mismo.*

*A **Mariana**, aunque no estés cerca, gracias por todo, por cada sonrisa y cada lágrima; por los momentos compartidos y los tantos sueños que tuvimos. Por la fe y la esperanza de un mañana diferente tomados de la mano...*

*A don **Román Solís**, por su guía en la preparación de este trabajo. Su trato para con la gente y profesionalismo siempre le distinguen.*

Introducción

Resulta claro para los operadores jurídicos, aunque también para el común de los habitantes de este país, que con la creación de la Sala Constitucional en 1989 se comenzó a manifestar más constante y enérgicamente la esencia misma del Derecho; o lo que es lo mismo, la esfera básica (*elemental*) de un Estado de Derecho; se ha consagrado así, de forma vinculante e imperante en la vida del espectro social, el **derecho de la Constitución**.

Ayer o éramos ciegos a la existencia de la Constitución Política o por falta de sapiencia se ignoraba su texto, principios y valores. Hoy, cada artículo, cada palabra, cada capítulo de ese cuerpo de disposiciones superiores, se conoce, se aplica y se entiende mejor; eso mismo vale decir para las actas de la Asamblea Nacional Constituyente que son interpretadas a la luz de las modernas doctrinas constitucionalistas.

Lo anterior no solo es así porque existe un alto tribunal que aplica de forma directa las normas positivas, sino también porque los juristas han dejado la ignorancia en su aplicación o en la elaboración, por ejemplo, de artículos doctrinarios sobre uno u otro de los temas de mera constitucionalidad.

Así, la esencia del Estado de Derecho pasó de ser *legalista*, a ser *constitucionalista*; se ha dejado la letra pura de la ley para aplicar, sí, esa letra pero a la luz de los principios y la ideología de la Constitución. En cada cuestión jurídica se invoca, en su inmensa cantidad de veces, lo que dice la Constitución o lo que ha dicho la Sala Constitucional al respecto.

Es en esta realidad jurídica que el derecho de la Constitución ha venido a expresar su criterio en torno a temas de toda índole: propiedad privada, derecho a la vida, a la salud, al trabajo, convenciones colectivas, trato de reclusos,

discrecionalidad administrativa, autonomía municipal, zona marítima, medio ambiente, fertilización in vitro, entre otros.

Quien dicta en buena medida lo que es el derecho de la Constitución para la Carta Magna es la Sala Constitucional y, en lo que interesa, la jurisprudencia de esta sede judicial, ha emitido ya fallos relación con el tema del Derecho Público denominado: contratación administrativa (objeto este que constituye un mundo jurídico individualizado, vinculado, como todo, a otras ramas del Derecho).

El norte de la contratación administrativa se relaciona básicamente con una de las actividades más importantes del Estado: la adquisición y/o venta de los bienes y/o servicios que interesan para satisfacer al interés general. Esta adquisición o venta que celebran las instituciones públicas, entes, órganos, empresas, entre otros, se hace para cumplir con los propósitos de carácter social y público que, por Constitución o ley, deben alcanzar tales sujetos. Tal actividad comprende, de igual manera, a los sujetos privados cuando sus presupuestos son, en más de un cincuenta por ciento, de origen público; en ese sentido, les aplica la parte sustantiva del marco jurídico de modo pleno.

Entonces, como se dijo, detrás de cada proceso concursal se encuentra el interés público, es decir, cada procedimiento propio de la contratación administrativa posee una causa de interés general, sin este, el proceso en sí resulta nulo. Así pues, en toda contratación pública la causa principal es el interés público o interés general y esto resulta lógico ya que el interés público constituye la causa –en sentido estricto– de todos los actos que realizan los entes públicos. Es necesario agregar que, en algunos de esos actos de decisión se manifiesta la “voluntad contractual” de la administración a la que el futuro contratista habrá de prestar su consentimiento. El interés general es la causa de dichos contratos porque es la única finalidad que, por imperativo constitucional y legal, puede perseguir legítimamente la administración. En suma, de existir algún

procedimiento de contratación o contrato de orden público en donde falte el elemento **interés público**, cualquier persona está, pues, legitimada para demandar su nulidad por desviación de poder.

Ahora, dada la importancia del tema señalado y de la misma promulgación de criterios vinculantes de la Sala Constitucional, conviene presentar, ante la ausencia escrita en la academia, un trabajo de recopilación analítico, reflexivo y crítico *–cuando sea debido–*, precisamente, de esa labor del alto tribunal. Los variados pronunciamientos han venido a profundizar la temática, han enriquecido el análisis y el debate, han anulado normativa, en fin, han replanteado muchos de los tópicos que están dentro de la contratación pública, sin embargo, hallar todos esos criterios de manera sistemática, compilada y comentada, aun no ha sido posible.

Así las cosas, al ser la contratación administrativa parte de la esencia de una razón de ser de la Administración Pública, en su sentido más amplio, es importante conocer sobre algunos tópicos pertenecientes a este tema tan especial del Derecho Público. Lo anterior se hace a partir del estudio de la Ley de Contratación Administrativa, de su Reglamento General, la jurisprudencia del Órgano Contralor, pero, sobretodo, se busca analizar el texto de la Constitución y la jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre la materia.

De esta manera, el presente estudio no consiste tanto en demostrar una tesis o doctrina, sino en redactar un documento de análisis y compilación que, cuando sea oportuno y por no compartir el pensamiento de la Sala Constitucional, será de crítica a la misma jurisprudencia.

Concretamente, el trabajo será desarrollado a partir de un título único dividido en dos capítulos y estos a su vez en tres subcapítulos cada uno. En un primer momento se dará a conocer lo que la Constitución Política dispone en materia de contratación administrativa, luego, se presentan los grandes temas que regula la ley y el reglamento; y, al entrar a los tópicos en concreto, se hará una reflexión a partir de la jurisprudencia constitucional, la administrativa (de la Contraloría General) y la propia doctrina patria como foránea.

La jurisprudencia constitucional sobre contratación administrativa comprende el lapso de 1995 a julio del 2001 (*ya que dentro de este estadio se emitieron, hasta el momento, los fallos más polémicos, extensos y anulatorios, en el tema de estudio*), mientras que la propia del órgano contralor será hasta la realizada a abril del 2002.

La selección de los temas obedeció, en un primer momento, a criterios profesionales por cuanto al laborar para la División de Asesoría y Gestión Jurídica del órgano contralor, se conocen los temas que con mayor constancia se presentan al momento de resolver, básicamente, los recursos de apelación y en un segundo criterio, por la reiteración de temas en las resoluciones dictadas por el alto tribunal constitucional.

Ahora, en el caso de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, esta se solicitó a su área de servicios mediante nota sencilla (almacenados en discos de tres y medio). El número de votos del período antes mencionado que se facilitó fue de **219**, de los cuales **26** resultaron ser de interés (es decir, los que serán utilizados y citados) para la parte de fondo de la investigación.¹

Así mismo y en otro orden de cosas, dado el interés que despertó en su momento un proyecto de ley que buscaba trasladar la materia de la contratación administrativa a una especie de tribunal administrativo, ajeno desde luego al

¹ Aun así, debe quedar advertido que en algunas partes aparecerán votos de años anteriores a 1995 y esto obedece a que existen extractos sumamente importantes para el tema particular en estudio.

órgano contralor, se considera conveniente reflexionar respecto de un aspecto inherente a esa, como a otras iniciativas de ciertos grupos de poder de la sociedad, el de la huida del derecho administrativo. Así, se ve como ante el discurso de la “eficiencia”, se busca limitar el derecho que rige a la Administración Pública.

Finalmente y como se observa en la dedicatoria que se hace de este trabajo, se acotan algunas cuantas palabras en honor del Maestro, del ejemplo de vida en el servicio: Rodolfo Emilio Piza Escalante. A él se dedica este sencillo trabajo de estudio analítico y crítico de la jurisprudencia constitucional. Este documento se basa en uno de sus mayores amores intelectuales: la Constitución Política (y con el derecho de la Constitución). Se extiende un agradecimiento profundo a don Rodolfo por la enseñanza, por la peculiar forma de ser, por el don de servicio desinteresado. La obra levantada permanecerá intachable en la historia jurídica de nuestro país y, entre los colegas, la luz del Maestro jamás se apagará.

Título Único: Contratación administrativa en la Constitución y la Ley

No siempre las diversas instituciones jurídicas pueden ser ubicadas en el texto de una constitución, ya sea para el caso nuestro o para el de otros órdenes normativos. Actualmente, a raíz de múltiples interpretaciones que hacen los tribunales constitucionales, las figuras se logran desprender, al no haber delimitación literal, de la ideología, los valores y principios de los que se nutre no tanto la Constitución como documento escrito, sino el derecho de la Constitución que es un espectro mucho más amplio que el mero conjunto de normas de tinte supremo en una escala positiva.

La contratación administrativa, que no sería el caso de ausencia, se encuentra planteada en la norma 182, básicamente, de la Constitución Política; empero, es hasta la creación de la Sala Constitucional que se descubre como tal asunto del Derecho, lo regulaba aquel cuerpo de normas superiores y como de su interpretación, derivaba una serie de aspectos nunca antes tratados. La contratación administrativa es tema de la Constitución, en un primer momento, y, luego, de las normas inferiores que lo detallan. Si bien antes pudo decirse algo a partir de la Constitución sobre la materia, lo cierto del caso es que ello fue una labor tímida.

Capítulo I: Tema de la Constitución

El artículo 182 de la Constitución Política afirma que los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a estas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo. Así, al ser la licitación el medio o instrumento ordenado para poder comprar o vender bienes o servicios, deriva de esto la aplicación de una serie de factores atinentes al tema citado.

A. Intención y objetivos de la normativa superior

En el título XIII, capítulo II de la Constitución Política patria, se incluyó la creación de la Contraloría General de la República, órgano constitucional que fue encargado, entre otras funciones, de la rectoría en el tema de la contratación pública. El artículo 183 de este documento define a la institución como un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, con absoluta independencia funcional y administrativa, en relación con otros poderes del Estado y con facultad para intervenir toda entidad pública o incluso privada que maneje fondos o recursos públicos.

En ese sentido, la Sala Constitucional ha dicho que por voluntad del constituyente se creó la Contraloría General de la República como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa con una función específica y determinada: la vigilancia de la Hacienda Pública, de manera que por mandato constitucional –artículos 182, 183 y 184– tareas como la fiscalización de los procedimientos de contratación administrativa y “(...) *el funcionamiento del sistema financiero,*

sobre todo en lo que se refiere a la movilización de capitales a fin de que se mantenga la confianza en la correcta administración de los entes bancarios, el manejo del presupuesto de todas y cada una de las dependencias públicas, así como el control del personal que `recibe, custodia, paga o administra bienes o valores del Estado` no están más allá de las funciones encomendadas a éste órgano contralor, sino todo lo contrario, ya que responden al interés del buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas (...).²

Consecuentemente la competencia del órgano contralor posee origen en normas y principios de rango constitucional y se complementa con lo que las leyes de la República desarrollan. La competencia para resolver recursos de objeción al cartel así como de apelación, de acuerdo con el monto adjudicado, son formas concretas de esa fiscalización de la Hacienda Pública pues en criterio último, se busca la óptima utilización de los fondos y los recursos públicos.

Entonces, dentro de las potestades están (*según la Ley Orgánica de la Contraloría General*): el control de eficiencia que es la búsqueda incansable del respeto a la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción (artículos 11 y 17); el control presupuestario (artículo 18); aprobaciones de actos y contratos (artículo 20); realización de auditorías (artículo 21); de hacer investigaciones (artículo 22); de dictar reglamentos dentro del ámbito de su materia (artículo 23); potestad de dirección en materia de fiscalización (artículo 24); vigilancia sobre ingresos y exoneraciones (artículo 25); control sobre las auditorías internas de cada administración (artículo 26); declaración de nulidades de actos o contratos que ingresen

² Ver voto 2001 – 06326, de las dieciséis horas con dieciocho minutos del diecinueve de julio del año dos mil uno de la Sala Constitucional.

dentro de su quehacer (artículo 27); evacuar consultas sea a sujetos públicos como, facultativamente, a sujetos privados (artículo 29); de informar y asesorar (artículo 31); y, entre otros, **intervenir, de acuerdo con la ley, en lo concerniente a la contratación administrativa** (artículo 37, inciso 3).

En cuanto a la competencia específica en la materia de la contratación administrativa, la Asamblea Nacional Constituyente, al disponer la creación del órgano contralor como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa, otorgó, a su vez, una tarea de “*fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública*” y ello por cuanto corresponde, a tal institución, verificar la correcta utilización de los fondos y recursos públicos (en términos amplios) con lo cual puede afirmarse sin temor a equivocaciones que dentro de esto ingresa la materia indicada.

El Tribunal Constitucional indica:

De la lectura de los artículos 183 y siguientes de la Constitución Política, es posible concluir que **la Contraloría General de la República, tiene en relación con los fondos públicos, una función de fiscalización superior, jurídica y financiera, que no puede verse limitada a una actuación automática de simple «aprobación», puesto que ello implicaría una disminución sustancial de sus competencias constitucionales.**³

Además, ha expresado:

La Contraloría General de la República, como su Ley Orgánica remarca (Ley No. 7428 de siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro) es un órgano de relevancia constitucional, auxiliar de la Asamblea Legislativa, **cuya función general es el control superior de la Hacienda Pública y la dirección del sistema de fiscalización regulado en la citada Ley.**⁴

3 Ver sentencia número 2340–94, de las quince horas del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y cuatro de la Sala Constitucional.

4 Ver sentencia número 5119–95, de las veinte horas treinta y nueve minutos del trece de setiembre de mil novecientos noventa y cinco de la Sala Constitucional.

Así, el fundamento normativo de la competencia que interesa, se encuentra en los citados artículos 182, 183 y 184 constitucional y que la ley ha desarrollado, tanto en la primera Ley Orgánica de la institución (número 1253, de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta), que en sus artículos 2 y 3 inciso k) le confirió a esta la especial competencia para ejercer funciones de vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de los empleados públicos y, específicamente, para intervenir en las licitaciones (*contratación administrativa*).

Lo mismo sucede con la Ley Orgánica actual que recoge la esencia y objeto de la anterior; así lo hace notar la propia Sala Constitucional, en sentencia número 2632 – 95 (*de las dieciséis horas seis minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cinco*), cuando confirma que:

(...) la potestad cuestionada de la Contraloría General de la República de controlar la hacienda pública, y en concreto a las empresas públicas, subsistiría aún declarándose la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por cuanto la misma le viene encomendada, en primer término, por disposición constitucional - artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y en segundo término, por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, tanto la vigente al momento de los hechos - número 1252, de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta -, como la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República - número 7428-, la cual es más explícita - concretamente en su artículo 18 señala la facultad que tiene la Contraloría para controlar los presupuestos de la Administración, comprendiendo a las empresas públicas de cualquier tipo, entre las que, lógicamente se encuentra RACSA -, en el Reglamento sobre el Funcionamiento de Empresas Estatales Estructuradas como Sociedades Mercantiles - Decreto Ejecutivo número 7927-H, de doce de enero de mil novecientos setenta y ocho -, en la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, número 6821, de diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y dos, y en la Ley del Equilibrio Financiero del Sector Público, número 6955, de veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y cinco; por lo cual, la pretensión de RACSA no se vería protegida, y la declaratoria de inconstitucionalidad que se solicita no tendría el efecto de permitir a la empresa accionante la libre disposición de los recursos públicos y así evitar la supervisión de la Contraloría, al subsistir las atribuciones de esta institución, y ninguna variación se produciría en relación con el manejo de los fondos públicos administrados por dicha empresa.

De esta manera, la Contraloría General, como parte de sus atribuciones constitucionales y legales, ejerce un control financiero y de legalidad en el manejo de los fondos públicos, que comprende las diversas operaciones de ejecución del presupuesto del Estado, control que consiste en fiscalizar la coincidencia entre la acción administrativa financiera y la norma jurídica, por lo que, como lógica consecuencia, no escapa a este control de la Contraloría, la actividad referente a la contratación administrativa.⁵

Puede ampararse lo anterior en lo que se expone en la sentencia número 2398-91, de las quince horas veinte minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno, así:

En primer término, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, **corresponde a la Contraloría General, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a los procedimientos de contratación administrativa.**

En suma, la Contraloría es la encargada de la fiscalización de la hacienda pública que incluye los procedimientos de contratación administrativa. Así, la competencia de este órgano contralor tiene su origen en las normas y principios de rango constitucional y se complementan con lo que las leyes de la República desarrollen en lo particular.

B. Jurisprudencia constitucional y principios rectores de la materia

Antes de ingresar a los tópicos por estudiar y como marco general es necesario mencionar los principios rectores de la contratación pública, ya que ningún tema inherente a la contratación administrativa puede ser comprendido sino se hace a la luz de esos principios. Es aquí donde se encuentra buena parte del mérito reconocido a la labor del tribunal constitucional, de esta manera, se pueden sintetizar los principios

⁵ ver en similar sentido lo que expone la Sala Constitucional en su voto 998-98, de a las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

constitucionales de la contratación administrativa (lo que se indica sobre jurisprudencia es tomado básicamente del voto 998–98) que en su totalidad derivan de la palabra ***licitación*** que se encuentra en el artículo 182 de la Constitución Política. Estos son los siguientes:

a) **Libre concurrencia**: tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece.

A lo anterior agregamos que *“...a partir de la referida hermenéutica restrictiva ha sido también posible derivar el sentido instrumental de la igualdad respecto de la concurrencia, puesto que, con base en ese marco interpretativo, los pliegos deben ser entendidos de modo tal que, frente a la alternativa que excluya al oferente de aquella que permita su participación en la selección, ante cualquier duda, debe prevalecer la admisión de la oferta, en tanto de esta manera se favorece la concurrencia”*.⁶

El fundamento social de la libertad en la concurrencia, en la materia que nos ocupa, puede localizarse en la obligación estatal de optar por relaciones de justicia distributiva en todo aquello que le sea posible. En esto se encuentra, como más adelante se verá, que la regla de las contrataciones sea la licitación pública pues, mediante ella se garantiza

6 COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública (nociones, principios, cuestiones)*. Depalma, S.A., Buenos Aires, 2000, p. 54.

una invitación abierta para que todos los oferentes interesados propongan a la Administración Pública su plica.

A pesar de lo anterior, la libre concurrencia puede verse afectada válidamente, en el caso costarricense, cuando se presenta, por ejemplo, alguno de los supuestos del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa; en ese sentido, hay casos en donde un determinado bien o servicio solo lo puede ofrecer un “único” proveedor, entonces, allí, puede contratarse directamente.

Y lógico resulta afirmar con Cassagne que *“Al promover la concurrencia del mayor número de ofertas la Administración persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (principio de eficacia) lo que no impide la observancia armónica de los principios de informalismo e igualdad...”*⁷

b) **Igualdad de trato entre todos los posibles oferentes:** principio complementario del anterior y que dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de **disposiciones legales o reglamentarias** con ese objeto, como en su actuación concreta y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental.

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Abeledo-Perrot, S.A., Buenos Aires, 1999, p. 43.

Agregamos que “..*pues no puede haber procedimiento selectivo con discriminación entre los participantes, o con cláusulas del instrumento que convoca que afecte eventuales proponentes calificados...*”.⁸ La igualdad, pues, es un principio que surge desde el llamado a licitación hasta que quede firme el acto de adjudicación; durante tal lapso, la licitante no puede redactar normas en el cartel que puedan obstruir o discriminar, beneficiar o favorecer, a un determinado oferente en detrimento, en ese mismo sentido, de los demás interesados.

Tal valor o principio comprende: consideración de cada una de las ofertas en competencia con las otras: sumisión a los plazos previamente establecidos para desarrollar el procedimiento, de haber modificación en ese sentido, debe ser bajo el respeto de los oferentes y sin menoscabar el derecho en estudio; durante el estudio, la administración que licita está sujeta a la normativa cartelaria y la demás aplicable; deben ser notificadas todas las actuaciones, entre estas, aquellas que aclaren, dispongan o deroguen la normativa particular del concurso; la consolidación del cartel, fenómeno propio del principio de seguridad jurídica, da confianza a las partes; las ofertas no se abren hasta llegado el acto de apertura; acceso a las diferentes actuaciones administrativas; posibilidad de conocer lo que otros cotizaron y, ante el fracaso de una licitación, que se invite posteriormente a una nueva participación.⁹

8 Texto en portugués: “*pois não pode haver procedimento selectivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivelem no julgamento...*” (traducción libre). MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. Revista Dos Tribunais, Brasil, 10ª edición, 1999, p. 25.

9 Ver en similar sentido: DROMI, José Roberto. **Licitación Pública**. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2ª edición, 1995, p. 100.

c) **Publicidad:** constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a la mayor cantidad de oferentes, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general, a todo el proceso de que se trate.

El principio de publicidad se ve cumplido básicamente cuando el negocio en sí, es puesto en conocimiento de la colectividad (empresarios o potenciales oferentes) y esto se alcanza cuando se publica, sea en La Gaceta (es la regla), sea en diarios de circulación nacional (la excepción), un resumen de lo que requiere la instancia que licita informando además, dónde específicamente podrían recabarse mayores datos sobre el particular. ¿Qué lógica está detrás del cumplimiento dicho?. Pues, que *“El cartel está hecho para ser conocido por la mayor cantidad de personas que sea posible. De este modo, la publicidad de la compra tiene una de sus mayores expresiones por este medio”*¹⁰ en aras de que, cuanto más se informa sobre el concurso, mayor cantidad de ofertas (de precios que compiten) puede recibir la administración que licita y así, entre muchos, previo estudio conforme a las reglas fijadas, sea seleccionada la que, se supone, sabrá llenar o satisfacer el interés público perseguido. Cuanta más publicidad, mayor competencia, y así, menores precios.

El principio que nos ocupa puede ser llamado de igual manera como el *“llamado a licitación”*, es decir, el anuncio o la invitación pública para que se acerquen a conocer la

10 SOLERA VÍQUEZ, José Antonio. *El cartel de la licitación*. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2001, p. 20.

necesidad por satisfacer y, luego, formulen sus respectivas plicas los que realmente pueden ofrecer. Surte un efecto jurídico de seguridad una vez que se concreta el llamado, esto es, la imposibilidad de modificar las cláusulas salvo que, por acción recursiva o a gestión motivada de la Administración¹¹, se cambie el contenido adjetivo o sustancial de una determinada norma o grupo de normas. Publicado el anuncio hay aseguramiento de que no se puede modificar al libre parecer las reglas que se fijan.

Nos dirá Cassagne en relación con el anuncio que *“Este... consiste en una invitación a presentar que traduce la voluntad de contratar de la Administración, sin que la formalización del llamado implique una `promesa de contrato’... habida cuenta de que no se trata de una relación jurídica regida por el derecho privado sino por el derecho administrativo, donde dicho anuncio constituye una de las etapas del proceso de formación de la voluntad administrativa”*.¹²

d) **Legalidad o transparencia de los procedimientos**, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción.

Lo anterior se resume en que, previamente a la invitación puede hacer, modificar, eliminar, entre otros, y siempre conforme a su mejor criterio, una, varias o todas las cláusulas de un cartel; sin embargo, una vez que se hace la publicación (invitación), tal documento pasa a ser regla o ley de partes y solo es viable modificarlo como se dijo

11 De suceder esto, la Administración debe otorgar un tiempo razonable para que los oferentes conozcan la modificación realizada y replanteen sus propuestas.

12 CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 53.

líneas atrás. Esto lo dice la doctrina patria de una forma similar: *“Dentro del esquema normativo, señalábamos que el cartel es norma de rango legal. Si a ello sumamos que la Administración puede hacer solo aquello que las leyes le permiten expresamente, es decir, lo que llamamos principio de legalidad, tenemos que dentro de un concurso específico, el cartel encara aquel marco jurídico que limita el accionar de la entidad contratante. Es decir, dadas una especificaciones y requerimientos, propuesto un sistema de evaluación y unas normas de ejecución, no pueden cambiarse aquellas posteriormente en nada que pueda lesionar los intereses de cualquiera de los participantes en el concurso”*.¹³

Puesto que el principio en estudio se convierte en una proyección de garantía a favor de quienes podrían verse afectados resulta importante dejar claro que esta legalidad no lo es por la mera legalidad como pareciera ser, más bien, el objetivo de este se encuentra en que, bajo reglas claras de previamente establecidas, se asegura (o por lo menos se busca asegurar) el recto obrar de los funcionarios públicos que al final de cuentas dirán a quien se adjudica. Lo anterior se relaciona a uno de los temas actuales más candentes en el Estado: la censura de quienes se comportan en contra de la ética pública.

Así, por el principio de legalidad se tutela que todos los funcionarios públicos sean coherentes en dar testimonio de buen servidor; principio de legalidad es el principio de la transparencia administrativa aplicado en cada una de las diferentes actuaciones. Amén de que este valor rector se relaciona íntimamente al principio de seguridad jurídica.

13 SOLERA VÍQUEZ, José Antonio. Op. cit., p. 20.

e) **Seguridad jurídica:** es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación.

Tal y como lo reconoce la Sala Constitucional, este principio concuerda con el norte del principio de legalidad y transparencia; ciertamente, de aceptar la subjetividad de los funcionarios encargados de las diferentes etapas del procedimiento, se estaría aceptando la competencia por el mero afán de ganar un concurso haciendo uso de los recursos de la libre oferta y demanda, en donde la calidad de lo que se ofrece se ve desterrado siendo la cacería de lo más barato, que no es necesariamente lo mejor; o lo más caro, que le aplica la misma posible consecuencia, comprometiéndose así la plena satisfacción del interés general y dando cabida a la corrupción.

Concluyendo en este punto, se cita lo dicho por su Santidad Juan Pablo II: *“...la transparencia en la administración pública, la imparcialidad en el servicio de la cosa pública... el uso justo y honesto del dinero público son principios que tienen su base fundamental en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas del funcionamiento de los Estados...”*¹⁴

f) **Formalismo de los procedimientos licitatorios:** en cuanto se exijan formalidades, estas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa, de manera que no se tengan como obstáculo para la libre competencia.

14 Juan Pablo II, citado por DROMI, José Roberto. Op. cit., p. 104.

El formalismo no es obstaculizar la eficiencia de la Administración Pública cuando se le pretende aplicar, más bien, el principio permite que cada etapa del procedimiento se lleve a cabo en estricto apego a lo que disponen las reglas de previamente establecidas.

Tal principio contiene en sí tres postulados:

a) la oficialidad. Este se impone a la autoridad administrativa en razón de la efectiva tutela o resguardo del interés general; es el deber de dirigir e impulsar el procedimiento y de ordenar la práctica de cuanto sea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión fáctica que se plantea

b) el informalismo. Trata del olvido de un hecho intrascendente ante la presencia de un norte superior a favor del interesado, es el reconocimiento de lo que es esencial en el procedimiento; la observancia de exigencias formales no esenciales que se pueden cumplir posteriormente (se cita un caso: la posibilidad de que un determinado oferente presente días después a la apertura de plicas documentos que viene a acreditar un elemento histórico alcanzado, eso sí, antes, incluso, de la fecha de apertura de ofertas; verbigracia: acreditación de experiencia), y,

Este principio pide interpretar en favor de los participantes, ya que traduce la regla jurídica del *in dubio pro actione*, es decir, la interpretación de la regla más favorable al ejercicio del derecho de acción para que se asegure, en todo lo posible, lo sustantivo de frente a elementos, sí, a cumplir, pero que no dejan de ser formales. De esta manera, excluir a un determinado oferente invocando faltas adjetivas, por lo menos en el caso costarricense, no puede ser de recibo; más bien, ante la falta, nace

una obligación administrativa de aplicar el principio formulando prevención, en aras de que quien incumple, se ponga en regla, y,

c) la eficacia. En cuanto a él, se puede pensar que a la administración que licita se le impone aplicar los principios de celeridad, sencillez y economía procesal que serían estos como los subprincipios del principio enunciado. El celo de la Administración Pública debe ubicarse exclusivamente en la comprobación de que quienes cotizan cumplan con los elementos sustanciales del cartel, siendo superables aquellas omisiones técnicas o los elementos dignos de una mera aclaración. Esto deriva de la propia lógica de los concursos públicos: adjudicar el negocio a quien mejor pueda responder a una necesidad apegada al interés público, pero lo antes posible, por cuanto si hay necesidad, debe haber respuesta efectiva y pronta, no retardada, pues a la larga, cuando se presente lo comprado, puede ser demasiado tarde, la lesión al interés público se habría concretado y la oficiosidad, la sencillez, la eficiencia y la economía procesal, seguirían siendo principios en abstracto.

g) **Equilibrio de intereses:** es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones derivados para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado al realizarlos fines públicos de este.

Más que tener al frente al soberano Estado contratando, la relación que se genera entre sujeto público y sujeto privado, debe partir de una paridad de intereses; así, mientras el Estado desea satisfacer una necesidad pública, por el otro lado, se tiene a un sujeto que si bien busca cierto lucro, también, colabora en que la administración alcance su objetivo

final. No se trata de aplicar potestades de imperio sin tomar en consideración a la contraparte; en la relación debe existir un mutuo entendimiento que permita a ambos sujetos, concluir su función en el trabajo pactado de la mejor manera.

h) **Principio de buena fe:** en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras en las cuales prevalezca el interés público sobre cualquier otro.

De entrada, se parte de la actuación de buena fe de las partes y, lo contrario, debe ser demostrado. Tal principio *“constituye una regla de conducta a que han de ajustarse todas las personas en sus respectivas relaciones. Lo que significa, como dice DIEZ – PICAZO: “que debe adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones; y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellas. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones deben cumplirse de buena fe”*.¹⁵

Desde luego que este principio se une a otro de los dichos líneas atrás: la transparencia, por la cual se sobrentiende que los funcionarios públicos, y las mismas partes interesadas en adquirir el negocio, son las que, desde las primeras de las etapas y hasta su

15 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Civitas, 3ª edición, Madrid, 1999, 30.

conclusión, deben actuar en estricto apego a principios éticos básicos y que detrás de cada procedimiento, están de por medio fondos o recursos públicos.

i) **Mutabilidad del contrato:** puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesario para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar.

Tal principio nace de las propia caracterización de la administración respecto de lo que se denomina potestades de imperio o hecho del príncipe, en el sentido, para este caso, de que siempre tendrá a su favor un sector de la normativa aplicable en aras de modificar los términos iniciales con que pactó; empero, se debe enfatizar que sí hay límite a ese principio de la mutabilidad, esto es, que al decidirse su aplicación, sea para disminuir o aumentar el objeto pactado, se pueden variar determinadas cláusulas. En cada acto de decisión en tal norte, debe obrarse conforme a los principios de la lógica, la razonabilidad, la conveniencia y la justicia o, en suma que se garantice la tutela al interés público.

j) **Intangibilidad patrimonial:** en virtud de ella, la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen de sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las

teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato).

Cierta parte de la doctrina denomina a este principio como “reajuste de precios” empero, al ser más que eso, pareciera que el nombre del principio: “intangibilidad patrimonial” es más apropiado.

Cuando el contratista estima su precio y lo manifiesta en su oferta, lo hace teniendo en cuenta la situación económico –financiera existente al momento de presentar la plica, sin embargo, tal cuestión puede verse alterada por causas imputables a la administración o por otras ajenas a su voluntad y que, tanto la una como la otra, vienen a modificar el equilibrio económico previsto. El resguardo en el pago real del contratista es lo que la Constitución tutela a favor de quien, por lo dicho, podría ver cercenado su derecho al equilibrio.

k) **Control de los procedimientos:** principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. De manera que es necesaria, en todo el procedimiento de la contratación administrativa, al menos, la verificación de los siguientes controles:

El jurídico, para comprobar que ninguna entidad o funcionario realice acto alguno o asuma conductas que transgredan la ley, realizado mediante la verificación de la existencia previa de recursos económicos.

El contable, que es el examen o juzgamiento de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios que tienen a su cargo la administración de fondos y bienes del Estado, que deriva de la revisión constante y sistemática de todas las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa o la Contraloría, a fin de que los gastos tengan su respaldo financiero y se ajusten a la clasificación establecida, es realizado por las oficinas de control de presupuesto y contabilidad de cada ente o institución contratante.

El financiero, que consiste en la fiscalización de la correcta percepción de ingresos y de la legalidad del gasto público, de competencia de las propias oficinas financieras de las instituciones, la Tesorería Nacional, la Oficina de Presupuesto, y la Contraloría General de la República; y,

El control económico o de resultados, que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión, la determinación del cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento óptimo de los recursos, control que se lleva a cabo muy parcialmente por parte de las instituciones y no se ha concebido como un efectivo instrumento para el desarrollo gerencial e institucional.

No se profundiza más acerca de este último dado que es bastante claro lo dicho por la Sala Constitucional, amén de que se relaciona, en el fondo, con los principios ya citados.

En resumen, y para dejar más clara la temática tratada, tenemos:

Principio	Definición básica	Otras consideraciones
<i>Libre concurrencia</i>	Afianza la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política	
<i>Igualdad de trato</i>	Es garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso.	
<i>Publicidad</i>	Busca dar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a la mayor cantidad de oferentes	
<i>Legalidad o de transparencia</i>	Los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción.	
<i>Seguridad jurídica</i>	Al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación.	
<i>Formalismo</i>	En cuanto se exijan formalidades, estas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa, de manera que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia.	Posee los subprincipios de oficialidad, informalismo y eficacia. Este último a su vez, se descompone en los subprincipios de celeridad, sencillez y economía procesal.
<i>Equilibrio de intereses</i>	Es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones derivados para el contratante y la administración	
<i>Buena fe</i>	Se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras en las cuales prevalezca el interés público sobre cualquier otro.	
<i>Mutabilidad del contrato</i>	La administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesario para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar.	
<i>Intangibilidad patrimonial</i>	La administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen de sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado	
<i>Control de los procedimientos</i>	Todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos.	Se descompone en los controles jurídico, contable, financiero y económico o de

		resultados.
--	--	-------------

C. La huida del derecho administrativo: la huida de la contratación administrativa

Pretendiendo hacer solo un espacio de reflexión, se considera oportuno expresar algunas cuantas palabras en relación con la intención patente (no tanto de ahora sino de meses atrás) de restarle algunas competencias al órgano contralor. Entre esos deseos de un sector de la sociedad, estaba el de trasladar la materia de la contratación administrativa a una especie de tribunal administrativo (tipo tribunal fiscal) con el fin de hacer “más eficiente su trato”.

Lo anterior a todas luces era improcedente: uno, porque ello debió contemplar significativamente la reforma de la propia Constitución, ya que por ley no era posible y, dos, porque a pesar de haberse planteado de esa manera, tal reforma de la Constitución no era procedente porque en asunto de competencias del órgano contralor, la propia Sala Constitucional ha dicho que no se le pueden restar competencias dadas por la propia Constituyente; en cambio, sí aumentarlas. Esto puede verse mejor en lo mencionado líneas atrás.

Seguidamente, se hará un estudio crítico sobre el tópico de la huida del derecho administrativo, con la clara intención de afirmar que ese mismo deseo lo poseen algunos costarricenses sobre el tema de la contratación administrativa.

Los autores más preclaros del tema expresan que existe una presión fuerte de las instituciones públicas para que se salgan de la ley (del ordenamiento jurídico público) con el argumento de que la modernización, la competencia del sector privado, la eficiencia, entre otros, es innegable. Tal privatización de sectores regidos por el derecho público es que se conoce, grosso modo, como la huida del derecho administrativo. Una huida hacia el mundo de lo privado dejando los fondos públicos sin controles y quitando la naturaleza pública de las instituciones sin el mínimo interés de cumplimiento del objeto para el que fueron creadas, es decir, con olvido del interés público que deben alcanzar.¹⁶

Así, se considera que la huida del derecho administrativo (entendida dentro de esta la huida de los controles en la contratación administrativa) hacia la privatización del sector público y su entrega al derecho privado (civil y

16 Ver en similar sentido, ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *Contratos y aeropuertos*. Ediciones Lux, San José, 1999, p. 28.

mercantil), cuando hay fondos y funcionarios de por medio, rompe las reglas de la sociedad democrática y del Estado de Derecho.

Se trata de un golpe de Estado pacífico y desde el seno mismo del aparato estatal para consolidar el Estado de bienestar de los que tienen el poder, en perjuicio directo e inmediato de las clases sociales menos pudientes.¹⁷ La huida del derecho público al privado es la huida del derecho, no se pretende un nuevo modelo de sumisión de la administración del derecho, sino la libertad de movimientos, con la consiguiente disminución de garantías jurídicas. Es la privatización del Estado, de los entes regidos por el Derecho Público, violando la garantía constitucional de la reserva de Derecho Administrativo, es decir, los entes públicos son concebidos para estar regulados por el orden público.

García de Enterría y Ramón Fernández dirán que:

Últimamente el legislador ha comenzado a privatizar (...). Bajo el pretexto de “flexibilizar” la acción administrativa, se está articulando una acción deliberada de “huida del derecho público”. / Silvia del Saz, llama a esto la violación del Derecho Constitucional, porque existe en la Constitución Política una reserva de Administración o del derecho administrativo, que no permite que entes públicos sean casados de la esfera de este derecho, para ser incorporados a un régimen de derecho privado, evitando los controles públicos (legalidad de la Administración, contratación administrativa, interdicción de la arbitrariedad, régimen de presupuestos públicos, control a cargo del Tribunal de Cuentas, (...)).¹⁸

Ante este panorama y basado en el Estado Constitucional de Derecho, valga ahora recalcar que la Contraloría General de la República, en un esfuerzo interpretativo en aras de preservar las competencias que el Constituyente le dio y que obligatoriamente debe cumplir, ha debido anteponerse a claros ejemplos de la pretendida huida de las regulaciones en materia de contratación

17 Ver J.M. Sala Arquer, citado por ROMERO PÉREZ, op. cit., p. 28.

18 Autores citados por ROMERO PÉREZ, op. cit., p. 28.

administrativa. Así, por ejemplo, a pesar de que la Ley de Creación de Correos de Costa Rica como Sociedad Anónima expresamente indica que no le aplica la Ley de Contratación Administrativa, en un recurso de apelación de compra de motocicletas señaló, el órgano contralor, que no importa la naturaleza del sujeto, sino que al manejar fondos públicos, su competencia seguía aplicando.¹⁹

Ahora se encuentra un elemento común en la toma de la opción por privatizar, volver “privados” entes, órganos, instituciones que desde su nacimiento son públicos pero que no son eficientes por estar, paradójicamente, reguladas por el Derecho Público. Así, la tendencia ha sido caer en el fenómeno de la huida o como se dice: de la *pseudoprivatización*. Esto porque en un primer momento, el mundo jurídico privado ingresa o toma lo público en materia mercantil e industrial, hoy, porque tal realidad de la huida alcanza funciones típicamente administrativas.

Tal proceso de privatización, que no supone de por sí, un repliegue de la actividad administrativa, sino únicamente su disfraz mediante el recurso o la toma de las formas y modos organizativos del régimen privado, se ampara en una fallida y supuesta inutilidad del derecho administrativo que aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los intereses públicos; no solo eso, sino también un obstáculo para lograr el mencionado fin.

¹⁹ Ver, entre otros, oficio 11894, de 8 de noviembre del 2000, de la División de Asesoría y Gestión Jurídica.

Ante tal situación, se opta por la huida o lo que se puede decir también como la reducción del campo de acción del derecho administrativo, pues el derecho privado ofrece un medio alternativo para la consecución de los fines que interesan a la generalidad de las personas. Empero, allí donde el orden privado ofrece un medio para alcanzar el fin en el campo que sea, se renuncia a su vez, a las prerrogativas que el derecho administrativo atribuye a la Administración a cambio de evitar las sujeciones más estrictas a las que este la somete.

Para que la Administración alcance sus metas, todo su accionar debe hacerse bajo la tutela y la aplicación del principio de legalidad en el sentido de vinculación positiva a todo el ordenamiento para la adopción de decisiones que afectan negativamente la libertad y los derechos de los ciudadanos, el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de objetividad, el de igualdad ante la ley, la libre concurrencia, el control del gasto público, la publicidad y transparencia, el acceso a la función pública conforme a los méritos o en suma de acuerdo con la idoneidad de la persona, el respeto de los intereses legítimos, entre otros.

Tales principios de actuación que emanan de la propia Constitución Política, velan por una adecuada relación entre el poder público y los ciudadanos, pero también y ello es importante, por una tutela o defensa de los intereses públicos frente a los propios administradores impidiendo que estos puedan adoptar decisiones que los vulneren o dañen.

Al contrario, el derecho privado no busca satisfacer el interés público ni tiene porque garantizarlo, ni se preocupa por asegurar el sometimiento de los poderes públicos a los parámetros constitucionales, ni busca proteger los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos frente al poder público. Tampoco regula que la conducta de los empleados esté acorde con la legalidad sino meramente a la sola necesidad de establecer ciertos límites a personas que actúan bajo la autonomía de la voluntad. En lo privado, se contrata al personal o los bienes y/o servicios sin mayor importancia, solo para cumplir con objetivos de la empresa sin importar los verdaderos intereses de los ciudadanos.

Aun más enfáticamente, cierta parte de la doctrina estima que la huida al derecho privado constituye una rebeldía contra el triunfo del derecho administrativo garantizador y que lo pretendido realmente es escapar a todo un ordenamiento jurídico, a todo un pensamiento plasmado en la Constitución y la ley que favorece plenamente a la persona y, por ende, al interés público. Otro sector de la doctrina estima que lo buscado es escapar a los controles y, en definitiva, escapar de la Constitución.

Desde luego se defiende la tesis de que este tipo de opciones resulta del todo en una práctica que atenta y lesiona el Estado Constitucional de Derecho y con ello, se atropella el texto de la Constitución; esto es así porque no es posible que las instituciones públicas y el cumplimiento de los fines públicos huya al derecho privado, ya que el régimen jurídico administrativo goza de una garantía institucional por cuanto la Constitución recoge en diversos preceptos la existencia de un régimen de derecho público o administrativo y de una

jurisdicción contencioso administrativa que controla, a través de la aplicación misma de ese derecho público que esos preceptos sean cumplidos con lo cual, de admitir esa huida y la aplicación del derecho privado entonces, las garantías, los preceptos, quedan en simple letra muerta.

Así las cosas, el discurso de la ineficiencia de las instituciones públicas (la ineficiencia del órgano contralor en la materia de interés) no puede ser de recibo, porque obrar de tal modo significa coartar la palabra suprema de la Constitución; lo que debe proceder urgentemente, pues no se niega la inoperancia del Estado como un todo, es una profunda revisión del espectro estatal como un todo; revisar, meditar y reflexionar en aras de modernizar a los sujetos participantes de la gestión pública, para que así alcancen grados aceptables y admirables de eficiencia, todo lo cual redundará, positivamente en respuesta oportuna y satisfactoria a los intereses de la sociedad que es, a fin de cuentas, el cumplimiento del fin público que siempre está de por medio.

En el caso particular, el objeto era trasladar la competencia dicha, que es constitucional, a una especie de tribunal, pero ello no era más que una “máscara” para flexibilizar el despliegue de una tarea estricta y de responsable celo encomendada de modo exclusivo a la Contraloría General de la República.

En esto cabe la gratitud a la Sala Constitucional por ser más que clara en sus diversos criterios respecto de la Contraloría General de la República, sobre sus competencias y la imposibilidad de restarle lo que por voluntad del Constituyente se le asignó como tarea, en el Estado Constitucional de Derecho

de este país, de no haber sido de esa forma, los que osan del poder e impiden el control, estarían de plácemes.

Capítulo II: Tema de la Ley y el Reglamento

Ya que la actividad de la contratación pública es parte esencial del quehacer cotidiano de la Administración Pública conviene ahora ingresar, de modo concreto, a lo que dispone en algunas de sus partes (o temas) la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

Las compras y/o ventas que realice el Estado, deben hacerse, primordialmente, por lo que dispone la Ley de Contratación Administrativa y su inferior inmediato, el Reglamento General sobre la materia. Tal cuerpo de normas encierra una serie de conceptos de sumo interés tratados de manera amplia por la Contraloría General de la República y, no en pocos casos, por la Sala

Constitucional. En este aparte se hará, por lo tanto, un estudio de lo que ha señalado la jurisprudencia constitucional desde 1995 a julio del 2001, en relación con temas claves de la contratación administrativa.

A. Tópicos, normativa, doctrina, jurisprudencia constitucional y administrativa. Parte I

1. Convenios internacionales

Básicamente este tema versa sobre la posibilidad de recurrir a convenios, contratos, empréstitos internacionales, en donde se han dispuesto diferentes procedimientos de contratación administrativa a los previstos por la ley común; en tal sentido, mediante voto 461-96, de las dieciséis horas treinta minutos del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y seis, la Sala Constitucional dispuso que, en uno de los varios casos analizados, por Ley 7315 aprobada por la Asamblea Legislativa, se autorizaba a un organismo para ejecutar un proyecto, entre otras cosas, el organismo podía contratar de modo directo los servicios de consultores profesionales o expertos para dar cumplimiento a las disposiciones del contrato aprobado.

Ello, de acuerdo con lo que estipulaba el contrato en cuanto al procedimiento, por lo que las actuaciones tanto de las entidades recurridas como de la Proveduría Nacional estuvieron de conformidad con la normativa aprobada en un Convenio Internacional que a partir del artículo 7 de la Constitución Política está por encima de la legislación común, según la jerarquía del ordenamiento jurídico vigente en el país.

Acotó tal fallo que si bien un tratado internacional (contrato con el Banco Mundial entre otros posibles), al ser aprobado por la Asamblea Legislativa está por encima de la legislación común (leyes de la República) lo cierto del caso es que, procedimientos de contratación diversos a los que estipula la Ley de Contratación Administrativa, no pueden apartarse de los principios rectores de la materia que son de rango constitucional por lo que estarán por encima de aquel.

Así las cosas, bien pueden ampliarse, obviarse o innovarse los procedimientos de contratación administrativa pero tales, no pueden descuidar o desacatar los principios (libre concurrencia, igualdad, entre otros) que posee, en su contenido abstracto, el artículo 182 de la Constitución.

Cabe mencionar que los convenios internacionales están exentos de la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa por cuanto su numeral 2, incisos del a al h, indica que estarán excluidos de su aplicación, una serie de supuestos y ello por razones de lógica, conveniencia y razonabilidad. Este tipo de excepciones si bien autorizan la no utilización de la regla de la licitación pública o sus inferiores, no contradice el respeto a los principios constitucionales señalados líneas atrás.

Parte de la redacción de interés dice: *“Quedan fuera del alcance de la presente ley las siguientes actividades: 1. Las relaciones de empleo. 2. Los empréstitos públicos. 3. Otras actividades sometidas por ley a un régimen especial de contratación.”*. Tales empréstitos son los que se hacen mediante convenio internacional y ocupan rango, incluso, superior al de la ley.

Entonces, la no aplicación de la normativa de la materia, no puede descuidar el asumir los principios en sus estipulaciones así, un empréstito internacional no está autorizado para desaplicar la Constitución Política (tanto escrita como no escrita). En esto, conviene citar lo que el artículo 12.2 del Reglamento General de Contratación Administrativa expresa: *“La Administración no puede inaplicar el régimen de contratación administrativa para un caso particular.*

Únicamente el legislador, mediante autorización expresa, puede establecer la aplicación de procedimientos sustitutivos especiales, sea por definición expresa de esos procedimientos o por remisión a conjuntos ciertos y determinados de normas. En estos casos, serán de plena vigencia los principios generales de la contratación administrativa regulados en la Ley y el presente reglamento”.

De esta manera, cuando el legislador autoriza por ley la aplicación de procedimientos diferentes de contratación, lo hace solo en cuanto a estos ya que no podrá realizarlo con base en la desaplicación de los principios que rigen la contratación administrativa pues sería lesionar la Constitución Política.

En resolución RL-202-96, de las quince horas del treinta de agosto de mil novecientos noventa y seis, de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa del órgano contralor, se expresó:

V-. POR CUANTO: SOBRE LA APLICACION DE LAS NORMAS DE CONTRATACION DEL CONTRATO DE PRESTAMO. Ante las manifestaciones tan categóricas de la Administración en cuanto a la aplicación de las normas de contratación del Banco Mundial, contenidas en el contrato de préstamo 3205-CR, suscrito entre el Gobierno de la República y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, debidamente aprobado por la Asamblea Legislativa mediante la Ley N°7238 de 17 de mayo de 1991, este Despacho estima impostergable recordar que, en este aspecto, la Sala Constitucional ha emitido una posición vinculante "erga omnes" para estos casos, de la cual se puede retomar, en lo que nos interesa, la siguiente idea:

"...los contratos de préstamo no pueden significar compromisos de ejercer o de no ejercer el poder público en sí mismo, ni modificar o imponer la modificación de la legislación interna del país deudor en forma permanente, ni mucho menos, establecer condiciones que atenten contra el orden público de ese país. Sin embargo, es universalmente aceptado que en esos meros contratos públicos se pueda excepcionar la aplicación de determinadas leyes u otras normas a la materia del contrato, razón por la cual precisamente deben ser "aprobados" por el poder legislativo, sin que nada de ello los convierta en tratados o en leyes en sí, pero tampoco que los haga inválidos o ineficaces, siempre que tales excepciones sean temporales y razonablemente adecuadas al objeto del contrato, de manera que la desaplicación o excepción de la legislación común tiene como límites, no solamente la Constitución, lo

cual es de principio, sino también aquellas normas o principios que correspondan al orden público en su sentido específico" (Cf: Voto N°1075 de las 17:30 horas del día 29 de agosto de 1990, Considerando VIII).

De lo antes transcrito, habría que señalar en primer lugar que la Jurisprudencia Constitucional es -en palabras de la propia Sala- intangible aun para la ley misma; siendo entonces que por rango de jerarquía legal, mucho menos podría venir a modificarse por la vía de un Decreto del Poder Ejecutivo. Así las cosas, en nuestro criterio, la aplicación del artículo 82 del Reglamento General de Contratación Administrativa, debe dimensionarse en armonía con el Voto de la Sala anteriormente citado, y a la hora de acoger las disposiciones de contratación del convenio de préstamo para un trámite concreto, deberá hacerse la debida depuración de aquellos aspectos que pudieran resultar disonantes con los principios generales de la contratación administrativa costarricense. De todas maneras, nos parece que lo dicho anteriormente es reflejado por el mismo artículo 82 reglamentario, al expresar dicha norma:

"(...) En estos casos (cuando se establezca la aplicación de cuerpos normativos elaborados por el organismo internacional de crédito), serán de plena aplicación y vigencia los principios fundamentales de la contratación administrativa y procederá el ejercicio de los recursos de acuerdo con las reglas definidas en la normativa nacional.(...)"

Lo anterior significa que si bien en estos casos es posible jurídicamente aplicar procedimientos de contratación diversos a los establecidos en nuestra legislación nacional -de manera temporal, sea, mientras se ejecutan los fondos del préstamo-, la Administración se verá siempre en la inexcusable obligación de tamizar los mismos de frente a los principios generales de nuestra ley. Hecha la observación anterior, pasaremos de seguido a considerar los argumentos de la firma objetante en contra de ambos pliegos.

Como dato para distinguir, es importante señalar que la Sala Constitucional expuso la diferencia entre un empréstito y un tratado:

II. – La Sala considera improcedente calificar un “empréstito” o “convenio similar” como “tratado”, “convenio”, “convenio”, “convención”, “pacto”, “carta”, “protocolo” o cualquier otro de los términos que los textos, la práctica, la doctrina o la jurisprudencia de Derecho Internacional Público utilizan para designar en general, los negocios jurídicos tendientes a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas públicas que obliguen, limiten o condicionen el ejercicio del poder público en sí mismo, concluidos entre dos o más personas plenas de Derecho Internacional (es decir, Estados, organismos internacionales u otros entes tradicionalmente reconocidos por tales (...).²⁰

Ahora, por empréstito, contrariamente, debe entenderse aquel instrumento negocial que otorga un crédito siendo generalmente el deudor un ente público. No se trata de un

20 Ver voto 1075–90, de la Sala Constitucional, supra citado.

mero empréstito con rango superior al de las leyes de la República; así, en estricto sentido jurídico, es un contrato de crédito que por Constitución debe ser promulgado como ley por tratarse de un contrato público sujeto a la aprobación de la Asamblea Legislativa, además, este tipo de normativa no tiene *“por objeto obligar, limitar o condicionar el ejercicio mismo del poder público, del que incluso podría carecer y casi siempre carece el deudor, ni mucho menos se celebran necesariamente entre dos o más sujetos o personas jurídico–internacionales, todo lo cual es esencial al concepto de “tratado” o cualquiera de sus similares en derecho internacional”* (Ver voto 1075–90, ya citado).

La Sala Constitucional ha mencionado en el mismo voto citado que:

VII. – De la misma manera, *mutatis mutandi*, la aprobación que la Asamblea Legislativa dé a los empréstitos y otros convenios que se relacionen con el crédito público, de conformidad con el artículo 121 inciso 15 de la Constitución, no les altera su naturaleza administrativo–contractual, ni les confiere el carácter de las leyes, aunque sí lo tenga la que los aprueba en sí. Es evidente que tal aprobación legislativa corresponde más bien a una función tutelar, en ejercicio de un control, político (...)

A lo anterior, conviene reiterar, a manera de conclusión que a los empréstitos les es permitido obviar la aplicación de ciertas leyes u otras normas en materia contractual, sin embargo, tal posibilidad tiene sus límites, por la jerarquía de las fuentes normativas en donde, naturalmente, la Constitución Política es el primero de ellos. Otros límites serían las normas públicas, el comúnmente llamado principio de legalidad y los restantes enunciados constitucionales (igualdad, libre concurrencia, entre otros) y, en general, el orden público. Es normal que los empréstitos públicos internacionales busquen aplicar normas de contratación diferentes a las que comúnmente deben utilizar los sujetos que se endeudan, pues deben, esos organismos que prestan, garantizarse la correcta aplicación e inversión de sus fondos ya que con ello, dan cumplimiento a sus propias exigencias legales o reglamentarias, como instituciones bancarias que son.

2. La licitación pública es la regla

Por resolución 998–98, de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, la Sala Constitucional expuso que es una obligación que deriva del artículo 182 de la Constitución Política, que toda contratación que lleve a cabo el Estado se haga mediante el procedimiento de la licitación.

Expresa el mencionado fallo:

El propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darle solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los Gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, la sensible reducción de ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial, y en especial, para ponerle fin a la

práctica generalizada de “los contratos sin licitación”, que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la Oposición (Acta 164 de la Asamblea Nacional Constituyente), de donde nació la necesidad de consignar el principio en la propia Constitución, como expresamente lo indicó el constituyente Castro Sibaja. Por ello, como lo afirma en su informe la Contraloría General de la República y se verifica con el estudio de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, la discusión de la contratación del Estado y la creación y atribución de funciones de la Contraloría General de la República, generó poca discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, dado el consenso nacional de la necesidad de una normativa firme que coadyuvara a solucionar tales problemas. Y es en este sentido que debe entenderse el procedimiento de contratación; es decir, como el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos, constituyéndose, entonces, en principio de orden público derivado de la transcrita norma constitucional, en tanto resulta el “**medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración** (sentencia número 1205-96).

Al amparo del pensamiento de la Sala Constitucional en este voto, se tiene que el procedimiento de licitación pública (**obsérvese que la Sala lee licitación pública en el artículo dicho –fenómeno de la mutación constitucional–**) que el artículo 182 de la Constitución Política dispone, encuentra su razón de ser, no solo en relación con el interés del Estado, sino además, con el de los administrados.

Por lo tanto, se puede afirmar que en lo que atañe al Estado, se busca conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del servicio público, en la calidad de la prestación que se brinda a los usuarios y según la naturaleza de cada caso, de las condiciones económicas, tanto para definir la economía de la operación que realiza el contratista, como también el costo que implica para los usuarios, continúa diciendo el razonamiento de la Sala Constitucional.

Por lo expuesto, puede afirmarse que la licitación pública es un procedimiento de garantía para el interés público. En este orden de ideas, por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan

cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre concurrencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles, entre otros.

Es un procedimiento administrativo tipificado por una serie de actos, cuyo principal objetivo es la selección del contratista más idóneo, para lo cual se cursa invitación en forma pública y general a los potenciales oferentes para que estos hagan llegar sus ofertas a la administración contratante con la finalidad de que esta las estudie, clasifique y adjudique, de acuerdo con las condiciones establecidas en el cartel o declare desierto el concurso, si estas no se ajustan a los requisitos establecidos, todo lo anterior, con el objeto de sanear la administración de los fondos públicos. Termina diciendo la Sala Constitucional.

Se puede comprender, entonces, que el objeto de la redacción del numeral constitucional de interés de este estudio, obedeció al deseo de los constituyentes de darle solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los diferentes gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, la sensible reducción de ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial y en especial, para ponerle fin a la práctica generalizada de “*los contratos sin licitación*”, que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la oposición.²¹

En esto es posible referirnos al tema de la corrupción que, aunque fuese parte del espíritu reinante en los constituyentes de 1949, no deja en nuestros días de tener sus efectos, diría evidentes, en la temática que nos ocupa. En efecto,

21 Puede leerse el Acta 164 de la Asamblea Nacional Constituyente.

Es la corrupción la que impulsa a las personas a tomar decisiones obedeciendo a intereses ajenos a los legítimos sin valorar las consecuencias que ello acarrea para la sociedad. Así, los funcionarios/as públicos/as en ese flagelo, atienden a intereses de otro orden antes que al interés público, norte y fin de la Administración Pública en el cumplimiento de sus deberes.

La corrupción genera impactos importantes en el plano económico, político y social. En el plano económico ya que aumentan los costes de los bienes y servicios, la deuda de un país (ya que se amplía más bien ésta, se flexibilizan las normas de modo que se adquieren bienes que no cumplen con los mínimos establecidos o se adquieren con la tecnología inapropiada o innecesaria lo cual hace que se aprueben asuntos o actos tomando como relevante el valor de capital inmerso más que la mano de obra y ello es lógico por cuanto lo primero es lo lucrativo para el que ejerce la corrupción. En el plano político por cuanto reproduce y consolida la desigualdad social y preserva las redes de complicidad...

...además, existe una distorsión a los incentivos económicos pues el interés de los oferentes en los concursos de la Administración será el de manipular a los funcionarios que tengan a cargo el proceso de selección de uno de ellos. Se destruye el profesionalismo ya que el interés por los sobornos reemplaza los criterios de orden profesional...²²

Ahora, conviene aclarar en relación con lo afirmado, que la licitación y más, que la licitación pública es la regla y todos los demás procedimientos, la excepción. Así, ha sido reiterada la crítica en cuanto a los atrasos que vive el aparato estatal en las compras que hace, críticas de paso totalmente injustificadas pues, como puede verificarse, la responsabilidad no es del procedimiento, sino, más bien, de los funcionarios públicos encargados de su puesta en marcha.

En el sentido comentado, debe traerse a colación lo que Comadira expresa:

Por lo expuesto, reiteramos que no creemos que corresponda oponer libre elección a licitación pública, ni libre elección a principio de selección o seleccionabilidad. En efecto, entendemos que esta última es, en rigor, el verdadero principio en la materia, en el sentido de que, con la selección – como antes dijimos– se procura lograr un actuación administrativa moral, eficaz y respetuosa de la igualdad.

Así afirmado el principio de la seleccionabilidad, cabe entonces, determinar si dentro de él procede, como criterio general, la selección discrecional (libre elección) o bien la reglada (alguno de los sistemas de restricción a la discrecionalidad) y, dentro de ésta, cuál.

En ese sentido estimamos que en el marco de la Constitución nacional corresponde afirmar como norma el principio de la seleccionabilidad reglada y pública mediante sus posibles especies (licitación pública,

22 CAMPOS MONGE (Christian Enrique) en Revista Enlace de la Contraloría General de la República. Diciembre del 2001. Título: “*Ética y Probidad en la Gestión Pública (a propósito de la corrupción)*”, p. 21.

concurso público, o, en fin, cualquier otro procedimiento que limitando la libertad del funcionario obligue a éste a contratar con sujeción a pautas concretamente predeterminadas de publicidad, concurrencia e igualdad).²³

En el caso costarricense, aunque la Sala Constitucional es enfática en relación con la regla que sigue nuestra Carta Magna, lo cierto del caso es que, la ley, como el reglamento de la materia, así como lo ha aceptado la propia jurisprudencia del alto tribunal, aceptan otros procedimientos de contratación menos gravosos (licitación por registro, restringida, directa, entre otras) que permiten atenuar la presencia plena de los principios constitucionales anteriormente comentados, en ese sentido, al parecer, un principio como el de eficiencia, en casos calificados, puede sobreponerse al de publicidad; un ejemplo: se requiere comprar un determinado medicamento, la suma por pactar es elevada, este se requiere en menos de 24 horas. En un supuesto así, ante la tutela del derecho a la vida, de la salud, bien puede contratarse directamente la droga.

En casos excepcionales se permite dejar de lado la regla del concurso público, por cuanto en la mayoría de esos otros tipos de procedimiento se aplican aunque sea medianamente, los principios rectores y, en los menos, se procede en detrimento de lo que ordena la ley, en materia de procedimientos por utilizar, cuando lo que está de por medio son otros principios o valores de rango superior: el interés público, por ejemplo.

23 COMADIRA, Julio Rodolfo. Op. cit., p. 93.

Entonces, conviene hacer un último señalamiento y es que, como se mencionó, la regla es la licitación, pero esta admite otro tipo de procedimientos. Efectivamente, el espíritu de la Constitución no podría ser que las compras sean solo mediante licitación pública; lo ideal es que las compras en la generalidad se hagan mediante procedimientos que garanticen libre concurrencia, igualdad y publicidad, por lo menos, y esto, en otros procedimientos como el por registro, restringida, incluso en los directos autorizados previamente por la Contraloría General, se cumple. En ninguno, contrario sensu, se puede pactar de modo directo con tercero; al contrario, la decisión de adjudicar a uno en concreto debe, como en la licitación pública, quedar documentado debiendo estar, el acto como tal, debidamente motivado y justificado.

La Contraloría General de la República ha dicho, reforzando parte de lo dicho, lo siguiente:

Nuestra Constitución Política propone que sea la Licitación Pública la regla para que el Estado y sus instituciones contraten los bienes y servicios para cumplir sus cometidos legales, de modo que los supuestos de contratación directa constituyen excepciones a esa regla, y como materia de excepción deben ser interpretados en forma restrictiva. En ese sentido, el pensamiento que imperó en los Constituyentes de 1949 fue el ubicar a la Licitación Pública como el eje central de los procedimientos de contratación que llevara a cabo el Estado costarricense y sus instituciones, con independencia de su forma de organización.

Así, **“toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación”** (art.182, Constitución Política) y como ya lo había comentado la Sala Constitucional en su Voto N°2101-91, debe ser realizada por el procedimiento de la Licitación Pública. (ver 5855, del 31 de mayo del 2001).

Además,

Si bien es cierto que la citada norma autoriza a la Administración para contratar con organismos sin fines de lucro, lo es también, que este evento se configura como una excepción a los procedimientos concursales, aplicable al caso en que, aun existiendo norma especial que regule un

determinado supuesto fáctico (Concesión de instalaciones públicas), su aplicación se tenga como la forma idónea (casi única) de satisfacer, tanto el interés general como el de la Administración. Paralelo a la aplicación de esta excepción a los procedimientos de concurso, debe de tenerse en cuenta el beneficio que la Administración obtenga al contratar con una entidad sin fines de lucro. No se trata de contratar por contratar, solo por el hecho de tener en frente a una entidad no lucrativa. Este actuar de la Administración supone que, frente a otros potenciales oferentes del mercado nacional, el organismo ajeno al espíritu de lucro le ofrezca y garantice condiciones más beneficiosas, tales que inclinen la balanza en su favor, no solo por el tipo de organismo de que se trata, sino, también por los beneficios que pueda derivar, en este caso, el Registro Nacional. Así, si la Administración recibe un beneficio económico por la concesión de los puestos del vestíbulo central, no vemos razón del por qué, en aplicación de la norma del artículo 203 del Reglamento de la Contratación Administrativa, deje de percibirlo, máxime entratándose del mismo tipo de actividad.

En todo caso, la utilización de las vías excepcionales de contratación, no implica el abandono a los principios de la contratación administrativa, ni mucho menos, a variar las condiciones esenciales que la figura jurídica exige, en el caso de aplicarse el procedimiento ordinario de regla. Hablamos en particular, de las exigencias del artículo 193 del Reglamento de la Contratación Administrativa, en relación con el pago del precio y la fijación de un plazo prudencial, lo mismo que del respeto a los procedimientos, tendentes a buscar la mayor participación e igualdad de trato. (subrayado nuestro) (ver DGCA - 1063-96, de 16 de agosto de 1996).

3. Creación de nuevas figuras contractuales

Siguiendo con el voto 998–98, la Sala aborda el tema de las figuras contractuales no reguladas aun por el Derecho Público. De la doctrina que deriva del artículo 182 de la Constitución se comprende, según explicó el cuerpo de magistrados, que aplica a toda la actividad contractual del Estado, sin importar las distintas modalidades o tipos contractuales que la administración utilice para lograr su fin, sea la satisfacción del interés público. Lo anterior, siempre y cuando su implementación se haga con respeto de las normas, principios y requisitos constitucionales.

Tal y como lo afirmó la Procuraduría General de la República, en la respuesta a la audiencia que le otorgó la Sala Constitucional para resolver el recurso cuyo número de

voto fue antes mencionado, *“la utilización de figuras contractuales no reguladas en forma expresa en el ordenamiento jurídico administrativo no resulta contrario al orden constitucional, por cuanto se reconoce al Estado, tanto la capacidad de Derecho público como de Derecho privado –artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública– . El sentido indicado es el que permite concebir al Estado actuando dentro de las líneas modernas de contratación, pero siempre dentro del campo del Derecho administrativo y ello evita desembocar, por el contrario, dentro de un marco inflexible de actuaciones, que como tal sería ilógico, porque limita la capacidad contractual del Estado, ciñéndolo a un listado agotado de “negocios” que estará determinado por ley; esto implicaría “amarrar” a la Administración en su propio perjuicio y desde luego, en detrimento de la satisfacción del interés público que tiene encomendado”*.

Por ello, se mantuvo la normativa que había sido impugnada, a saber:

Artículo 3, párrafo segundo de la Ley de Contratación Administrativa:

Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico administrativo. En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa.

Y el numeral 66.1 de su Reglamento *“(…), siempre que lo haga dentro del marco general de los procedimientos ordinarios que establece la Ley de Contratación Administrativa y regula este Reglamento, y justifique que con ellos se contribuye a satisfacer el interés general y no únicamente el interés de la institución”*, tales normas no resultan contrarias al orden constitucional, por lo que debía desestimarse la acción en estos extremos, concluyó la Sala.

La Contraloría General, complementando esto y previamente al voto de la Sala, había dicho, en lo que interesa y para dejar aún más clara la temática:

El artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, que corresponde al Capítulo VII, titulado "Regulaciones Especiales", establece que: "Los tipos de contratación **regulados** en este capítulo no excluyen la posibilidad **para la Administración de definir, reglamentariamente, cualquier otro tipo contractual** que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos ordinarios fijados en esta Ley" (el destacado no es parte del texto original).

Esta novedosa disposición, contempla lo que se ha dado en llamar "tipos abiertos", como contraposición a los tipos o formas contractuales expresamente definidas en la ley, tales como la compra y venta de bienes. De esta forma, asumimos que el legislador -de manera restringida y particular- como se verá más adelante, reconoce e introduce una "libertad contractual" que hasta ahora estuvo reservada al quehacer privado y no público.

Asimismo, el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece la necesidad de elaborar un reglamento, el cual debe ser dictaminado por esta Contraloría General. Para ello, la Administración debe demostrar que la nueva figura contractual contribuye a satisfacer el interés general y no solo institucional.

Doctrinalmente, **en el campo privado**, se ha sostenido que la libertad de contratación es una consecuencia de la autonomía privada. En este sentido, se dice que "...la libertad de contratación comprende, por un lado, la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quién va a hacerlo (libertad de conclusión) y la posibilidad de establecer libremente el contenido del contrato (libertad de configuración interna)..." (ver SANTOS BRIZ Jaime. La Contratación Privada. Madrid, Editorial Montecorvo, 1966, pág. 57).

Comentando siempre esta libertad, Santos Briz agrega que el principio de autonomía privada tiene plena vigencia en cuanto a la creación, por las partes contratantes, de figuras contractuales no reguladas en las leyes, es decir, la libertad de contratación supera las figuras típicas de negocios jurídicos que la ley establece y crea nuevas figuras sin limitación alguna. (Santos Briz. Idem. págs. 80 y 81). Partiendo de este principio, el autor distingue tres grupos principales de contratos extra-legales:

a. Contratos mixtos, integrados por la combinación de diferentes tipos regulados por ley, también denominados tipos fusionados o contratos múltiples, por ejemplo, el contrato de obra con suministro de materiales o la donación onerosa. Las regulaciones de estos contratos serán las normas de cada tipo contractual.

b. Contratos híbridos o dobles, son aquellos en que la prestación de cada una de las partes integra la contraprestación típica de un contrato regulado por ley, por ejemplo, el contrato de portería, que para una parte implica la

prestación de servicios y para otra cesión del uso de una cosa. La regulación se hará atendiendo a los dos tipos contractuales que se combinan.

c. Contratos atípicos, son los que integran figuras nuevas no previstas en la ley, cuya regulación se hará por las normas generales de las obligaciones y contratos. Estos contratos corresponden a los contratos innominados. (Santos Briz. Idem. págs. 85 y 86).

Por su parte, el tratadista nacional, Alberto Brenes Córdoba, comentando nuestra legislación civil, al referirse a los contratos nominados e innominados, expone que "Se llaman del primer modo (nominados) los contratos que por su importancia y frecuente uso, la ley ha definido y especialmente reglamentado; tales son, por ejemplo: el arrendamiento y el mandato; y se llaman del segundo, "innominados", esto es, sin nombre, los que el legislador no ha tomado en consideración determinadamente ni distinguido con nombres particulares, a causa de que por su variedad no permiten clasificación: aparte de que siendo, como son, de rara ocurrencia, no se percibe la necesidad de especiales distinciones al respecto". (Ver BRENES CORDOBA Alberto. Tratado de los Contratos. San José, Editorial Juricentro, 1985, pág. 42. Lo escrito entre paréntesis no es parte del texto original).

A propósito de este mismo tema, el Doctor Diego Baudrit Carrillo, expone que los contratos nominados son aquellos "... a los que la ley, el reglamento o la costumbre han dado una denominación precisa, pero fundamentalmente, los que tienen un régimen jurídico fijado por un texto legal o por la costumbre. Los contratos innominados son acuerdos no previstos expresamente por la ley ni por la costumbre. Son creación de los contratantes. ... El interés de la clasificación se encuentra en que para resolver problemas de omisión en que incurren las partes, la ley suple la voluntad tratándose de contratos nominados (por ejemplo: si en una compraventa, las partes omiten manifestar su voluntad en lo que concierne a la entrega de la cosa vendida, los artículos ... suplen esa omisión). Tratándose de contratos innominados, la interpretación no es tan fácil, y la omisión podría ser que no podiera ser cubierta ..."(ver BAUDRIT CARRILLO Diego. Teoría General del Contrato. San José, Editorial Juricentro, 1982, pág. 26).

Finalmente, el Doctor José María Gastaldi, considera que la libertad contractual aparece con todo su esplendor, cuando se utiliza para crear nuevas figuras contractuales, es decir, figuras que no tienen regulación en la ley, aún cuando puedan estar insinuadas o nombradas por ésta. Agrega también que: "Estos contratos, originariamente denominados "innominados" ... y modernamente "atípicos", por no encuadrar en ninguno de los "tipos" legislados, nacen de las más variadas circunstancias. A veces como derivación de figuras típicas -véase las variables de la locación de cosas en los tiempos modernos-, a veces como figuras totalmente nuevas -las que se llama "atípicas puras"-, independientemente de que, en más de un caso, presenten similitudes parciales con contratos regulados o con alguno de sus elementos, obligaciones, etcétera." (ver GASTALDI José María. ¿Qué es el leasing?. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, págs. 12 y 13).

De lo transcrito se desprende que en el campo privado, los contratos innominados o atípicos no encuentran regulación legal ni reglamentaria específica, tan solo general, precisamente de allí su nombre y su flexibilidad para adaptarse a las necesidades de las partes. En nuestro criterio, el artículo 55 de la Ley de cita, recoge este principio de libertad contractual, pero con ciertas diferencias y restricciones, como el hecho de que antes de utilizar la figura, debe existir un reglamento dictaminado por este Organismo Contralor, es decir, se trata de contratos innominados en su origen, pero nominados en su aplicación y posterior ejecución.

Esta norma permite la utilización de figuras contractuales, sin necesidad de que estén reguladas **legalmente**, evitando caer en el extremo de que baste la sola voluntad de las partes contratantes, para decidir el contenido y forma del acuerdo, pues en todo caso se requiere que exista un reglamento que desarrolle el tipo contractual. Se obtiene una apertura contractual, pero siempre con un sustento normativo importante, que además exige el resguardo del interés general.

El criterio restrictivo que en el pasado ha existido, para la utilización de los contratos atípicos o innominados, tratándose de contratos administrativos, puede tener diversas explicaciones, entre ellas, la existencia del principio de legalidad, que exige norma habilitante como sustento del actuar y que cuenta con fundamento constitucional (artículo 49 de la Carta Magna), el interés de que el contenido e interpretación de las cláusulas contractuales, no se libre únicamente a la voluntad de las partes, sino al marco general establecido reglamentariamente, etc. Posición que aún hoy se mantiene al aceptar el legislador -en forma expresa- en la Ley de Contratación Administrativa, los contratos atípicos, previa reglamentación. La idea de contar con un cuerpo normativo se opone a la naturaleza misma de los contratos atípicos, que por antonomasia no son objeto de regulación ni pretenden serlo, pues ello en cierta forma cercenaría su mayor cualidad y punto de interés; es decir, su flexibilidad y libertad de contenido.

Por otra parte, debemos aclarar que el artículo 55 de la Ley de cita, es una de las normas actualmente cuestionadas ante la Sala Constitucional, en torno a la cual los recurrentes estiman que al "privatizarse" el contrato público, con la introducción de normas propias del Derecho Privado, se viola la seguridad jurídica. Esta acción de inconstitucionalidad (la número 5237-95), se encuentra actualmente en estudio, por lo que nuestros anteriores comentarios en punto a la interpretación del mencionado artículo 55, se exponen sin perjuicio de lo que la jurisdicción constitucional finalmente resuelva.

En otras palabras, la decisión de si el reglamento es marco suficiente para reconocer otras figuras contractuales, o si, por el contrario se requiere de un desarrollo legal de las mismas, para su posterior aplicación en el Sector Público, es un aspecto que dadas las circunstancias concurrentes, no compete a este Despacho definir.²⁴

24 Ver oficio 476, del 15 de enero de 1997, de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa.

Entonces, resumiendo la lógica del legislador, los artículos 3 y 55 de la Ley de Contratación Administrativa, determinan la posibilidad de que el Estado haga uso de nuevas figuras contractuales, desde luego, dentro del marco que da el principio de legalidad por lo que, al menos, deben quedar debidamente delimitadas por vía reglamentaria.

Esto último supone un reconocimiento de la dificultad que conlleva para la Asamblea Legislativa, legislar o regular sobre todos los prototipos contractuales existentes, sin tener en cuenta el hecho de que los avances en los campos comercial, financiero y tecnológico, imponen el nacimiento de nuevos tipos de negociaciones, fundamentalmente entre los particulares y que eventualmente pueden ser útiles para la satisfacción del interés general.

Teniendo claro esto, por regla de principio, cualquier nueva forma contractual, debe ajustarse a las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico y necesariamente debe enmarcarse dentro de los fines que cada institución persigue, siendo el órgano contralor el llamado a uniformar los reglamentos que se emitan pues cada administración que opte por tal camino de gestión, previamente, debe contar con el visto bueno de ese despacho.

Cuando en el voto 998-98 se cuestionó la normativa en estudio, la Sala hizo bien en anteponer el principio de eficiencia a la mera letra de la ley, por el sentido legalista tan erróneamente concebido en nuestro ordenamiento, así, el haber afirmado, grosso modo, que la Asamblea Legislativa no puede pensar en todas las formas habidas y por haber en relación con las figuras de contratación, oportuno fue delegar en la propia Administración la incorporación vía reglamento de aquellas nuevas figuras contractuales que pueden reportar agilidad, eficiencia y sana administración de los fondos públicos. De lo contrario, se podría paralizar la gestión pública que, ante el mundo que se vive, debe estar acorde con la lógica del mercado.

4. Régimen de nulidades en contratación administrativa

El artículo 3 °, párrafo tercero de la Ley de Contratación Administrativa, fue interpretado en el voto 998–98, por el Tribunal Constitucional; este en cuanto establece que el régimen de las nulidades aplicable para la contratación administrativa es el de la Ley General de la Administración Pública.

La norma hacer ver, en una lectura ligera, que la competente es la Procuraduría General de la República, cuando lo correcto es que se afirma que la Contraloría General conozca y dé el dictamen para anular el acto. Por eso se alegó por quien recurrió ante la Sala Constitucional, que había violación al artículo 183 de la Constitución Política.

La Sala estimó en el voto antes dicho que no resulta inconstitucional la norma, ya que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República reformó el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, de manera que quedó de la siguiente forma:

Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos fuere evidente y manifiesta, podrá declararse por la Administración en la vía administrativa sin necesidad de recurrir al contencioso de lesividad señalado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República.

Cuando la nulidad verse sobre actos administrativos directamente relacionados con la Hacienda Pública, el dictamen deberá rendirlo la Contraloría General de la República.

De esta manera no hay menoscabo a las funciones que la propia Constitución Política le confiere a la Contraloría General de la República, en su condición de órgano encargado de la fiscalización y control de la Hacienda Pública, constituyéndose, más bien, en un reconocimiento de sus atribuciones.

Entonces, es necesario reiterar que a la luz de lo dicho por la Sala Constitucional en el voto n. ° 755–95, de las 12:12 horas del 4 de febrero de 1994, a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido que confieran derechos subjetivos a los particulares; así mismo, la única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido para una garantía procesal a favor del administrado; además, en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas,

evidentes y manifiestas, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública.

Ahora, debe aclararse, como se expresó líneas atrás, que el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública fue modificado por Ley n. ° 7871 que dispuso: *“Cuando la nulidad versare sobre actos administrativos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa, la Contraloría General de la República deberá rendir dictamen favorable.”*

Entonces, cuando se esté en frente de presuntas nulidades, de ser la materia afín a la hacienda pública, y dentro de esta ingresa el tema de la contratación administrativa, la competente para dar el dictamen positivo es el órgano contralor.

5. Utilización de procedimientos concursales más calificados

Fueron afirmados, en el mismo voto 998–98, como no contrarios al orden constitucional los artículos 28 de la Ley y 28.3 del Reglamento. En su oportunidad se alegó que estaban, los artículos mencionados, en contra de los principios de seguridad jurídica, buena fe, equidad, igualdad y certeza en la relación que regula la contratación pública y que están insertos en el artículo 182 constitucional.

Lo anterior por cuanto permiten, según quienes recurrieron, que la Administración pueda usar procedimientos de contratación más calificados (no contemplados en la ley). La Sala se adhiere a lo expresado por la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, en la contestación que hicieron. Esto es que, al posibilitar la utilización de *“procedimientos más calificados”*, no significa otra cosa que

“agravar” el procedimiento que corresponde en razón del monto, de tal suerte, que cuando proceda una licitación restringida, la contratación se realice mediante licitación por registro o por licitación pública.

Expresa la Sala que *“Lo anterior, lejos de constituir una privatización de los procedimientos y de afectar la seguridad jurídica, se hace con el propósito de proteger el interés público, ya que los procedimientos de contratación administrativa tienen una gradación en cuanto al rigor de sus controles y normas por las que se garantiza la publicidad y la libre concurrencia de los oferentes en igualdad de condiciones, sobre todo si se repara en que en la licitación pública son mayores las garantías, en lo que respecta a sus controles y libre participación de los oferentes en igualdad de condiciones (...).”* (Ver voto citado)

6. Degradación de procedimientos

Se cuestionó, así mismo en el fallo 998–98, que el artículo 30 de la Ley en estudio, era inconstitucional, ya que perjudicaba al apelante al tener por confirmado el acto recurrido por no resolver la Administración el recurso en tiempo, en violación de los artículos 27 y 41 constitucionales.

Empero, conforme a la lectura de la norma, se verificó que esta no se refería al silencio de la Administración Pública, sino, más bien, a la facultad que se le otorga para “aliviar” los procedimientos licitatorios en la contratación administrativa. Lo que la norma impugnada permite es “aliviar” los procedimientos licitatorios en la contratación administrativa, lo que no la convierte en inconstitucional, ya que aunque se ha indicado que la licitación constituye un *“procedimiento de garantía del interés público”* como

mecanismo más apto para el control de los fondos públicos y en el cual se garantizan los principios constitucionales derivados del artículo 182 de la Constitución Política, lo cierto del caso es que no parece lógico sujetar a la Administración para que reitere un procedimiento determinado cuando por motivos ajenos a ella (falta de participación o de presentación de ofertas) este resulta desierto o infructuoso .

Reitera la Sala que, precisamente, en atención a la naturaleza de la licitación (*como procedimiento de garantía del interés público, se reitera*), es que esta “degradación” en la rigurosidad de los procedimientos licitatorios en la contratación administrativa debe siempre ir precedida de la debida autorización de la Contraloría General de la República, por ser la suya la principal función fiscalizadora de la actividad contractual del Estado y como jerarca impropio de la Administración en pleno en esta tarea.

Asimismo, hubo criterio en el sentido de la posibilidad de disminuir la base fijada por el avalúo hasta en un veinticinco por ciento en cada remate infructuoso, por lo que tampoco resultó tal disposición inconstitucional, en tanto debía mediar previamente la autorización de la Contraloría General de la República.

En la doctrina foránea, la autorización previa de un órgano tercero para degradar un procedimiento parece no existir, pues en el caso de España como de Argentina, ante el fracaso de una licitación pública, la licitante queda facultada, de oficio, para acudir a una contratación directa. Así, nos señala Cassagne, que:

Una licitación pública puede fracasar, en primer término, por la falta de presentación de ofertas que hace que la Administración se vea ante la necesidad de declarar desierta la licitación. El principal efecto que produce esta situación consiste en el surgimiento de una habilitación a favor de la Administración para proceder a la

contratación directa, obviando la concurrencia de ofertas aun cuando también puede, como es lógico, convocar a una nueva licitación pública.²⁵

Dromi, por su parte hace ver que procede lo mismo cuando se está ante una licitación pública que no recibió respuesta de ningún oferente, es decir, no hubo plicas (concurso desierto) o cuando se está ante una licitación fracasada (que habiendo ofertas, tales son inadmisibles por no estar conforme al cartel). En estos supuestos hay venia de oficio para hacer uso de una contratación directa.²⁶

En el caso costarricense, la Sala extralimita la función rectora en materia de contratación administrativa del órgano contralor, por cuanto obligan a los sujetos pasivos a acudir a ella para obtener autorizaciones en aras de rebajar o alivianar un determinado procedimiento es una labor que obstaculiza la eficiencia administrativa. En efecto, frena la gestión del interesado ya que este necesita del concurso pues, se supone, requiere comprar lo antes posible bienes y/o servicios y traba la labor del órgano contralor al tener que estudiar asuntos que realmente son de mero trámite adjetivo, insustanciales.

En la especie, es necesario reformar la ley para que especifique ante qué supuestos puede acudir la Administración Pública a un procedimiento menos gravoso; así, cumplido el cuadro fáctico, de oficio puede acudirse al siguiente tipo de procedimiento. No se considera pertinente con la doctrina citada, acudir de una vez a una contratación directa (un solo oferente), más bien, la autorización expresa debe ser para hacer uso, conforme al orden, del siguiente tipo de procedimiento. De todas maneras, siempre subsistirá el control del órgano contralor, vía apelación, denuncia, entre otros, por lo que no puede argumentarse una posible omisión de los preceptos aplicables a la materia.

²⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 60.

²⁶ Ver en tal sentido: Dromi, Roberto. Op. cit., p. 111.

Lo mismo se indica para el remate: estar solicitando permiso para rebajar la base del remate, en vez de coadyuvar con la eficiencia administrativa, entorpece. Así, ante remates infructuosos y ante un cuadro de normas más claro, debe dejársele de oficio la decisión a la Administración de si rebaja o no la base determinada. Aun así, en ambos casos se considera que cuando la última opción sea acudir a la contratación directa, allí sí, conociendo la práctica de la Administración Pública, debe solicitarse autorización del órgano contralor.

7. Solo la garantía de participación no legitima la oferta

En el voto que nos ha ocupado (998-98), se cuestionaron los artículos 33, párrafo segundo de la ley y 33.7 y 50.5 del Reglamento, los cuales fueron declarados como contrarios al derecho de la Constitución. Ello ya que por la simple aceptación de la garantía de participación, no podía tenerse por legitimada una oferta, aun si esta no estaba firmada o lo había sido por persona no facultada legalmente.

Tal cuestión resultaba contraria al principio de la interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria. Así las cosas, el artículo 33 párrafo segundo de la ley disponía:

La oferta se legitimará por la garantía de participación aceptada por la Administración. Una vez admitida la garantía, la Administración deberá solicitar al oferente corregir defectos formales, como: falta de timbres, de copias, de autenticación de firmas, o de documentos. Los defectos deberán subsanarse en el plazo que indique el Reglamento de esta Ley, siempre que no se afecte el contenido de la oferta en cuanto a los bienes y los servicios ofrecidos, los plazos, de entrega ni las garantías.

Y el numeral 33.7 del Reglamento establecía:

Cuando esta se hubiere pedido, la garantía de participación aceptada por la Administración legitimará la oferta presentada.

Y por último, el artículo 50.5 del Reglamento señalaba:

Toda propuesta debe ser firmada por el legítimo representante del oferente, sin embargo, en aquellos casos en que se haya exigido garantía de participación y ésta haya sido rendida correctamente, la oferta será válida independientemente que no haya sido firmada, o lo hubiera sido por persona no facultada legalmente para hacerlo. No obstante, en este último caso, si el legítimo representante adujere la falta de autorización de quien firmó, la oferta se tendrá por insubsistente y se ejecutará la garantía a favor de la Administración.

Es importante señalar, decía la Sala, que quien se proponga contratar con el Estado, actúe dentro de una aptitud legal para obligarse o lo que es lo mismo, que la parte tenga legitimación o capacidad jurídica plena para comprometerse. En tal sentido, dos principios interactúan: *el de legalidad* por el que la administración debe respetar la igualdad de condiciones para todo interesado, pero además, el marco jurídico para poder contratar y por otro lado, el de la capacidad jurídica del oferente, que debe ser conforme a Derecho; y al final, las dos voluntades se unen en un contrato sinalagmático, aunque regulado por las particularidades que desarrolla el Derecho Administrativo.

Desde este punto de vista, pueden ser tenidos como cocontratantes de la administración, tanto personas físicas como jurídicas, nacionales y extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, inclusive, entes públicos no estatales; todos con reglas propias para acreditar su condición, la que depende de su situación particular. Por ello se estimó que constituye una exageración jurídica y desproporcionada, permitir que se tenga por legitimada la oferta con la sola aceptación de la garantía de participación. Así, resultaba inconstitucional porque dejaba efectos de control y como consecuencia, de admisión, las ofertas que aunque tengan una garantía correcta, no cumplen con los requisitos esenciales de la ley, el reglamento y el cartel de la licitación.

Por todo lo dicho, la Sala anuló las normas impugnadas, sean la frase inicial del párrafo segundo del artículo 33 de la ley, en tanto dice: “*La oferta se legitimará por la garantía de participación aceptada por la Administración. Una vez admitida la garantía,*”; así como los artículos 33.7 y 50.5 del reglamento, por cuanto constituían una violación a los principios que informan la contratación administrativa.

Empero, no se comparte la anulación de la normativa en los términos dichos, lo cual no quiere decir que se duda de que hay otros elementos esenciales por verificar. Es cierto que la garantía bien rendida no legitima por sí una determinada plica pero, presentada una plica con ciertos defectos posibles de subsanar, bien rendida la garantía, qué impide para que la Administración, en total apego al principio de eficiencia, gire prevención para que la falta sea subsanada so pena de ejecutarle la garantía de participación.

Por ejemplo, en el caso de la normativa anulada: una oferta podía estar sin la firma, que si la garantía estaba bien presentada, entonces, era posible de ser considerada. Eso fue anulado por la Sala. Sin embargo, tal plica pudo en buena lid ser la mejor de todas las ofertas que se presentaran, satisfaciendo de gran manera el interés público. Así, con el criterio formalista, la oferta por haber faltado en otros elementos importantes, sustanciales, no se niega, queda excluida. Qué se hace allí el principio de eficiencia, de conservación de los actos en aras de que la Administración posea el mayor número de ofertas posibles: en esos casos queda borrado.

Conforme a lo dicho por la Sala Constitucional y viendo la normativa, se considera que puede legislarse en el sentido de que, de entrada una oferta queda bien presentada aunque falte a elementos esenciales en la forma de presentar la plica (firma de la oferta, que firmó

quien no tiene el poder suficiente, entre otros); en tal supuesto, bien presentada la garantía de participación, es factible pensar en girar prevención para enmendar tales faltas con la sanción de ejecutar la caución de no obrar conforme es debido. Esto es preferible antes de que, sin mayor lógica, ni conveniencia, se excluya ad portas muy buenas ofertas.

Efectivamente, la presentación de la plica conlleva una serie de elementos sustanciales como formales que, de no cumplirse, hacen inelegible una oferta en concreto. Conforme a la normativa existente, se puede afirmar que, previa a la apertura de las ofertas, en principio, deben constar los siguientes elementos: la garantía de participación, por el monto y plazo dichos por el cartel, que garantice a la entidad que licite y que sea dada por el oferente que participa; tal documento, además, debe ser emitido por una entidad autorizada; así mismo, la oferta como tal, debe presentarse por escrito, en idioma español, conforme al plazo de vigencia que se pide, firmada por la persona indicada, entre otros.

Claro está que la garantía de participación, de acuerdo con la doctrina que es uniforme en este sentido, señala que *“Su objeto, finalidad o razón de ser es asegurar o afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo que se estipula en la ley o en los pliegos de condiciones... Esta garantía previa tiene por objeto: a) la admisión del proponente en el acto de licitación; b) asegurar la seriedad del ofrecimiento y, por ende, que se cumplirá con la propuesta formulada; y c) que se mantendrá el precio durante el plazo establecido en el pliego de condiciones”*.²⁷ Entonces, siendo que la garantía significa una carga económica de considerable peso en la mayoría de los casos, ante faltas u omisiones en los elementos mencionados, como otros, lógico resulta pensar que, lo antes posible el interesado actuará tal y como es prevenido y esto solo redundará en potenciar una mejor satisfacción del interés público: esto parece no haberlo tenido claro la Sala Constitucional.

27 DROMI, Roberto. Op. cit., p. p. 333–334.

B. Tópicos, normativa, doctrina, jurisprudencia constitucional y administrativa. Parte II

8. Garantía de participación, no ejecución por apelar

Se consideraron como contrarios a la Constitución, los artículos 87 de la ley y 99.3 del reglamento por establecer una sanción económica por hacer efectivo un derecho fundamental, según dice la Sala, cual es el derecho de disentir, discrepar o apelar, en los términos de los artículos 27 y 41 constitucionales, al disponerse la pérdida de la garantía de participación si la Contraloría estimase improcedente la apelación.

En relación con este punto, la Sala también se adhirió al criterio de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República, por el que consideran que la pérdida de la garantía de participación establecida en las normas cuestionadas sí resultaba inconstitucional, al constituir una verdadera sanción económica al ejercicio de un derecho fundamental, misma que resulta desproporcionada e irrazonable al limitar el acceso de la justicia administrativa y a que un órgano imparcial –Contraloría General de la República– revise los actos de adjudicación de la Administración activa, derechos que encontraban fundamento en lo dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales.

En concreto, las normas impugnadas disponían:

La garantía de participación se ejecutará en beneficio de la Administración licitante, si la Contraloría General de la República resuelve que no hubo motivo suficiente para apelar. Esta indemnización no impedirá que la Administración inicie un reclamo por daños y perjuicios si han sido superiores al monto de la garantía de participación (artículo 87 de la Ley de las Contratación Administrativa);

Y,

Al dictar la resolución final, la Contraloría General analizará el carácter bien fundado o no de la apelación, a efectos de establecer la procedencia de aplicar la sanción administrativa que se señala en el artículo 87 de la Ley de Contratación Administrativa. Si del contexto del expediente se establece que hubo motivo suficiente para apelar y que tampoco la conducta del apelante puede considerarse como temeraria o antojadiza, no podrá imponerse esta sanción (artículo 99.3 del Reglamento de Contratación Administrativa).

Empero, se deben formular en este otro aspecto algunas cuantas ideas. Si bien es cierto que la Constitución da toda una gama de garantías en pro de los administrados, igualmente es verídico, en el caso particular, que el derecho al recurso de apelación es utilizado como un instrumento para entorpecer la gestión pública. Quien realmente esté legitimado para apelar, bien puede ejercer su derecho sin el temor de que, de declarársele sin lugar el recurso, se le ejecutaría la garantía de participación.

En la práctica, muchas empresas utilizan el recurso de apelación para intentar ganar un concurso por todas las vías posibles, entonces, de haberse adjudicado a favor de una firma, las demás, desde luego, no estarán satisfechas, por lo que el recurso se vuelve como un instrumento oportuno para reiterar cuestiones ya valoradas por la licitante, de harto conocidas y que no pueden ser de recibo por tratarse en la mayor cantidad de los casos de cuestiones insubsanables o porque sencillamente, el que fue adjudicado, lo hizo en buena lid.

De esta manera, para esos apelantes temerarios bien cabría pensar en que, de rechazarse de plano su acción por ni siquiera tener legitimación para ejercer el derecho, se les ejecute total o parcialmente la garantía de participación. Esto no es negarles el derecho a la justicia administrativa, se trata de limitar para que el derecho sea ejercido por quienes realmente lo tienen a su favor. Igual pensamiento de la Sala Constitucional podríamos aplicar en otras materias. Por ejemplo: un fulano clama porque unas tierras son suyas, entabla la demanda correspondiente bajo el dicho de clamar justicia (su derecho), se traslada la demanda, se tramitan las demás etapas del proceso, en fin, se pone a funcionar

todo el aparato jurisdiccional para que al final de cuentas la autoridad judicial competente decida rechazar la demanda con el consecuente pago, por ejemplo, de las costas del proceso a cargo de quien en un principio clamó justicia. Eso es inconstitucional: NO.

En la especie sucede lo mismo. El que apela debe saber que, de no poseer legitimación (potencialidad de ser readjudicatario), de no tener derecho, se puede ver obligado a resarcir de cierta manera a la Administración por haber impedido la firmeza de un acto bien dictado bajo el amparo de un mal ejercicio del derecho de impugnación. Y sino, que la cantidad de recursos que se rechazan de plano o se declaran sin lugar, digan con números lo que sucede en la realidad: según el dato suministrado por el segundo al mando de la Contraloría General, en los dos últimos años se ha rechazado el **72%** de los recursos interpuestos²⁸ y precisamente por no contar ni tan siquiera con la debida legitimación. Dentro de ese porcentaje, una buena cantidad obligó a suspender la firmeza del acto de adjudicación hasta que se resolviera sobre la admisibilidad (10 días hábiles) o peor aun, habiéndose dado curso, se resolviera al cuarentavo día hábil.

9. silencio negativo

Se alegó, en el voto 998–98, que los artículos 89 de la ley y 99.4 del reglamento, eran contrarios a lo dispuesto en los artículos 27 y 41 constitucionales, en tanto se tenía por confirmado el acto recurrido al no resolver la Contraloría General de la República en tiempo el recurso.

28 *Los costos de las apelaciones*. En La Nación del miércoles 5 de junio del 2002, página 17 A.

Dijo la Sala Constitucional que la Administración estaba obligada a pronunciarse en un término razonable, en procura de tutelar los derechos quebrantados y de garantizar a aquellos que lo solicitan, el amparo del régimen de derecho, de hacer justicia “*pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con la ley*”.

De suerte que la administración no podía dejar de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, alegando complejidad o falta de tiempo, así como tampoco constituía una potestad de la administración para dar por agotada la vía administrativa por medio del silencio negativo o administrativo.

Se agrega, haciendo acopio del voto 1711–94:

El silencio negativo, usualmente, ha sido un mecanismo claro para negarle a los particulares la justicia administrativa a que tienen derecho. En efecto, es de conocimiento pleno en el campo jurídico, que uno de los medios más utilizados por la Administración, es el de guardar silencio, para forzar al interesado a ir a la vía jurisdiccional, en donde el asunto perderá actualidad, con el solo transcurrir de los años. Tal forma de proceder, que no solo es antijurídica e injusta, sino ilegítima por violar de frente el juramento constitucional, en lo que se refiere al cumplimiento fiel de los deberes del destino de cada uno de los funcionarios, ha sido fuente constante de violación, también, de los derechos a obtener una respuesta oportuna.

y, de la misma resolución anterior, se transcribe:

(...) frente a un reclamo administrativo, en que el particular pide la declaración o restitución de un derecho subjetivo, la Administración debe pronunciarse sobre la procedencia legítima del mismo. Esto es, si aplicando el régimen de derecho vigente, deba acogerse la pretensión en todo o en parte, lo que se hace emitiendo un acto administrativo que debe ser válido y eficaz (principio de legalidad). Pero lo que es imposible de admitir, es que la Administración evalúe, para esos fines, la "oportunidad y la conveniencia" de la decisión que deba emitir sobre lo planteado. Aceptar tal motivación, nos conduciría a definir el deber de resolver como una facultad discrecional de la Administración, entendida sobre todo, como la libertad de escoger entre varias alternativas, con base en fundamentos extrajurídicos (el impacto económico del recurso sobre otras situaciones similares en curso en la sede administrativa, razones de disponibilidad presupuestaria, etc.) que en la realidad,

resultaría en la emisión de un juicio subjetivo de la Administración. Y desde luego, proceder en tal forma nos llevaría directamente a la desviación de poder, o sea, al uso de una facultad discrecional para un fin distinto de aquel para el que fue concedida esa facultad. No le cabe duda a la Sala, que lo que el informe del Ministerio de Obras Públicas y Transportes señala como motivación para justificar el atraso en resolver, conforma una ilegitimidad sustancial del acto, puesto que el jerarca confiesa bajo juramento en el informe, que lo que se evalúa es la conveniencia y oportunidad del reclamo, y esto implica que el acto que así de dicta, tenga un fin distinto del principal, con detrimento de éste.

Tales transcripciones afirman que esa es la posición relacionada con el silencio administrativo, que ha sido reiterada, además, en sentencia número 1206-96. Así, y con fundamento en la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional, se anuló en parte el artículo 89 de la Ley de Contratación Administrativa, tal norma decía:

El recurso de apelación deberá ser resuelto dentro de los cuarenta días hábiles siguientes al auto inicial de traslado.

En casos muy calificados, cuando para resolver el recurso haya sido necesario recabar prueba pericial especialmente importante que, por su complejidad no pueda ser rendida dentro del plazo normal de resolución, el período podrá prorrogarse, mediante decisión motivada, hasta por otros veinte días hábiles.

Vencido el plazo para resolver o su prórroga, sin que se haya dictado la resolución final, el acto de adjudicación se tendrá por confirmado automáticamente;

Entonces, era inconstitucional en su párrafo tercero, tanto en su redacción original, dada por Ley número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, como en su texto reformado por Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis, inconstitucionalidad que se hace extensiva también al artículo 99.4 del reglamento, por cuanto en él se establecía:

Si la Contraloría General no se pronuncia dentro del plazo establecido, la adjudicación impugnada quedará automáticamente en firme.

Sobre esto solo cabe recalcar que, de no resolver el recurso en tiempo, pueden sentarse las responsabilidades del caso en contra del servidor público que no actuó conforme se le ordenó.

10. Posibilidad de subsanar

El artículo 4.4 del reglamento, en el voto anteriormente señalado, fue cuestionado al permitir la subsanación en forma ilimitada de una serie de vicios y defectos de las ofertas, lo cual, se alegó, era contrario al principio de legalidad y potestad reglamentaria.

Empero, comentó la Sala, el disponer la subsanación de defectos formales con fundamento en disposiciones de carácter reglamentario no resultaba contrario a norma o principio constitucional alguno, siempre y cuando tales disposiciones tengan sustento en la ley y llenen las expectativas de razonabilidad de la norma.

Amplió la Sala Constitucional diciendo que la oferta está conformada por una serie de elementos de distinta naturaleza, según se indicó en sentencia número 1420–91, de las nueve horas del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y uno:

El proceso de selección del contratista es un acto complejo, que implica necesariamente la confrontación de la oferta que presenta, con el cartel de la licitación y el régimen de legalidad, que informa dicho proceso. La oferta, comúnmente, se integra por un cúmulo de importante de requisitos: los formales, que son aquellos que la ley previamente ha calificado como importantes de cumplir, como lo son, entre otros, la comprobación de personerías de los firmantes, las declaraciones juradas y certificaciones que se deban presentar, poderes, etc.; los comerciales, que atañen a la validez y presentación de los precios y demás condiciones, como los plazos de entrega, la forma de pago, descuentos, seguros y transporte; los técnicos que tienen que ver con la descripción del objeto que se licita, cuyas condiciones son especiales, por lo general invariables y de obligatorio cumplimiento; y por último, existen también las referencias, la literatura adicional y complementaria, atestados de la oferente y en general todos los documentos, públicos o privados, que ayuden a conformar o dar una mejor comprensión de la oferta y del historial del oferente.

Así, por principio general de derecho administrativo, específicamente en lo que atañe a la contratación administrativa, el parámetro de la constitucionalidad del sistema de subsanación de los requisitos formales de una oferta, está reflejado en el interés público, en el sentido de que solamente se pueden permitir corregir “*defectos formales*

subsanables”, o en otro giro, requisitos que no sean esenciales, que no impliquen modificación o alteración de las condiciones establecidas.

De manera que entender la subsanación de “*cualquier defecto formal*”, según el texto del artículo 4.4 impugnado, no es desmedido y extralimitado porque no podía quedar al criterio discrecional del administrador decidir qué es “subsanable” y “qué no lo es”. Es decir, que esta enmienda no podía implicar la modificación “*del precio, objeto y condiciones ofrecidos y no se vulneren los principios generales desarrollados*” en ese reglamento, como dispone a continuación el propio artículo 4.4.

Ahora, es necesario indicar que la Sala Constitucional agregó en su sentencia de adición y aclaración n.º 565–I–98, de las ocho horas treinta minutos del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho que:

Debe hacerse la aclaración de que esta posibilidad de enmienda se refiere únicamente a los **requisitos no esenciales de la oferta**, es decir, que no impliquen una modificación en el precio, objeto y condiciones ofrecidas, y que son precisamente los requisitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 33 de la Ley, sea, timbres faltantes, copias, autenticación de firmas o de documentos. En este sentido, tal y como se dijo en la sentencia que se enmienda, la legitimación del oferente para contratar con la Administración constituye un elemento esencial, imposible de subsanar, dado que si quien somete la oferta no tiene el poder jurídico para ello, y la Administración previene su corrección, implicaría, en último término, una burla al sistema, en violación del principio de igualdad, en tanto de alguna manera implicaría la extensión del plazo para esa empresa, que culminaría con la presentación de una nueva oferta, ahora sí, por quien pueda hacerlo. Lo anterior resulta acorde con lo que se dijo en la sentencia de referencia en el Considerando XXII., en el que se determinó la constitucionalidad del artículo 4.4 del Reglamento de la Contratación, en tanto se aplique en los términos comentados, es decir, la posibilidad de la subsanación de defectos formales que no impliquen una modificación en los elementos fundamentales y esenciales de la oferta.

En cuanto a la subsanación conviene aclarar algo que la Sala ni siquiera entra a considerar. Así, no es lo mismo subsanar faltas u omisiones (llenar vacíos), a aclarar elementos contradictorios en una plica determinada.

De frente a la falta que debe subsanarse o aclararse, se insta al interesado a que la salde, mas ello no debe acontecer si esta se constituye en una de carácter esencial en la oferta. Con base en el artículo 56 del reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se puede decir que los defectos que podrían ser subsanados reciben distintos nombres: “insustanciales”, “subsanales”, “formales”, intentando con ello reflejar categorías y consecuencias distintas en el procedimiento, pese a que en el artículo 56 del reglamento se mezclan indiscriminadamente.

Por ejemplo, la Administración puede prevenir la corrección de un defecto “insustancial” (*cantidad de copias con que se acompañó la propuesta*) pero si el interesado hace caso omiso, no necesariamente ese incumplimiento descalifica esa oferta puesto que la oferta solo puede dejar de considerarse cuando la “naturaleza” del defecto que se pretendía subsanar amerite decretar su exclusión como oferta “elegible” y la falta de copias evidentemente no lo es (*ver artículo 49.3. del Reglamento General*).

Por otro lado, los defectos “subsanales o insustanciales” no descalifican la oferta prima facie, puesto que –en salvaguarda del principio de eficiencia– la subsanación no es una prerrogativa de la Administración a ejercer discrecionalmente, sino una obligación. Por tanto, tratándose de esta clase de defectos, la inelegibilidad de la propuesta u otras consecuencias, solo proceden una vez prevenida la subsanación del defecto. Cabe distinguir aquí entre defecto subsanable e insustancial: ambos son susceptibles de ser corregidos, pero solo los segundos no tienen trascendencia en el procedimiento. Por tanto, puede ser que un defecto “subsanable” origine la inelegibilidad de una oferta, cuando este haya sido prevenido y el interesado no cumpla, lo que no sucede con un defecto “insustancial”, que aun cuando prevenido se incumpla, lo cual no origina tal exclusión.

Ahora, conviene decir que la subsanación es un mecanismo previsto no solo para ajustar las ofertas a las disposiciones cartelarias, sino también una alternativa con que cuenta la Administración para enderezar el procedimiento cuando se haya incurrido en causales de nulidad relativa (*por ejemplo, una notificación mal practicada*), tesis que confirma el artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa, al señalar la posibilidad de subsanar defectos insustanciales en que incurran “los oferentes o la Administración”.

La legislación permite tanto corregir errores, como suplir información, toda vez que ambos supuestos inciden en la correcta presentación de las ofertas y, por ende, en las etapas posteriores del proceso de compra –análisis, calificación y adjudicación–. Lo anterior, aun cuando al suplir información lo que se subsana es la oferta en general y no un punto en particular. Así las cosas, es importante valorar que la aportación de lo omitido solo debe verse para aquellas faltas que así puedan considerarse y no para subsanar elementos esenciales pedidos por el cartel.

Ahora, la posible eliminación de una oferta tan solo porque incumplió parcialmente, debe valorarse de acuerdo con los principios de eficiencia de la Administración y del interés público. Por otro lado, la prevención para subsanar comporta consecuencias cuando no es atendida: es lógico que la Administración debe cumplir el procedimiento en plazos determinados, por lo que deberá continuar con el concurso, declarando

inelegible la propuesta de quien no haya cumplido con la prevención, siempre y cuando estime que se trata de información trascendente. No es igual prevenir la presentación de copias no aportadas, que la omisión en presentar estados financieros, documentos legales trascendentes que prueben una condición de calidad que el cartel requirió, entre otros. En caso de omisión, la Administración deberá valorar la trascendencia del incumplimiento de acuerdo con el caso concreto y motivar la exclusión si así procediera.

La trascendencia del incumplimiento estará en función del objeto contractual y del peso que la Administración haya dado a la documentación o información omitida. Del mismo modo, si la información fuera presentada luego del plazo dado, pero es oportuna, en el tanto el estudio de admisibilidad de ofertas no hubiera concluido, esa información podría considerarse, lo cual encuentra fundamento en el párrafo 2º, del artículo 4º, de la Ley de Contratación Administrativa, que a la letra indica: ***“(…) Los actos y actuaciones de las partes se interpretarán de forma que se favorezca su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones favorables para el interés general (…).”***

Así las cosas, en supuestos de esa naturaleza, la licitante no debe entender y aplicar en forma literal el artículo 56.1.3. del Reglamento General de Contratación Administrativa, en cuanto señala que si la prevención no es atendida en tiempo, la Administración debe descalificar al oferente.

Si la entidad puede solicitar la corrección de errores prácticamente en cualquier momento durante la fase de estudio y selección de ofertas, parecería desproporcionado descalificar una propuesta porque la prevención se haya atendido fuera del plazo, máxime si el oferente interesado brinda razones plausibles que justifiquen su tardanza.

Del mismo modo, si la Administración ya ha concluido sus estudios y recomendado la adjudicación, no se ve que deba quedar a gusto del oferente la presentación de la información prevenida. Así, como se nota, en concordancia con el numeral 4, párrafo 2º, de la Ley de Contratación Administrativa, la Administración puede arbitrar una aplicación razonable del artículo 56.1.3. del Reglamento General de la Contratación Administrativa, para excluir las ofertas, únicamente cuando la información que sea suministrada no sea útil a los propósitos para los que fue solicitada, sea porque ya concluyó sus estudios, sea porque ya recomendó, entre otros supuestos.

En todo caso, se impone, antes de acordar la exclusión de un oferente que haya justificado su tardanza en contestar la prevención, que la Administración valore los motivos invocados, sobre todo porque al declararlo excluido afecta un interés legítimo del oferente.

Por otro lado, bajo este marco se ha de delimitar el segundo tópico, es decir, el de ***la aclaración***. La palabra “subsanción” significa literalmente “enmienda de error. Rectificación de yerro. Corrección de defecto...” Y, “subsancar” es sinónimo de “enmendar”, “rectificar”, “corregir”, “reparar”, entre otros.²⁹ Si se precisa más, *subsancar* es distinto que *aclarar*. *Aclarar* en su sentido literal es “*disipar o quitar lo*

29 CABANELLAS, Guillermo, ***Diccionario de Derecho Usual***, Tomo IV. Editorial Heliasta, S.R.L., 8º Edición, Buenos Aires, 1974, p.139.

que ofusca la claridad o transparencia de alguna cosa”, o bien, “*poner en claro, declarar, manifestar, explicar*”³⁰, mientras que, *subsanan* conlleva a enmendar, rectificar o aportar lo omitido.

El Reglamento General de la Contratación Administrativa, admite esa distinción al regular por un lado, en su artículo 55.2. la posibilidad que tienen los oferentes de someter aclaraciones de sus propuestas, o bien, la Administración de solicitarlas, al decir que: “*Con posterioridad al cierre del plazo de recepción no se admitirá el retiro ni la modificación de las ofertas, pero sí las aclaraciones que tengan a bien presentar los participantes por su propia iniciativa o a petición de la Administración, con tal que no impliquen alteración de sus elementos esenciales.*” (El subrayado es nuestro)

De seguido, en el artículo 56, este reglamento regula lo relativo a la subsanación, lo cual compromete tanto la enmienda como la aportación de documentos trascendentes omitidos, no la simple aclaración del sentido de algo que no haya quedado correctamente expresado en la propuesta o que genere contradicción.

En un caso, por citar solo un ejemplo, una firma no llenó o completó cierto formulario requerido en el cartel, pero los datos de interés sí estaban consignados en la oferta. Ante la prevención que hizo la Administración sobre este aspecto, la Contraloría General determinó que se trataba de “*(...) un mero aspecto formal totalmente superable (...)*”.³¹

Queda claro que tanto la posibilidad de subsanar como de aclarar las ofertas, tiene asidero en el principio constitucional de la eficiencia administrativa, en la especie, ha sido necesario ampliar lo dicho por la Sala Constitucional por cuanto su criterio fue muy escueto.

11. Plazo para pedir subsanaciones

En relación con el artículo 56.1 del reglamento, expuso la Sala en el voto 998–98, que no resultaba inconstitucional ya que no era desmedida la facultad administrativa de que durante todo el proceso de selección y pasado el término de los cinco días hábiles establecido para enmendar las omisiones formales, pueda prevenirse a los oferentes “*la subsanación de defectos no advertidos durante los primeros cinco días hábiles*”.

30 *Diccionario de la Real Academia*, Madrid, 1984, Tomo I, p.18.

31 Ver resolución n. ° 204–97, de las 8:15 horas del 11 de setiembre de 1997, p.32, de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa del órgano contralor.

Siempre, agrega, en la medida de que este proceso de subsanación no esté referido a la posibilidad de variar (*mutabilidad*) la propuesta en aspectos esenciales o fundamentales. Y ello es así para no comprometer la transparencia de los procesos de contratación administrativo, además de proteger la aplicación plena de los principios de igualdad, libertad de concurrencia y especialmente el de legalidad, sobre todo porque si se entiende que esa facultad de corrección es ilimitada, se colocaría al oferente omiso en una situación de ventaja en relación con los demás.

Y agregó la Sala que:

Por último, estima este Tribunal que también debe incluirse en el Por tanto de la sentencia número 0998-98, de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, la interpretación que se hizo del artículo 56.1 del Reglamento de la Contratación Administrativa, en tanto, la facultad que se le otorga a la Administración para “solicitar de oficio la subsanación de defectos no advertidos durante los primeros cinco días hábiles” siguientes al acto de apertura de las ofertas, debe entenderse únicamente respecto de los requisitos formales no esenciales (Ver sentencia de adición y aclaración No. 565 – I- 98, de las ocho horas treinta minutos del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho).

Sobre esto ya se dijo algo más líneas atrás. En efecto, es posible girar prevenciones para subsanar o aclarar, en los términos dichos, dado que prevalece el principio de conservar el mayor número de ofertas posibles para la etapa de adjudicación sabiendo que, entre mayor cantidad, mayor gama de posibilidades para escoger a la empresa que, superando los exámenes legales, técnicos, entre otros, pueda satisfacer el interés público. El principio de legalidad no puede entenderse tan formalmente en el tanto se excluya ofertas antes defectos o faltas posibles de enmendar, no vaya a ser que, por ser tan extremistas, al final de cuentas deba declararse el concurso desierto.

12. No subsanación del plazo de vigencia de la garantía de participación

En voto 998–98, la Sala estudia el artículo 56.1.2 del reglamento:

Igualmente podrán subsanarse, al menos, los siguientes defectos:

56.1.2.1 El plazo de vigencia de la garantía de participación, siempre y cuando no se haya establecido por menos del 80% del plazo señalado en el cartel.

56.1.2.2 Cualquier error de la garantía de participación relacionado con la identificación del concurso, si del documento resulta claro que queda debidamente garantizada la Administración.

56.1.2.3 La vigencia de la oferta, siempre y cuando no se haya establecido por menos del 80% del plazo señalado en el cartel.

56.1.2.4 La inclusión de datos en unidades de medida diferentes a las del Sistema Internacional de Medidas.

56.1.2.5 La presentación de literatura técnica y complementaria en idioma diferente del español.

Señala, que el contenido de los incisos 56.1.2.1 y 56.1.2.3 del reglamento desbordan el mandato legal, puesto que la vía reglamentaria permite la subsanación y aun más, la modificación de uno de los elementos substanciales de la oferta, cual es la garantía de participación, en tanto permite ampliar o modificar el plazo de su vigencia.

Debe tenerse claro, dijo la Sala, que las disposiciones impugnadas no solamente resultan contrarias al artículo 140 incisos 3) y 18) de la Constitución Política, en cuanto implican un exceso de la potestad reglamentaria, por contradecir expresamente el mandato legal, sino que también son violatorias de los principios rectores de la contratación administrativa.

Agregó, téngase en cuenta que la forma, modo, monto, momento y plazo para presentar la garantía están regulados por las normas positivas de la contratación específica, según las especificaciones del cartel, en tanto su objeto, finalidad o razón de ser, es asegurar o afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado en el pliego de condiciones.

Esta garantía avala la solemnidad de la oferta y como tal, constituye una señal *precontractual* destinada a asegurar la celebración del contrato o su incumplimiento, como medida cautelar de la responsabilidad del oferente. La garantía de participación constituye el presupuesto de la oferta, de manera tal, que sin la primera no puede válidamente legitimarse la oferta ante la administración, a la vez que del mantenimiento de la garantía depende la validez de la oferta. En razón de lo anterior, es que, como elemento sustancial de la contratación administrativa, cualquier modificación en la garantía de participación implica una modificación en la oferta, concluyó la Sala Constitucional.

Ahora, la posibilidad de subsanar el plazo de la garantía de participación, igualmente, se considera que es un asunto viable si se analiza desde el principio de eficiencia de la Administración, cosa que al parecer deja de lado la Sala Constitucional. De esta manera, ante una garantía de participación que no está conforme con el plazo solicitado por el cartel, bien puede, una vez abiertas las plicas, ser subsanada. Eso sí, la prevención debe ser inmediatamente después de conocida la oferta solicitando al interesado que la vuelva a rendir como lo indica la normativa, so pena de ejecutarle parcial o totalmente la original.

Ha sido por este tipo de faltas que ofertas convenientes al interés público, quedan excluidas cuando puede ser materia de subsanación. Esto no lesiona el principio de igualdad ya que, en paridad de condiciones, aplica el derecho para todos; de ser solo uno el que se encuentra en tal supuesto, priva la eficiencia administrativa ya que *“En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma. Los actos y actuaciones de las partes se interpretarán de forma que se favorezca su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones favorables para el*

interés general".³² Esto último no se considera que esté en contradicción con el pensamiento último de la propia ley de la materia. En asuntos como el dicho por la Sala, está prevaleciendo más la forma que el fondo, estando garantizada la oferta, qué impide que se prevenga para que se amplíe el plazo en aras de cubrir el plazo no contemplado, so pena de excluir la oferta y ejecutar la garantía de no obrar conforme requiere la licitante.

En un caso similar, aunque se sabe que hay otros, el órgano contralor validó una oferta que dejó en descubierto cierto plazo dentro del lapso total de estudio de ofertas; ¿estuvo sin protección en ese caso la Administración Pública? Sí. Pero vale más hacer efectiva la eficiencia y no de la mera formalidad (este fallo permite así mismo conocer un poco mejor la posición en punto a la garantía de participación por parte del órgano contralor):

Con la exigencia del rendimiento a favor de la Administración de una garantía de participación - **o de seriedad** -, se busca que se dé certeza o seriedad a la oferta que se presenta para asegurar que, en caso de resultar adjudicada, se llegue a rendir la garantía de cumplimiento y a formalizar el respectivo contrato, manteniendo las condiciones planteadas en la plica que le procuraron ganar el concurso, como precio, plazos de entrega, calidad, especificaciones técnicas, garantías, entre otros. **(Ver en similar sentido la R- DAGJ-017-2000, de las catorce horas, del catorce de enero del 2000)**. Por otro lado, y muy relacionado al asunto de fondo que resolveremos líneas más adelante, tenemos que recordar parte de lo que en la RC-371-2000, falló este Órgano:

“(...) Luego, en relación con el segundo extremo alegado en contra de la oferta adjudicada, referente al punto de que la adjudicataria no atendió en tiempo la prevención hecha por la Administración para prorrogar la vigencia de la garantía de participación, así como que cuando hizo la correspondiente prórroga, lo hizo por menor tiempo del solicitado, tenemos que el Banco Nacional de Costa Rica les previno a las partes que participaron en el presente concurso, el 17 de diciembre de 1999, que prorrogaran la vigencia de sus ofertas hasta el día 31 de marzo del 2000 (hecho probado 9), y la firma (...) presentó el 13 de enero del 2000, una garantía mediante la cual prorrogaba la anterior que venció el 31 de diciembre de 1999, utilizable hasta el 28 de febrero del 2000 (hecho probado 11). Antes de hacer el comentario que corresponde, resulta menester señalar que el artículo 37.10 del Reglamento General de Contratación Administrativa, establece lo siguiente:

32 Ver artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa.

“Si cesare la vigencia de la garantía de participación la Administración o la Contraloría General, según corresponda, tan pronto como adviertan tal circunstancia y siempre que no exista otro incumplimiento que determine la exclusión de la oferta, prevendrá al interesado, aún después de dictado el acto de adjudicación, para que dentro del término de tres días hábiles proceda a su restablecimiento.”

Ahora bien, en este aspecto podemos destacar dos situaciones importantes, por un lado, el Reglamento brinda la oportunidad a la Administración, cuando advierta esta última la caducidad de la garantía, para que haga la correspondiente prevención al oferente, cosa que en este proceso ocurrió cuando la Administración les solicitó a todos los interesados que prorrogaran la vigencia de sus garantías de participación hasta el 31 de marzo. Sin embargo, la Administración no señaló plazo alguno a los oferentes para que hicieran la correspondiente prórroga, y, por ello la firma (...) hizo la prórroga correspondiente hasta el 13 de enero. Ese lapso de 13 días que quedó en descubierto la oferta, no puede interpretarse que sea una ventaja indebida del oferente puesto que la intención fue siempre prorrogarla y si el Reglamento no fue más allá al decir que la prevención debía hacerla el oferente dentro de los tres días hábiles, sin regular la situación en el caso de que no se hiciera dentro de ese plazo, considera este Despacho que no se puede distinguir donde la ley no distingue y menos si ese ejercicio es en perjuicio del oferente que demuestra que tiene interés en prorrogar y mantener tanto su oferta como su garantía. Siendo uno de los principios constitucionales en la materia el de legalidad, debe la Administración someterse a las propias reglas que ella señala en el concurso. De este modo, tan importante es dentro del cartel la norma que establece el plazo de vigencia de las ofertas y las garantías, como el plazo que se fija la Administración para adjudicar las ofertas. Si bien el plazo de la Administración para adjudicar puede prorrogarse, como todo acto debe quedar debidamente razonado y explicado en el Expediente Administrativo, fijando a su vez una nueva fecha que debe respetar. Si con ocasión de esa segunda prórroga necesita que los oferentes prorroguen sus ofertas y sus garantías, se somete con ello a la autonomía y la libertad de los concursantes quienes serán, de modo propio, los que fijen sus nuevos plazos de vigencia tanto de ofertas como de garantías, pues la Administración ha roto, por decirlo de esta manera, el pacto original que tenía con ellos desde el cartel. Y es que los plazos de los oferentes sí nos resultan importantes cuando se incumplen, pero la Administración puede romper los suyos de modo indolente y sin derecho casi al reclamo. (...) / En conclusión, es criterio de ese Despacho que en esos lapsos que quedan desprovistos de garantía de participación, una vez vencido el plazo fijado en el cartel para adjudicar, no puede estimarse que el oferente obtenga una ventaja indebida. Lo que sucede en la práctica es que la Administración no debe atrasar tanto el dictado del acto de adjudicación por cuanto, en principio, los oferentes están obligados a mantener su garantía de participación por el plazo originalmente establecido por el Ente licitante, o por el mes contado a partir de la fecha máxima establecida para dictar el acto de adjudicación que

establece el artículo 37.7.1 del Reglamento General de Contratación Administrativa. Sin embargo, aún vencido ese plazo y como la Administración no pierde la competencia para dictar el acto de adjudicación, si el oferente conserva su interés (porque puede seguir manteniendo los precios de su oferta) hará la prórroga correspondiente. De modo que no se puede considerar que opere en la oferta la caducidad por el solo hecho de que el oferente no cubrió todo el tiempo la garantía de participación ante la Administración ni el tiempo que le fijo después la Administración sin consultarle; lo que interesa es que, a la fecha, su garantía se encuentra restablecida como ocurre en el presente caso y por ende, el oferente no pierde el interés legítimo en el negocio por ese solo hecho (razonamientos que se hacen extensivos por analogía al caso del otro consorcio apelante (...) y (...))” (**Ver Resolución RC-371-2000, de las catorce horas del doce de setiembre del dos mil**).

1) Recurso interpuesto por la firma (...). que, en resumen, expuso que la (...) les excluyó por no prorrogar a tiempo la garantía de participación cuestión que la apelante no comparte ya que, el comunicado del vencimiento y petición de prorrogar su caución, les llegó mediante fax del 29 de junio del 2000, en éste se les concedía tres días hábiles para su restablecimiento. La empresa, como se desprende de la garantía expedida por el Banco de Costa Rica, la restableció el mismo día del apercibimiento. A criterio de la apelante, la (...) interpreta mal la norma reglamentaria que reza sobre las garantías de participación pues, al decir que el documento de la garantía se presentó hasta el día 5 de julio, un día después del vencimiento de los tres días hábiles concedidos, la misma resultaba extemporáneo. Así las cosas, la apelante expresa que la presentación tardía del documento a la (...) es intrascendente pues es un acto formal insustancial que en nada afecta la garantía rendida por el Banco desde el 29 de junio del 2000. Agregó la recurrente algunos comentarios referidos a que su oferta es de precio inferior a la adjudicada, por lo que pide que se declare la nulidad del acto de adjudicación en cuanto a los ítems impugnados, ordenándose a la Administración, además, que proceda a evaluar la oferta de esta empresa. A esto, la Gerencia de Modernización y Desarrollo de la (...), contestó que se recibieron dos documentos de garantía de participación de la apelante, ambos extendidos por el Banco de Costa Rica. El primero de ellos con vigencia del 11 de enero del 2000 al 11 de mayo del mismo año. El segundo, extendía el vencimiento hasta el 8 de junio del 2000. Posteriormente, el 29 de junio del 2000 se notificó a la empresa que procediera a restablecer la garantía, mas sostiene la Administración que la empresa incumplió la prevención de tres días hábiles pues no presentó, en ese plazo, el documento de restablecimiento. Alegan que la recurrente presentó su garantía hasta el cuarto día hábil, siendo por ello extemporáneo. Por otro lado, manifiesta que la garantía tampoco se hizo a partir del día inmediato siguiente al del vencimiento de la garantía original, sino 21 días después. Considera la Administración que es intrascendente el día en que el Banco emita el documento, ya que lo importante es la fecha a partir de la cual se amplía o revalida la garantía. Exponen que la prórroga debe además comunicarse dentro del mismo plazo dado, a la Administración. En punto a la diferencia económica entre la adjudicada (adjudicación de los ítems 24, 25, 27, 28, 29 y 30) y la apelante es de US \$ 111, 667. 45 y no de US \$ 153, 692.87 como se indicó. **Criterio del Despacho.** Tal y como lo vimos líneas atrás, la exigencia de una garantía como la de marras, busca que se dé certeza o seriedad a la oferta que se presenta para asegurar que, en caso de resultar adjudicada, se llegue a rendir la

garantía de cumplimiento y a formalizar el respectivo contrato, manteniendo las condiciones planteadas en la plica que le procuraron ganar el concurso, como precio, plazos de entrega, calidad, especificaciones técnicas, garantías, entre otros. Tal y como lo afirma la propia reglamentación, la garantía se rinde por la necesidad de respaldar los daños que pueda causar el incumplimiento del oferente. Ahora resulta correcto afirmar que la oferta debe estar garantizada por el plazo que abarque el estudio de ofertas hasta el momento de la adjudicación, empero, se puede argumentar positivamente que, habiendo acontecido un error material en el documento emitido por la entidad autorizada o no prorrogar a tiempo la misma, se puede pedir la subsanación en aras del principio de eficiencia que exhorta a mantener la prevalencia del contenido sobre la forma (artículo 4 de la Ley de Contratación) además de que, con la prevención que se emita, no se causa lesión alguna a los principios que rigen la materia. Recordemos además que la garantía de participación respalda la seriedad de la oferta, pero que tal respaldo no es trascendente en tanto la Administración no se encuentre de frente al momento de la adjudicación pues, a nuestro entender, es en ese momento donde la presentación de una garantía, toma la finalidad para la cual se rinde: así, lo importante es que la oferta al momento de adjudicar se encuentre garantizada. Por otro lado, al no poder distinguir donde la norma no distingue, y ello por respeto al principio de legalidad, no puede afirmarse, como lo hace la Administración, que la presentación correcta de la garantía de participación se logre cuando ésta (refiriéndonos al documento en sí mismo) se presente material y oportunamente ante la Administración cuando se trata de una prórroga, pues, repetimos, lo importante es que la garantía se restablezca correctamente y sea válida al momento de adjudicarse. En el caso de marras, la (...) hizo una prevención dando para ello, tres días hábiles (Ver Hechos Probados 7 y 12) pero la empresa, a pesar de prorrogar la vigencia de la garantía de participación el mismo día en que se les previno, lo cierto del caso es que, el documento en sí, lo presentó a la Administración un día después del vencimiento de los tres días. Es nuestro criterio que para el objetivo buscado por la ley, de que la Administración esté garantizada, se cumplió en todo momento siendo una medida desproporcionada, la exclusión de la oferta por la presentación extemporánea de la garantía prorrogada. Aquí se hace necesario traer a colación la filosofía implícita en la Resolución 371 – 2000 antes citada, pues en el caso subexámine, el período descubierto que operó producto de la ampliación del plazo para adjudicar y la presentación extemporánea del documento ante la Administración, pueden considerarse como cuestiones que se pueden resolver a la luz de la normativa que rige la materia; por lo que debe afirmarse que no ha existido motivo para excluir la oferta de la apelante, debiendo, por tanto, retrotraerse al estudio de las ofertas concursantes considerándose, como es necesario, que ha sido bien rendida la prórroga a la garantía de participación de la empresa (...). De esta manera, este Órgano Contralor anula el acto de adjudicación en cuanto a los ítems apelados; debe la Administración regresar las cosas al estadio de estudio de ofertas, consignándose a la apelante su debida potencialidad de ser adjudicada (**ver resolución 49–2001, de las quince horas del veinticinco de enero del dos mil uno**).

Por otro lado, el razonamiento de la Sala Constitucional se utilizó en paridad de situaciones y ante lo determinante del fallo, con respecto a lo que dispone el artículo 51.2 del reglamento que permite girar prevención cuando la vigencia de la oferta no se da por el plazo exigido por el cartel. El supuesto es cuando el plazo errado es superior al 80% del

requerido, entonces, allí sí opera la prevención para completar el plazo. Puesto que la vigencia de la plica es un elemento sustancial, el órgano contralor aplicó el mismo criterio de la imposibilidad de enmendar el plazo en la garantía de participación como en la vigencia de la oferta³³, sin embargo, debe aplicarse el mismo criterio dicho líneas atrás al caso de marras lo cual, lejos de fomentar la aplicación de otros principios de mayor valía, decide por la mera formalidad con el consecuente daño al interés público.

13. Subsanación de documentación técnica complementaria

En cuanto a este tema, el Tribunal Constitucional estima, en el voto 998–98, que la norma (56.1.2.5 del Reglamento) que posibilita al oferente subsanar la presentación de documentación técnica y complementaria en idioma diferente del español, no contiene roces constitucionales, específicamente del artículo 76 de la Carta Fundamental, al expresar que: *“El español es el idioma oficial de la nación”*.

Es lógico entender, agrega, que la subsanación procede si en el pliego de condiciones no se ha especificado la obligatoriedad de presentar todos los documentos en idioma español. En aplicación del principio de razonabilidad, la oferta debe poder ser valorada por la administración con fundamento en los otros documentos y especificaciones de la propuesta, sobre todo si se trata de documentación técnica y complementaria.

Caso contrario, no es posible prevenir al oferente enmendar esta omisión si una de las condiciones de la oferta es, precisamente, su presentación en el idioma español, lo que convertiría a la exigencia en un requisito razonablemente esencial. Desde este punto de vista, la norma no resultó inconstitucional.

33 Ver oficios 6563, de 30 de junio del 2000 y 4959, de 9 de mayo del 2001, ambos de la División de Asesoría y Gestión Jurídica del órgano contralor.

Ahora, con fundamento en lo dispuesto por la Sala Constitucional, el órgano contralor ha estimado que la presentación de literatura complementaria a la oferta en idioma distinto del español es subsanable. Así mismo, de indicarlo el cartel, el uso de literatura en un idioma alternativo al español, por ejemplo, en inglés, francés, italiano, entre otros, de ser la documentación en un idioma distinto a los permitidos, comprende aquel órgano que cabe la prevención en aras de que se presente la literatura en alguno de los idiomas permitidos.³⁴

También, se ha referido esa misma institución a la posibilidad de subsanar o de enmendar, literatura presentada en un idioma distinto del español, en el supuesto en que el cartel hubiera solicitado que esa literatura complementaria fuera presentada en español (tal y como lo dictó la Sala Constitucional).³⁵ Así ha señalado:

...En el caso concreto, la empresa apelante manifiesta que de conformidad con el artículo 56.1.2.5 del Reglamento General de Contratación Administrativa, el cual no roza con la Constitución Política –a criterio de la misma Sala–, la literatura técnica y complementaria en idioma diferente al español puede ser subsanada, siendo que la Sala Constitucional no lo declaró inconstitucional, por lo que no existe motivo para descalificar su oferta. En este orden de ideas debemos manifestar que efectivamente, la Sala Constitucional no declaró la inconstitucionalidad del artículo 56.1.2.5 citado, en lo que la empresa apelante lleva razón y por lo que este Despacho no podría concluir que no es posible subsanar literatura técnica y complementaria que haya sido presentada en idioma diferente al español, pues la norma subsiste dentro del sistema vigente. Ahora bien, la Sala dimensionó lo referente a este aspecto, cuando señaló que **no es posible prevenir al oferente enmendar esta omisión, si una de las condiciones de la oferta es, precisamente, su presentación en el idioma español.** Esta manifestación de la Sala Constitucional no implica que un incumplimiento relacionado con literatura técnica y complementaria, sea de por sí razón suficiente para excluir del concurso la oferta que lo padezca. Esto por cuanto, resulta por demás importante, independientemente de si se puede o no subsanar la omisión del panfleto en discusión, determinar la trascendencia que tiene para la Administración y para las partes, el incumplimiento que se acusa. O sea, el hecho de que no se pueda subsanar, no quiere decir, automáticamente, que la oferta debe ser descalificada, pues antes debe hacerse un análisis de la trascendencia del citado incumplimiento. Así las cosas, en la especie, toma particular importancia lo manifestado por la Sala Constitucional, al final del Considerando XXVII, transcrito supra, cuando señala que el hecho de que la Administración solicite que la literatura complementaria se presente en idioma español, eso **convertiría a la exigencia en un requisito razonablemente esencial.** De ahí que no basta, simplemente, verificar el incumplimiento del requisito en análisis, sino que más importante que eso es determinar la razonabilidad y trascendencia que tiene para la Administración el requisito incumplido u omitido. Como sustento de lo anteriormente dicho, el artículo 56.1.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa, establece que si la prevención para subsanar no es atendida, la Administración procederá a descalificar

34 Ver en tal sentido oficio 7287, de 29 de junio de 1999 de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa del órgano contralor.

35 ver en ese sentido resolución n.º 203-99, de las 15:30 horas del 18 de mayo de 1999, de la misma Dirección citada.

al oferente de que se trate, **siempre que la naturaleza del defecto lo amerite** y a ejecutar, previa audiencia, la garantía de participación (la negrita es suplida). Esta disposición normativa lleva a la idea de valorar la trascendencia que pueda tener un determinado incumplimiento, de frente a la omisión del oferente de atender la prevención hecha por la entidad licitante, de manera que el solo hecho de que la empresa no haya atendido la prevención, sea razón suficiente como para excluirla del concurso. Esto significa que en materia de subsanación lo que [...] Se pretende entonces [es] que la Entidad promotora del concurso, aplicando lógica y adecuadamente las normas que conforman el marco jurídico regulador de esta materia, pueda disponer la conservación de aquellas ofertas que, en lo sustancial, resulten elegibles, dentro de las cuales se seleccionará la plica que más convenga a los intereses tutelados. De este modo, si bien tenemos que el aclarar, subsanar, o suplir información importante en la oferta –dentro del marco legal establecido- es un medio para hacer más eficiente la contratación administrativa, lo cierto es también que éste no es un mecanismo de aplicación indiscriminada y abierto, sino que en todo caso, deben observarse límites jurídicos, razonables y lógicos que sitúan este instrumento como facilitador del proceso de contratación y no en un mecanismo que promueva, entre otras cosas, la ilegalidad, injusticia o situaciones desiguales entre los oferentes.³⁶

En el mismo sentido, ha indicado ese despacho en la resolución n. ° 242–99, de las 15:00 horas del 11 de junio de 1999 (posición que ha sido reiterada en la resolución n. ° 249–99 de las 15:30 del 16 de junio de 1999), lo siguiente:

Así las cosas, para este Despacho es claro que la infracción que se acusa no recae sobre un aspecto que deba considerarse esencial de las bases del concurso o que ese incumplimiento signifique que a esas ofertas se las deba considerar sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico, motivo por el cual no se justifica la exclusión dispuesta. Insistimos en que la Administración debió haber prevenido a los oferentes la presentación de la documentación técnica omitida (literatura), a efectos de que los que cumplieran con ella fuesen evaluados. Por consiguiente, al no haber procedido de esa manera, el acto de adjudicación debe anularse, a efectos de que la Administración rectifique su proceder. A mayor abundamiento, este Despacho estima que la cláusula 1) de las Condiciones Generales del presente concurso, invocada por la Administración como la base para excluir las ofertas de las recurrentes, no es suficientemente clara, pues por la forma como se encuentra redactada, podría más bien considerarse que la literatura que no se presente debidamente identificada etc., no será admitida al concurso; es decir, la literatura misma, más no necesariamente la oferta, pues nótese que el párrafo inicia mencionando a ésta (la literatura) y no la oferta (hecho probado 4)). En resumen, la Entidad licitante excluyó del concurso a las tres firmas apelantes por considerar que incumplen la cláusula cartelaria en que se solicitó a todos los oferentes presentar con su propuesta la literatura técnica del equipo ofrecido, exclusión que por las razones expuestas, resulta ilegítima, por cuanto no se trataba del incumplimiento a un aspecto sustancial de las ofertas, sino de un aspecto formal trascendente que la Administración debió prevenir a los mismos interesados subsanar. Luego, si alguno no subsanaba, correspondía aplicar la regla establecida en el numeral 56.1.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa y así justificar la

36 Ver resolución 203–99 antes citada.

decisión que finalmente se llegase a adoptar. (Ver resolución N° 242-99 de las 15:00 horas del día once de junio de 1999).

De esta manera, es conforme a la jurisprudencia de las instancias dichas que se puede afirmar que, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 56.1.2.5. del Reglamento General de Contratación Administrativa, existe siempre la posibilidad de prevenir la presentación de literatura técnica aportada en un idioma distinto del solicitado por el cartel; si la prevención fuera incumplida, la Administración debe valorar, *en el caso específico*, la trascendencia de ese incumplimiento por parte del oferente ya que la información técnica podría estar ampliamente consignada en la oferta principal.

Por otro lado, vale acotar que la Administración no debe incluir en forma indiscriminada o infundada, la petición de presentar literatura técnica complementaria y menos aun que se restrinja únicamente al idioma español. Tal tipo de documentos técnicos procede únicamente en aquellos casos en que por la naturaleza del objeto así se justifique en aras de tener una cabal comprensión de las características, funciones y demás, de lo que se va adquirir. En cuanto al idioma en que esa literatura deba ser solicitada, necesita ser tan amplia como pueda ser, y esto dados los conocimientos idiomáticos del personal encargado de efectuar la calificación técnica del concurso. En eso vale tener en cuenta la forma en que es editada (origen del fabricante y/o del vendedor).

Finalmente, la Administración no debe desconocer la facultad que arbitra el artículo 50.2. del Reglamento General de Contratación Administrativa, el cual dispone:

La oferta se confeccionará en idioma español. El cartel indicará la información complementaria que deberá presentarse en idioma español. La Administración podrá contemplar en el cartel la posibilidad de presentar anexos y literatura técnica en otros idiomas e indicará en qué casos requerirá de una traducción libre bajo la responsabilidad del oferente.
(Subrayado agregado)

Entonces, el cartel puede disponer que los anexos y literatura técnica complementaria de la oferta sean presentados en idioma o idiomas distintos del español. Se recalca un aspecto importante mencionado líneas atrás: a la luz de lo dispuesto por el artículo 4° de la Ley de Contratación Administrativa, en razón del carácter complementario que tiene la literatura técnica con respecto a la oferta, para que proceda la exclusión de una plica que no haya cumplido con la prevención de presentar

literatura técnica en el idioma solicitado por el cartel, es necesario que se valore, *en el caso concreto*, la trascendencia de ese incumplimiento, ya que si no se pierde de vista el carácter complementario de esa información, bien podría ser que la información consignada en la oferta (como documento esencial) sea suficiente para tener una cabal comprensión del objeto que vaya a ser adquirido y, en ese caso particular, la exclusión de la propuesta (en aplicación del principio de eficiencia) no sea procedente.³⁷

14. Garantía de participación flotante

Considera la Sala Constitucional, en el voto 998–98 (artículo 34 del reglamento, en cuanto creaba la "garantía flotante" para respaldar la participación de un mismo oferente en diferentes concursos) que el artículo 34 del reglamento no tenía respaldo legal en violación del principio de legalidad y del artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política. Así mismo, que era el artículo 33 de la Ley de Contratación Administrativa el que regulaba la materia. Así, la garantía de participación, en la norma legal, es concebida como sigue:

La Administración exigirá, a los oferentes, una garantía de participación, entre un uno por ciento (1%) y un cinco por ciento (5%) del monto de la propuesta, el cual se definirá en el cartel o pliego de condiciones respectivo, de acuerdo con la complejidad del contrato.

De modo que al disponer el reglamento que:

La Administración podrá establecer mediante reglamento interno, la posibilidad de emplear la modalidad de garantías flotantes, que puedan respaldar la participación de un mismo oferente en distintos concursos

Afirmó la Sala que se constituía en un exceso de la potestad reglamentaria que se otorga al Poder Ejecutivo en virtud de lo dispuesto en los incisos 3) y 18) constitucionales; y que, lejos de constituir un "*licito*" desarrollo de los preceptos legales correspondientes, para asegurar los principios, objetivos y fines de la contratación administrativa, era un abuso.

37 Ver oficio 7287 supra citado.

La normativa reglamentaria trae como consecuencia la violación de los principios constitucionales de la contratación administrativa, en tanto se afecta seriamente el equilibrio de la relación contractual en perjuicio de la administración y en consecuencia, del interés público, en tanto se limita la capacidad de respuesta del oferente y futuro contratista frente a un eventual incumplimiento ante la Administración Pública.

Entonces, la lógica del procedimiento es que cada concurso tenga por separado su propio respaldo en materia de garantía de participación y esto lo confirma la propia doctrina: *“Por cuanto deben constituirse para cada contratación. No se admiten garantías permanentes, globales, indeterminadas, etc...”*.³⁸

C. Tópicos, normativa, doctrina, jurisprudencia constitucional y administrativa. Parte III

15. Derecho de recurrir en contratación administrativa y debido proceso

En lo que respecta propiamente al derecho de recurrir, expone la Sala, debe indicarse que con anterioridad se ha señalado que los principios que informan el debido proceso también son de obligada aplicación en los procedimientos administrativos (ver voto 2832–98, de las quince horas nueve minutos del veintinueve de abril de mil novecientos noventa y ocho).

Para ello, recuerda en el fallo último dicho, lo que en sentencia número 2130–94, de las catorce horas cincuenta y siete minutos del tres de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, se había señalado:

[...] los alegatos del accionante son improcedentes. El ordenamiento jurídico nacional establece una amplia gama de garantías y principios procesales de carácter fundamental, de aplicación plena no sólo en el ámbito jurisdiccional, sino también en todo procedimiento administrativo, de forma que su inobservancia ocasiona la nulidad absoluta, por inconstitucionalidad de todo lo actuado, especialmente en casos como el presente, en que la Administración está facultada por ley para eliminar un acto creador de derechos subjetivos -para el caso una concesión- dictado en favor del administrado. Dichos principios y garantías derivan, en general, de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, y más específicamente de la Ley General de la Administración Pública cuyos principios del procedimiento, por la especial naturaleza de la materia que regulan, resultan de acatamiento obligatorio. Dentro de ellos, según la sentencia número 15-90 de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa de esta Sala, se encuentran:

«... a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho a ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las

38 DROMI, Roberto. op. cit., p. 337.

pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la Administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada...».

Además, expresa el alto tribunal (voto 2832-98) que lo que se ha admitido es únicamente la regulación de este derecho, de manera que no es posible establecer ningún tipo de obstáculo que dificulte, en forma irrazonable el acceso a la justicia administrativa o haga imposible o nugatorio este derecho; y en este caso, no debe olvidarse que el agotamiento de la vía administrativa es requisito de admisibilidad para poder acceder a la vía jurisdiccional, específicamente, a la vía contencioso administrativa.

Además, que debía olvidarse que el control de los procedimientos licitatorios constituye un principio esencial de la contratación administrativa, precisamente en aras de proteger y garantizar el interés público en lo que atañe a la verificación y fiscalización de la correcta utilización de los fondos públicos.

Tal cuestión, cita la Sala en el voto anteriormente mencionado fue confirmado en sentencia número 2514-93 de las nueve horas seis minutos del cuatro de junio de mil novecientos noventa y tres, en que se consideró que no resultaba inconstitucional la facultad que se otorga a la administración para declarar desierto los concursos, pero sí lo sería la denegatoria de recursos contra las resoluciones adjudicatorias de las licitaciones públicas.

Ahora, y en otro orden de ideas, conviene mencionar la existencia de dos yerros que se comenten en la tramitación propiamente de los recursos de apelación. En efecto, la contratación administrativa, como marco general, posee como uno de sus actos finales el dictado de la adjudicación o lo que es lo mismo, el acto mediante el cual se dice a

cuál de los que presentan ofertas a la licitante se escoge; en suma se indican, se supone, los motivos técnicos, legales, entre otros, para tal obrar.

Tal acto se puede recurrir, dentro de una normativa especial, en aras de que se anule. En negocios de muchos millones de colones, ello es una constante pues, desde luego, los empresarios no dejará ir un negocio de grandes dividendos fácilmente. Sin embargo, valga notar que el derecho de recurrir a ese acto de adjudicación, llamado tal proceder como recurso de apelación, es un tema que involucra la aplicación del debido proceso constitucional porque, ante la exposición de la queja del recurrente se abre la posibilidad de defensa amplia de la Administración como de otras partes con interés en el asunto.

Tal derecho, como otros propios del debido proceso, son aplicables enteramente de seguido se mencionarán dos aspectos: la audiencia final y el asunto de los dictámenes técnicos, que, a nuestro modo de ver, están siendo aplicados en los criterios que se analizarán, de modo contrario, al derecho de la Constitución.

De los numerales legales y reglamentarios de la materia, se desprende que durante la tramitación del recurso de apelación en contra de actos de adjudicación, se perfilan elementos de juicio, vitales se diría, para resolver conforme a derecho el litigio. Estos son: el dar audiencia final para que se refieran de manera conclusiva al fondo del asunto debatido, y la petición de prueba pericial a profesional objetivos, ajenos a las partes, que generan documentos que se agregan al expediente de apelación y sobre los cuales se refieren, preferiblemente, a las partes al momento de responder la audiencia final ya que el ordenamiento no prevé audiencia sobre este particular.

Siguiendo un sentido lógico, se diría que un apelante presenta su acción, sobre sus alegatos se refieren, la Administración y la empresa adjudicada, en principio por cuanto hay casos donde hay más de un apelante y todos se refieren al dicho de los demás, luego, sobre los argumentos de todas las partes se confiere audiencia final y es, preferiblemente sobre lo dicho por la licitante, como por la beneficiada, que se refiere la apelante en ese estadio.

Es lo normal y en ello los antecedentes de la Contraloría General son ejemplo (ver en ese sentido resolución 251–2002), que tanto la administración como la empresa o persona adjudicada *señalen elementos nuevos en contra de la apelante; elementos que se perfilan desde la legitimación para accionar, hasta el propio contenido legal, técnico, como financiero, de la recurrente* a la hora de evacuar esa audiencia inicial.

No prevé, el ordenamiento, como se dijo, el dar audiencia a las partes sobre informes técnicos que se acreditan en expediente, empero, se supone que tal posibilidad de referencia se daría, o por lo menos esa sería el escape ante la omisión, al momento de contestar la audiencia final. Es lo cierto, entonces, que las firmas que apelan lo hacen en contra de los argumentos de la licitante para no adjudicarle a la disconforme y señalando de paso, vicios en la oferta de la adjudicada.

Pero es lo cierto también, que al momento de contestar, la Administración como la adjudicada, se defienden de lo dicho por la apelante, pero de paso, agregan todos los argumentos posibles, con apoyo en el expediente administrativo, o no, para desacreditar a la apelante ante la sede fiscalizadora en aras, se reitera, de que se le rechace el recurso. Es sobre esto último que nos preguntamos: *¿cuándo podrá defenderse, procesalmente, la empresa apelante?*.

El órgano contralor estima (para esto se ha sustentado en la respuesta que le hizo llegar a la Sala Constitucional en relación con la resolución del expediente n. °. 00–002964–007–CO, donde se discutía la omisión de dar audiencia final en la tramitación de un recurso de apelación) que:

- La ley y el reglamento definen el momento procesal oportuno en que los interesados han de presentar sus argumentos debidamente fundamentados, y en caso de ser necesario, la prueba respectiva. Tal momento se da en la interposición del recurso sin contemplarse otra ocasión para tales efectos.
- La audiencia final es por ello calificada por el reglamento como conclusiones en el tanto no se prevé la presentación de nuevos alegatos, ni nueva prueba en esa etapa procesal.
- Que de darse audiencia final, esta sería solo para referirse a los alegatos y probanzas inicialmente expuestos, sin posibilidad de que pueda alegar algo nuevo en contra del acto de adjudicación.
- Además, dada la preclusión de la oportunidad procesal para el planteamiento de los fundamentos y pruebas del recurso de apelación y la caracterización de la audiencia final, como audiencia de conclusiones, el haber efectuado la comunicación de dicha audiencia en forma debida, no habría cambiado por ninguna circunstancia la decisión final en algún aspecto importante.

Para ese caso, de modo extraño y preocupante, la Sala Constitucional resolvió que:

(...) Como ha acreditado, la inconformidad planteada por el recurrente en el sentido de que no le fue notificado el auto que confería audiencia final en el proceso de apelación seguido ante la Contraloría General de la República, no violenta su oportunidad de recurrir la decisión de la Administración en cuanto a la licitación en que participó como oferente, pues, como bien señala la Contraloría en su informe, esta oportunidad se ejerce con toda amplitud al momento de plantear el recurso. La audiencia final es una etapa meramente conclusiva, en la que no pueden invocarse nuevos argumentos o elementos probatorios que tengan la virtud de variar la decisión final que pudiera adoptarse con base en los términos en que inicialmente fue planteado el recurso, y en este

sentido, no puede decirse que se haya producido lesión a su derecho de defensa y al debido proceso(...). (Ver voto 4142-00, de las dieciséis horas con cinco minutos del dieciséis de mayo del dos mil).

Empero, tanto el criterio de la Contraloría General, como de la propia Sala Constitucional, atenta contra el debido proceso por una razón más honda que, aparentemente, no observan ninguno de estos órganos cuya misión es para uno la justicia administrativa, para el otro, la justicia constitucional.

Ahora, en materia de debido proceso constitucional, la Sala considera en su voto 1739-92, que por este se hace referencia al proceso que amén de estar regulado por ley formal y reservado a esta, debe en su mismo contenido ser garantía de toda una serie de derechos y principios tendentes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad y no solo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador; este refiere, en general, a todo el sistema de las garantías –todavía sólo procesales o instrumentales– implicadas en la legalidad constitucional. Tal es el concepto específico de la garantía constitucional del debido proceso en su sentido procesal actual.

A partir de la definición y del instituto en sí, estima el alto tribunal en el voto dicho, que se entroncan una serie de principios de rango supremo. Así, se habla del *derecho general de acceso a la justicia*, entendido como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia, es decir, de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Ello lleva a la práctica de tener órganos judiciales independientes y especializados en tal ejercicio, además de la disponibilidad del aparato para resolver los conflictos. Tal acceso ha de ser en condiciones de igualdad y sin discriminación; el acceso es en sí, aplicación del derecho constitucional de petición.

Existe asimismo un *derecho general a la legalidad* (legal como constitucional) que postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico a partir de su definición básica, según la cual toda autoridad o 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 les esté autorizado les está vedado–; así como sus dos corolarios más 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.

Se da de igual manera el *principio de juez natural o regular*, persona a la cual el Estado le enviste como el ente neutral que aplica la justicia; además, en el debido proceso se presentan los *derechos de audiencia y defensa* que en palabras de la Sala Constitucional en el citado voto, es presentado así:

(...)El derecho general de defensa implica otros, particularmente el de audiencia y los principios de imputación e intimación, así como el derecho a la motivación o fundamentación debida de toda resolución procesal. De conformidad con lo expuesto, comprende:

a) El principio de intimación:

Es el que de lugar al derecho de todo imputado a ser instruido de cargos, es decir, puesto en conocimiento de la acusación, desde el primer momento - incluso antes de la iniciación del proceso contra él, por ejemplo por parte del Ministerio Público -. Es obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, instruir de cargos y advertir de sus derechos constitucionales a todo imputado, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales; y esto sólo puede lograrse plenamente en presencia personal del mismo reo, con su defensor.

b) El principio de imputación:

Es el derecho a una acusación formal. Necesariamente debe cumplirse a cualquiera que se pretenda someter a un proceso. Es, pues, deber del Ministerio Público, aún inicialmente, y, después, de éste y del juez, y comprende los de individualizar al imputado, describir detallada, precisa y claramente el hecho de que se le acusa, y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando los fundamentos de derecho de la acusación y concreta pretensión punitiva. Y no se menciona el supuesto de los llamados procesos de citación directa, porque este problema no está involucrado en la

consulta que nos ocupa, y obligaría a la Sala a considerar la constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales del Ministerio Público, que han sido descargadas en un órgano administrativo no jurisdiccional, lo cual puede implicar una violación de los principios de exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional a que nos hemos referido.

c) El derecho de audiencia:

Es el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso y, particularmente, de hacerse oír por el juez, de traer al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias, y de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo.

d) El derecho de defensa en sí:

También se desprende del artículo 39 de la Ley Fundamental, y muy especialmente de los incisos a), c), d), e), f) y g) del párrafo 2°, y de los párrafos 3° y 5° del artículo 8° de la Convención Americana, de todo lo cual resulta toda una serie de consecuencias, en resumen; el derecho del reo a ser asistido por un traductor o interprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su caso también proveído gratuitamente por el Estado, sin perjuicio de su opción para defenderse personalmente, opción esta última que el juez debe, no obstante, ponderar en beneficio de la defensa misma; el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor, con la sola excepción de la incomunicación legalmente decretada - conforme al artículo 44 de la Constitución -, durante la cual, no obstante, no deben en ningún caso tener acceso a él la parte acusadora ni las autoridades de investigación, ni utilizarse en modo alguno el aislamiento para debilitar la resistencia física o moral del imputado ni para obtener de él pruebas o declaraciones, mientras en cambio, las restricciones necesarias que se impongan al acceso del acusado a su defensor, debe ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación de la verdad, y siempre permitiéndole la garantía sucedánea del acceso a un defensor público, que, sin perjudicar aquéllos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos; (...).

Desarrolla la Sala Constitucional otros derechos como el de inocencia, el de in dubio pro reo, el de los derechos al procedimiento, el derecho a una sentencia justa, el de la doble instancia, el de eficacia formal de la sentencia (cosa juzgada) y el de eficacia material de esa misma sentencia; todos derechos propios del debido proceso, innegables a los que claman justicia.

Ahora, la razón básica de los órganos públicos anteriormente citados supra para decir que no dar audiencia final no viola el debido proceso, descansa en la lectura “literal” de las normas que expresan, en suma, que con la interposición del escrito de apelación, el recurrente ejerce su derecho de irse en contra del acto y que por ello, no dar audiencia final, no viola el debido proceso, pues ya se tuvo la oportunidad para ir en contra del acto

dicho, pues la audiencia final es solo para exponer conclusiones sobre lo expuesto inicialmente; pero esto es un asunto de mera interpretación discrecional que dejó de lado el debido proceso a favor de la persona que recurre.

La audiencia inicial pocas veces es utilizada para referirse solo a los alegatos que expone el apelante en su escrito; tal auto da el chance para que tanto la Administración como la adjudicada se refieran a todos los aspectos posibles en aras de desacreditar el recurso incoado. Aspectos que son en muchas situaciones construcciones jurídicas no tan bien fundamentadas y menos, en buena cantidad de casos, amparadas con pruebas. Y la pregunta formulada con anterioridad: *¿cuándo podrá defenderse este apelante?* Cuando las otras partes actúen el sentido antes indicado.

La respuesta es solo una: en audiencia final, que no solo es para hacer conclusiones de sus dichos sino para irse en contra de los dichos de la Administración como de la adjudicada y ello, por estar ordenado así, por el debido proceso. De esta manera porque le asisten a ese oferente que apela el derecho general de acceso a la justicia, pero a una justicia clara, que tenga en cuenta todos los elementos de juicio pertinentes para dictar el fallo; porque tiene a su favor los derechos de audiencia y defensa; en estos, el de intimación que en el caso concreto se daría al otorgar audiencia para que se refiera a lo que responden en audiencia inicial las otras partes; además, porque le asiste un derecho elemental de audiencia, lo que es lo mismo, de poder hacerse oír ante el juez y más cuando otras partes afirman cosas que no son, en su contra, creando muchas veces prueba falsa, argumentaciones tergiversando la prueba o lo que obra en expediente; el apelante tiene derecho a controlar la actividad que despliega la Administración y la adjudicada en el procedimiento.

En fin, de no darse esa audiencia, el riesgo de dictarse una injusticia, de apreciarse erradamente la prueba que se aporta por parte de la Administración o de otras partes, entre otros muchos factores, aumenta gravemente en perjuicio de la justicia constitucional (pues en ella se contiene la justicia administrativa).

Solo por citar un caso, recientemente la Contraloría General emitió el fallo 251–2002, de las catorce horas del veintidós de abril del 2002; en este asunto precisamente sucedió lo que se ha dicho y que es práctica en la tramitación de este tipo de gestiones, es decir, que en audiencia inicial la Administración generó un nuevo aspecto técnico para excluir la plica de dos oferentes que apelaban el acto. Es necesario observar cómo se resolvió y después se harán los comentarios de rigor:

(...)Segundo Recurso: acontece un elemento delicado al momento de distinguir entre los alegatos, la prueba y el Derecho a aplicar. Tal y como le sucede al anterior apelante, la Administración encuentra posteriormente un tercer elemento en la muestra, para excluir a este Oferente. Esto es, que la aguja en su anclaje con la fibra, tiene un desnivel y es más ancha que la hebra. En punto a los dos aspectos que dieron origen a la disconformidad del apelante, la Licitante se allana acepta que la muestra es de abre fácil y que el plazo de vencimiento está acorde con el cartel. A estas alturas del procedimiento, señalar un nuevo elemento, único para excluir, por cuanto los otros dos son aceptados como positivos a los intereses de la apelante por parte de la Administración, es un asunto que lesiona evidentemente el derecho de defensa a favor de la empresa que cotiza. Observemos que este nuevo factor lo da a conocer la Administración en su respuesta a la audiencia inicial y la empresa apelante lo refuta en su contestación a la audiencia final pero, la veracidad o no del dicho de la apelante es un asunto que, de rechazar la presente acción, no se podría comprobar. En otras palabras, encontrado el aparente incumplimiento por parte de la Administración, la empresa interesada le brinda, por vía del expediente de apelación (de modo indirecto) una explicación, sin embargo, conocer o no sobre la aceptación de esa defensa, escaparía a este Despacho ya que ello es cometido ineludible y propio de la Comisión Técnica de la Licitante. Además de que no hay posibilidad procesal para que la Administración lo estudie, lo resuelva y lo informe, antes del plazo de los cuarenta días hábiles para resolver, al Órgano Contralor. Así las cosas, en aras de que se dé plena tutela al debido proceso constitucional, en concreto, al principio de defensa y debida motivación del acto, se anula el acto de adjudicación dictado en espera de que la Comisión Técnica competente de la Licitante estudie, de frente a la supuesta falta, el dicho de defensa de la empresa apelante y, conforme al recto juicio objetivo y profesional, estime o

desestime el argumento y, así, vuelva a recomendar o no, a la empresa que hasta ahora se presentó como la Adjudicada. Pese a lo anterior, no puede dejarse de llamar la atención a la Administración ya que el propio cartel le brinda un plazo **suficiente y razonable** para hacer el estudio íntegro de las plicas, por lo que, utilizar la respuesta a la audiencia inicial que otorga este Despacho para presentar nuevos alegatos de exclusión de una oferta, luego de una evaluación por la Comisión Técnica, es una práctica administrativa que enfrenta y lastima la eficiencia pública y el principio de seguridad jurídica. (Los subrayados no son del original).

Ante tal panorama, teniendo el criterio de la Sala Constitucional de que no dar audiencia final no viola el debido proceso, opinión que mantiene también el órgano contralor, es necesario cuestionarse qué habría pasado de no haber dado esa audiencia en el caso transcrito. Obsérvese que la Administración se allanó a los dos puntos que generaron la apelación pero, en la misma contestación a la audiencia inicial, presenta un nuevo elemento para excluir esa plica.

Desde luego, dada la audiencia final, la apelante rebatió aquel dicho, con argumentos de igual peso lo que obligó a anular el acto de adjudicación, como dice la resolución, en resguardo del derecho de defensa, del debido proceso constitucional. Lo mismo aplica para el caso de los informes técnicos que se solicitan, ya que ante la omisión legal como reglamentaria, es con la audiencia final que se abre, por primera vez, la oportunidad al apelante para que se defienda con su argumento y presente prueba de descargo.

Así las cosas, debe el ordenamiento regular la audiencia de rigor para que las partes se refieran a los dictámenes técnicos y ser obligatoria la emisión del auto que otorga la audiencia final a las partes; lo anterior, en aras de ser coherentes con el debido proceso constitucional que se debe mantener en la contratación administrativa y, dentro de ella, el derecho a recurrir.

16. Contrato administrativo y reajuste de precios

En fallo 6432-98, de las diez horas treinta minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, la Sala Constitucional sentó jurisprudencia respecto de los tópicos: contrato administrativo y reajuste de precios.

Afirma, que el principio constitucional del mantenimiento de la ecuación financiera del contrato, utilizando la figura jurídica de los “reajustes de precios” o de la “Teoría del Equivalente Económico”, es la reacción jurídica idónea que el sistema costarricense ofrece frente a las alteraciones o afectaciones de los precios contractuales.

Agrega, en relación con el contrato administrativo, que es conclusión generalizada tratar la figura del contrato administrativo como distinto del contrato civil, regulado por algunas instituciones que difieren de la sola voluntad de las partes; su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, destinado a satisfacer las exigencias de funciones esenciales del Estado –tanto en lo que respecta a la prestación de un servicio, como a la realización de una obra–, es decir, de fines públicos, razón por la que lo esencial del contrato se desplaza de la armonía de intereses entre las partes involucradas, a la consecución del fin de interés público que se persigue.

Además, que es esencial a la diferenciación sustantiva del contrato administrativo, que la Administración goza de prerrogativas que se concretan en

facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución, entre otros), llamadas cláusulas exorbitantes y que se fundan en el interés público. Que, del concepto mismo de contrato se deriva la idea de equilibrio de los intereses contrapuestos, por lo que es natural pensar que el vínculo que une a las partes se nutre del principio de justicia conmutativa en cuanto se recibe alguna prestación que debe compensarse con cierta igualdad, o lo que es lo mismo, debe existir reciprocidad de intereses; por ello, y como regla general, el contrato administrativo responde al tipo de los contratos que son onerosos (concepto de financiamiento por medio del gasto público), pero a la vez conmutativos (contraprestaciones equivalentes).

Prosiguiendo sobre la figura del contrato administrativo, indica la reseña jurisprudencial constitucional, que la doctrina reconoce que las prestaciones deben ser equilibradas por dos razones: porque la Administración financia el contrato con gasto público, que tiene un orden especial de origen constitucional (principios de la Hacienda Pública), de manera que la obligación debe ser respaldada, necesariamente, con la existencia de fondos suficientes para enfrentarla; y en segundo lugar, porque la formalización del contrato reconoce un valor subjetivo que para cada una de las partes, tiene la prestación de la otra, valor que debe ser íntegramente respetado, sin que sean posibles alteraciones futuras, a menos que medie un nuevo acuerdo entre las partes.

Asimismo, como otro elemento de esta relación que es importante mencionar, expresa que el contrato está sujeto a riesgos y a la aparición de circunstancias no tomadas en cuenta por las partes al momento de su formalización, que

afectan, desde luego, el nivel económico originalmente establecido por las partes al acordar las prestaciones, dependiendo el grado de incidencia, usualmente, de la complejidad de la relación y de su permanencia en el tiempo. Que es vital examinar el origen de las alteraciones que modifiquen la economía del contrato, para definir el tipo de reacción que la Administración deba adoptar para restituir ese nivel, puesto que es jurídicamente posible que se den varias modalidades.

Así, cuando las modificaciones corresponden a la acción unilateral de la Administración (hecho del príncipe) o responde a un acto contractual derivado de su facultad modificadora de la relación, es la Administración la que deberá asumir, integral y plenamente, los efectos de sus propias decisiones; cuando las modificaciones en la ejecución contractual surgen de los llamados riesgos comerciales, principalmente por los errores cometidos por el contratista al formular su propuesta, esa conducta no da origen a ninguna indemnización, salvo que haya sido inducido al error por la contraparte, como por ejemplo lo serían la equivocada información suministrada en los documentos del pliego de condiciones (cartel) o un error en el diseño en la obra por construir, dice la Sala Constitucional.

Finalmente, cuando las modificaciones son externas a la voluntad de las partes, como por ejemplo, por alteraciones de las condiciones económicas que signifiquen incrementos de los precios y del costo de la mano de obra y en términos generales, a incrementos en los precios que incidan en los costos que integran el valor de la oferta propuesta, debe la Administración asumir el mayor

costo; y, que el contratante, al celebrar el contrato, persigue un beneficio, una utilidad, que se calcula, normalmente, no solo sobre la prestación que deberá realizar (suministro, obra o transportes, por ejemplo), sino también sobre el capital que ha de invertir en ello, de manera que al formalizarse la relación, este acto le asegura la obtención del beneficio proyectado y si por razones sobrevinientes o imprevisibles, ese beneficio sufre un menoscabo, el contratista tiene el derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, para que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse con el contrato en las condiciones originarias.

Ahora, en el voto 6432–98, la Sala Constitucional valida criterio respecto del reajuste de precios en el tanto:

(...) el legislador ordinario interpretó auténticamente el artículo 2 de la ley 5501, para que se entendiera que la maquinaria y el equipo son elementos integrantes del costo fijo, solo que lo hizo por un medio torcido, lo que llevó a la Sala a declarar inconstitucional el medio utilizado para incorporar esa norma al ordenamiento jurídico. La discusión de fondo de esa acción, forma parte de los alegatos de este caso concreto. e) A modo de conclusión.- De las glosas que se han hecho de los precedentes sobre el tema que han sido examinados, se puede concluir con una síntesis que conduce a afirmar que los lineamientos y precisiones que la Sala ha dictado, reiteradamente, sobre el principio del equilibrio de la ecuación financiera de los contratos administrativos y los reajustes de precios, como medio para lograr ese principio, conducen a tener por establecido que: - para mantener el equilibrio económico del contrato, existe un derecho a los reajustes de precios, que nace desde el momento mismo en que el contratista entrega su oferta a la Administración; / - los reajustes deben originarse en situaciones imprevistas para las partes o que, aunque previsibles, por ser el producto del comportamiento normal del mercado local, afectan el nivel de las prestaciones de las partes; / - los riesgos derivados del punto inmediato anterior deben ser asumidos por la Administración y desprendido de este fundamento del que es consecuencia, resulta que el contratista no debe asumir riesgos irracionales.

Además, que “- reconocer los reajustes de precios no es potestativo del Estado, sino su obligación, puesto que está involucrando el interés público inmerso en la ejecución del contrato; / - las sumas que se reciben por concepto de reajustes de precios no constituyen,

en estricto sentido jurídico, una indemnización, sino la restitución del valor real de la obligación, o sea, el pago integral del precio del contrato;” / y que “- el derecho de los contratistas a cobrar los reajustes de precios es irrenunciable anticipadamente y prescribe junto con el derecho a percibir el pago” (ver el mismo voto).

Así, queda claro que el derecho a la intangibilidad patrimonial, dentro del que se encuentra inmerso el de los reajustes de precios como modo de mantener estable la ecuación financiera del contrato administrativo, tiene rango constitucional, como principio derivado del artículo 182 constitucional en relación con el 45 de ese mismo cuerpo de normas.

Además, en voto 6432–98, se agrega, como tesis de principio, que deben reconocerse los reajustes de precios aun si no existiera un convenio previo entre las partes o una norma jurídica expresa que así lo disponga, puesto que se trata, en lo medular, de la aplicación de un principio constitucional en forma directa, derecho cuya existencia no depende de una norma expresa que lo establezca, sino de la naturaleza misma de la relación contractual en el campo administrativo.

En otras palabras, esta institución se aplica de pleno derecho y en forma directa, a reserva, eso sí, de que exista acuerdo entre las partes en cuanto al monto y que este resulte razonable a los fines que se persiguen, es decir, que se reconozcan, como se ha dicho, los aumentos en los costos que conforman e integran los precios del contrato, según las prácticas usuales en la ejecución de los contratos administrativos.

Lo anterior es así, porque desde el punto de vista de la Administración, la institución no está concebida como medio para otorgar beneficios económicos al contratista, sino como vía idónea para asegurar –siempre en beneficio del interés público– el cumplimiento del contrato de manera que se garantice su total ejecución, como respuesta oportuna que se opone a los acontecimientos imprevisibles que lo afectan en su seguridad y economía, siguió diciendo la Sala Constitucional.

Empero, si se estatuye un sistema legal, este debe garantizar que se llegue, por medio de su aplicación, a resultados justos, equitativos, o sea, al pago integral del precio del contrato; y para el caso que el resultado no fuera ese, el contratista tendría el derecho de impugnar el sistema para intentar llegar al equilibrio de la ecuación financiera por otros medios lícitos disponibles, lo que significa que la Administración puede ofrecer medios alternativos de reajustes de precios en los pliegos de peticiones o carteles, para remediar las injusticias notorias de los reglamentos, sin que con ello se viole el principio de legalidad, porque el cartel es, como la doctrina costarricense lo ha definido acertadamente, el reglamento particular del contrato que interesa.

Y, hace recordar la Sala Constitucional, que la principal característica de cualquier sistema concebido para mantener el equilibrio financiero del contrato, es que es un deber ineludible para la Administración, que conduce, necesariamente, a resultados justos, de manera que no modificar un sistema que no los brinda, implicaría en esencia, una violación de derechos constitucionales.

Resulta de lo anterior que como se trata del desarrollo de un principio de rango superior, las reglas básicas de una posible normativa están reservadas a la ley formal, en atención al principio de reserva legal a que están sujetos los derechos fundamentales, principio que tiene rango constitucional (artículo 39) y legal (artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública), además del reconocimiento jurisprudencial –sobre todo en la instancia constitucional–.

La sentencia en estudio, expresa, aun más, criterio en torno al tema que la ocupó, empero, por no ser objeto del presente trabajo, se deja hasta aquí para que sea consultada por el interesado.

Por otro lado, en sentencia 3296–99, de las dieciséis horas treinta y nueve minutos del cinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve, se emitió criterio respecto del mismo tópico. En esta nueva oportunidad, se dijo que: a) los reajustes de precios como medio idóneo escogido por el legislador ordinario para mantener el principio constitucional de la intangibilidad patrimonial, esto es, la invariabilidad de la ecuación financiera del contrato administrativo, según se establece en las leyes 5501–74 y 5518–74, es un desarrollo parcial del principio (antes citado), puesto que están dirigidos a solucionar los problemas concretos de los contratos de ejecución de obras públicas, de suministros y compra de servicios, ya que todo contrato administrativo está sujeto al deber ineludible de la Administración de mantener la ecuación financiera en todas las modalidades contractuales.

Es decir, que los reajustes de precios deben ser reconocidos por el Estado siempre, aunque no exista una norma legal o reglamentaria que defina los parámetros y procedimientos para hacerlo, debiendo, eso sí, someterse los convenios entre las partes, a los sistemas ordinarios de control hacendario, o a la aprobación de la Contraloría General de la República.

Además, b) como sistema jurídico, idóneo y flexible, los reajustes de precios se deben aplicar dentro del plazo normal de ejecución de los contratos administrativos, en el que juega libremente el álea empresarial, siendo jurídicamente posible que se distribuyan los riesgos entre las partes. En condiciones de normal estabilidad contractual, no es inconstitucional establecer un umbral de avance de obra o de ejecución del contrato –como lo define la doctrina española– para que procedan los reajustes, con la condición de que no se presente dentro de ese plazo, una medida de la propia Administración, general o de orden económico, que incidan directa y seriamente sobre la economía del contrato, en cuyo caso, puede proceder la revisión de los precios.

Asimismo, prosigue la Sala en el voto dicho, c) *“no es inconstitucional establecer distintos métodos de cálculo de los reajustes de precios, a reserva de que todos ellos conduzcan a hacer justicia administrativa, de manera que si existen diferencias en los resultados obtenidos, sean razonables o proporcionadas con los fines que se persiguen”*.

Finalmente la Sala Constitucional expresó su criterio en cuanto a la prescripción del derecho al reajuste de precios (voto 8551–99, de las diez horas dieciocho minutos del cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve). Así, expuso que,

concretamente, en lo que se refiere a la aplicación de ese modo de extinguir la obligación, el derecho al cobro de los reajustes, prescribe, ciertamente, a los cinco años tal y como lo regula la Ley de Contratación Administrativa.

17. Excepciones; procedimientos concursales

En voto 6754-98, de las quince horas treinta y seis minutos del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, la Sala nos comunica que el principio general que rige la contratación administrativa es que esta debe verificarse mediante el procedimiento de la licitación pública y **solo a manera de excepción a esta regla**, puede justificarse la utilización de los procedimientos de contratación privada, entendiéndose por tales la licitación por registro y la restringida reguladas de conformidad con las disposiciones de la ley y además, la contratación directa.

En relación con la contratación directa, informa el Tribunal Constitucional, el artículo 182 de la Constitución Política, no genera prohibición absoluta para la Administración respecto de su utilización. Además, sobre este tipo de procedimiento, la Sala encuentra más bien justificación en relación con el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública. En sentencia número 5947-98 se dijo que:

IV.- DE LAS EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS; DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. DE LAS EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS. [...]
Son éstas situaciones expresamente regladas y que resultan acordes con el marco constitucional (principios y control de la contratación administrativa) comentado en el considerando anterior, y que han sido reiteradamente reconocidos por la jurisprudencia constitucional, en tanto, se limita la licitación privada a contrataciones menores; y en cuanto la contratación directa, es una excepción a la licitación en tanto encuentra su

fundamentación precisamente en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, ya que procede únicamente en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible para el ente contratante convocar a licitación pública, bajo seria amenaza de ver comprometido el interés público. Se trata de situaciones especiales en las cuáles el uso de los procedimientos concursales ordinarios, y más específicamente el de la licitación pública, más bien implicarían un serio entorpecimiento en el cumplimiento del fin público encomendado a la Administración Pública, donde el cumplimiento “per se” de exigencias legales más bien podría traducirse en serias alteraciones al orden institucional establecido en la propia Constitución Política. Situaciones como la adquisición de bienes para la atención de una emergencia o urgencia apremiante, cuando exista un único proveedor en el mercado, cuando se trate de servicios conceptualizados como “actividad ordinaria” de la institución contratante, o de negociaciones en las que se requieran especiales medidas de seguridad y que se encuentran establecidas precisamente en el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, sin que esta afirmación constituya una valoración constitucional de cada uno de los supuestos establecidos en esta disposición, los que deberán ser analizados en su oportunidad. En virtud de lo anterior cabe concluir que efectivamente es posible establecer excepciones a los trámites ordinarios establecidos en la Ley de la Contratación Administrativa derivada del artículo 182 constitucional siempre y cuando se respete el marco constitucional (principios y control), y que resulte razonable y proporcional a los fines de la contratación.

Empero, la posible utilización de este u otros procedimientos menos gravosos, se encuentra limitada y constreñida a las excepciones creadas por ley, precisamente por tratarse de vías excepcionales de contratación al principio general constitucional, de manera que para que proceda debe existir, previamente, una autorización expresa de origen legal.

Mayor comentario en torno a las excepciones a la regla de hacer uso de la licitación pública ha sido realizado líneas atrás por lo que se deja hasta aquí tal asunto.

18. Definición de actividad ordinaria

Expresa la Sala Constitucional en su voto 6754–98, ya citado, que actividad ordinaria trata de la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración, que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la ley y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no ejecutivo.

Expresa el susodicho pronunciamiento que *“(...) no puede ser cualquier actividad, aunque la misma constituya un fin público en si misma / no todo servicio público es actividad ordinaria sino, únicamente, el referido al fin último de la Administración que lo presta en estrecha relación con los usuarios y además, de que ese servicio público debe ser asignado por ley formal.”*

Es oportuno señalar lo que, sobre el tema, ha señalado el órgano contralor. Efectivamente, mediante oficio 12763, de 2 de noviembre del 2001, de la División de Asesoría y Gestión Jurídica de la institución fiscalizadora, se dijo que por actividad ordinaria se comprende la actividad contractual de la Administración Pública que por su constante y frecuente tráfico y su relación inmediata con los usuarios, resulta claramente incompatible con los procedimientos concursales de contratación administrativa.

Tal excepción a los procedimientos concursales, se entiende, salvo que por ley expresa se disponga otra cosa, es limitada a la actividad contractual que la Administración realiza con sus usuarios para brindarles bienes y/o servicios estrechamente relacionados con la prestación última que la ley le asignó al crearla, de modo que, la actividad ordinaria de un ente u órgano abarca aquella que estos realicen, dentro del ámbito de su competencia, por medio de una actividad o servicio que constituye *la prestación última o final que ésta efectúa de frente a sus usuarios, y cuya frecuencia, tráfico y dinamismo, justifican o imponen apartarse de los procedimientos usuales de concurso.*

Además, en el citado documento, se mencionó que la actividad ordinaria *“se identifica con la prestación del servicio y el cumplimiento de los fines de la Administración respectiva”* por lo que resultaba necesario recalcar que si bien toda actividad que realice la administración debía imperiosamente enmarcarse dentro de los fines que le han sido señalados por el legislador y ajustada al

principio de legalidad, no toda la actividad que realiza aquella cumple de manera inmediata los fines, sino de manera mediata.

De ahí que, aunque *“toda actividad ordinaria debe enmarcarse en las competencias del ente y por ende, en los fines enmarcados por el legislador, no toda la actividad que comprende la competencia debe ser conceptuada como ordinaria,”* (Ver además, oficio 0358, de 15 de enero de 1980 del órgano contralor)

La noción de “actividad ordinaria”, desde la perspectiva de la contratación administrativa, no puede ser conceptuada con criterio ampliativo, en razón de que constituye justamente una excepción a los procedimientos ordinarios de contratación, los cuales aseguran la aplicación real de los principios de concurrencia y de igualdad de trato a los distintos interesados en contratar y, por ende, resulta improcedente incluir actividades no enmarcadas en su correcta noción, sea en los textos reglamentarios o por vía de interpretación.

De este modo, conforme al trato que se la ha hecho a la materia, no quedan comprendidas en la noción de actividad ordinaria los contratos que celebren las administraciones cuando por estos se busca realizar actividades que cumplen una relación de medios, para alcanzar sus fines, entre las cuales se pueden incluir aquellas realizadas para su instalación, tales como la compra o arrendamiento de edificios, mobiliario, construcción de obras, entre otros.

Tampoco lo serían, aquellos negocios que se dirigen al funcionamiento (arrendamiento o compra de equipos, vehículos, útiles, materiales, entre otros), ni para el transporte

de productos para su uso o comercio, menos para la información u otra clase de prestaciones ajenas a la finalidad inmediata del servicio.

Así y a manera de ejemplo, no fue reconocida como actividad ordinaria, por parte del órgano contralor en relación con la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, la actividad de compra de suministros tales como cable eléctrico conductor, vehículos, herrajes eléctricos y transformadores, ya que la adquisición de tales elementos constituye solo un medio, entre muchos otros, logrado a través de la concurrencia de múltiples terceros (contratistas), que permiten el funcionamiento de la empresa, para hacer posible la prestación del servicio de electricidad frente al usuario. En este caso, constituye actividad ordinaria la venta de electricidad a los usuarios del servicio (puede verse oficio 9017, de 3 de octubre de 1979 del órgano contralor).

En la misma forma, una empresa dedicada a prestar el servicio de transporte por ferrocarriles, no puede pretender conceptuar como actividad ordinaria la construcción de puentes, de un túnel o de una vía, pero en cambio, sí se debe considerar como su actividad ordinaria la de concertar contratos relacionados con la venta de los servicios de transporte que presta. (Ver oficio 0358, de 15 de enero de 1980 del órgano contralor)

Finalmente, en relación con la Fábrica Nacional de Licores señaló el despacho contralor que la compra de suministros necesarios para procesar los distintos licores que produce esa empresa no pueden comprenderse como actividad ordinaria. En una oportunidad, la citada fábrica solicitó declarar como actividad ordinaria la compra de los productos indispensables para el proceso de producción, la contratación de los servicios de transporte del licor, envases y melaza entre otros, gestión que le fue denegada. (Ver oficio 10449 de 4 de setiembre de 1989 del órgano contralor)

En los casos citados, la relación de medios para el cumplimiento de los fines encomendados resultó clara, por lo que no podría definirse toda una serie de medios necesarios para el cumplimiento de los fines como “actividad ordinaria”, por cuanto quedaría desnaturalizado todo el régimen de contratación

administrativa y los principios que lo informan. La excepción sería la regla ya que cualquier institución podría alegar la necesidad de obtener los medios para cumplir sus fines y, por ende, por ese medio, invocar la necesidad de apartarse de los procedimientos ordinarios, obligatorios, de acuerdo con la cuantía del negocio.

La necesaria relación de *medio y fin* debe ser solventada en la Administración Pública, introduciendo mecanismos adecuados de planificación que le permitan a cada órgano o entidad proveerse de los bienes y/o servicios necesarios para cumplir eficaz, eficiente y económicamente los fines para los cuales ha sido creada. La provisión tardía de esos bienes y servicios, o bien, su ausencia o precariedad, en muchas ocasiones ha sido atribuida a los procedimientos de contratación; aspecto que más bien encubre, por lo general, una inadecuada planificación de compras.

No por ello, empero, se debe dejar de reconocer que se trata de una problemática compleja, que abarca otros aspectos tales como la inadecuada capacitación de funcionarios a cargo de los trámites de compras, la deficiente preparación de los carteles de licitación, la participación inapropiada de terceros (sea en la deficiente formulación de sus ofertas o en la interposición de recursos infundados).

En tal sentido, la Administración debe poner atención en aras de aplicar mecanismos correctivos que, al amparo de las normas vigentes, le permitan

contar oportunamente con los medios necesarios para el cumplimiento de sus fines. (Ver oficio 7433, del 25 de junio de 1996 del órgano contralor)

19. Licitación pública, principio de eficiencia e igualdad

En resolución 2000–1410, de las ocho horas treinta y nueve minutos del once de febrero del dos mil, que reitera en mucho lo expresado en sentencia número 3451–96, de las quince horas treinta y tres minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y seis, la Sala Constitucional manifestó que el procedimiento de licitación pública que prevé el artículo 182 constitucional, encuentra su razón de ser no solo en relación con el interés del Estado, sino, además, en relación con el de los administrados.

Así, en términos muy generales, es posible afirmar que en lo que atañe al Estado, se busca conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del servicio público, en la calidad de la prestación que se brinda a los usuarios, y, según la naturaleza de cada caso, de las condiciones económicas.

Asimismo, en relación con los particulares, el procedimiento de licitación, en tanto caracterizado por el principio de "publicidad" que lo informa, busca garantizar a los administrados la más amplia garantía de libre concurrencia, en condiciones de absoluta igualdad, en el procedimiento de contratación; buscando así evitar tratos de preferencias e injustos, de ahí que el procedimiento de licitación pública resulte ser el medio idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos. Este posee

doble propósito: lograr las mejores condiciones para la Administración Pública y garantizar la libertad de oportunidades a los interesados.

El principio de eficiencia vagamente, lo recoge el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa; tal enunciado comprende más de lo que allí se dice, en efecto, el principio de eficiencia es quizás uno de los más importantes en materia de contratación administrativa –sin pretender hacer una rígida e impropia clasificación jerárquica–, ya que obliga a las entidades licitantes escoger la oferta más conveniente, dejando de lado los simples formalismos que no incidan en la esencia del negocio.

Este principio, al igual que otros, ha sido elevado al rango de principio constitucional por la propia Sala Constitucional, como se ha visto, aunque se reitera, como fue señalado en voto n. ° 1206–96, de las nueve horas del quince de marzo de 1996: “... *al disponer el artículo 182 constitucional que debe celebrarse mediante licitación, implica que son constitucionales todos los principios esenciales que informan esa figura, reconocidos unánimemente por la doctrina del Derecho Constitucional y Público...*”. El alcance y términos de tal principio de eficiencia, han sido definidos no solo a nivel normativo sino también a nivel jurisprudencial por parte del órgano contralor.

El numeral 4 de la Ley de Contratación Administrativa, ya expresado líneas atrás, así como el artículo 4 de su reglamento, lo conceptualizan, en los siguientes términos:

Artículo 4º- Principio de eficiencia: Los procedimientos de contratación administrativa persiguen seleccionar la oferta que más convenga a la

satisfacción del interés general y al cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración.

En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma. Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán de forma que se favorezca su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones favorables para el interés general. Los defectos subsanables o insustanciales no descalificarán la oferta que los contenga. (El resaltado no corresponde al original)

Asimismo la Contraloría General, en diversas ocasiones, ha destacado la importancia de una correcta aplicación del citado principio con lo cual las entidades licitantes se encuentran obligadas a analizar las ofertas y determinar cuáles de los vicios que se encuentre, realmente inciden en los fines propuestos y cuáles no, a efectos de excluir únicamente aquellas plicas que sean evidentemente contrarias a las disposiciones del cartel. En ese sentido y para concluir, el oficio n. ° 9260, del 13 de agosto de 1999 señaló:

Principio de eficiencia: Este principio demanda un modo de actuar de la Administración y de cada entidad, dirigido a cumplir en forma oportuna, los fines que por ley le han sido encomendados. El principio de eficiencia comporta, entre otras cosas, una posición interpretativa de la entidad de frente a una serie de inconsistencias, omisiones o falta de pericia de parte de los oferentes, de modo que únicamente en casos en que se detecte una infracción sustancial a las condiciones del pliego de condiciones o al ordenamiento jurídico, la oferta debe ser excluida del concurso. Es decir, si a la Administración le interesa contar con el mayor número de ofertas elegibles y el procedimiento de contratación implica poner en movimiento sus procesos, ello implica que sólo de frente a una inconsistencia trascendente, que por ejemplo afecte el precio, las garantías, el plazo de entrega o las características de los productos, procede descalificar la oferta.

Así las cosas, resulta claro que el principio de igualdad como de eficiencia, son dos de los varios enunciados rectores que dirigen la actividad contractual del Estado. Por ser más que amplias las reflexiones sobre tal temática, se da por agotada.

20. Contratación administrativa; concesiones

En voto 1055–01, de las dieciséis horas con cuarenta y ocho minutos, del seis de febrero del dos mil uno, se expresa que el concesionario de un servicio público es titular de derechos, los cuales tienen su origen directamente en el contrato administrativo y que consisten esencialmente en el derecho de prestar el servicio en los términos y condiciones establecidos en el contrato de concesión y conforme a las normas jurídicas en vigor, así como el derecho de percibir una remuneración por parte de los usuarios del servicio como contraprestación de este, manteniendo el equilibrio del contrato.

Además, en la medida en que la concesión origina un derecho de explotación del servicio público por el plazo señalado en el contrato, puede decirse que ese derecho se integra al patrimonio del concesionario, que puede oponerlo frente a terceros. En cuanto a la propia Administración, ese derecho se resume en la obligación administrativa de no afectar el equilibrio financiero del contrato, y en la imposibilidad de rescatar la concesión, si no es por los supuestos legalmente establecidos para dicho fin.

Así, el derecho derivado de la concesión no es de naturaleza real administrativa, se trata del otorgamiento de un derecho de explotación, no de un derecho real. *(La concesión de servicio público es distinta de la concesión de dominio público, de la que efectivamente nace un derecho real administrativo, y que en todo caso, origina un derecho de goce y no de garantía o de adquisición, por cuanto el contrato se otorga sobre un bien de naturaleza demanial).* El concesionario tiene evidentemente el deber y no solo el derecho, de prestar el servicio público, quedando la titularidad de ese servicio en la Administración, a quien corresponde la organización del servicio público y el control de la prestación que haga el concesionario.

Se impide, por la naturaleza del servicio, que el concesionario pueda tener un derecho de disposición sobre la propia concesión, que le permita venderlo, enajenarlo o embargarlo libremente. La concesión de servicio público crea un derecho en el concesionario frente al cual la Administración está imposibilitada de tomar ciertos actos que afecten la situación jurídica producida por el particular excluyéndose, por supuesto, los actos tomados en virtud del poder de organización y control que corresponden por definición a la autoridad administrativa.

Se insiste en que, en virtud de la naturaleza de la concesión, el concesionario es titular de un derecho subjetivo, es decir, su derecho es un derecho personal respecto del concedente y no de un derecho real.

Respecto de los contratos administrativos, expresa la Sala Constitucional en el citado voto, que de él deriva una serie de prerrogativas especiales, exorbitantes a favor de la Administración Pública, al extremo de que en esa clase de vinculaciones contractuales el contratista queda en situación de subordinación respecto de la Administración. Es así como esta, dentro de ciertos límites, puede ejercer sobre su cocontratante un cierto control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las cláusulas del contrato, dar directivas a la otra parte, incluso, declarar extinguido el contrato, entre otros.

Sobre las concesiones, se reitera que una característica típica de la contratación administrativa es que crea una obligación o un derecho personal a cargo o a favor del contratante, según se esté en presencia de "colaboración" o de

“atribución”, respectivamente; dicho en otros términos, se trata de un acto *intuitu personae*. Así, resulta preponderante la elección de la autoridad concedente respecto del concesionario cuya competencia técnica y capacidad financiera y ética garanticen la mejor ejecución del servicio público.

De ese carácter personalísimo de la contratación administrativa se desprende el corolario de que el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato le corresponden “personalmente” al concesionario, lo que no excluye la posibilidad de una transferencia de la concesión desde ciertos supuestos.

Así, salvo el supuesto de que el ordenamiento jurídico lo permita y el contrato lo autorice *ab initio*, sin autorización expresa de la Administración, el concesionario no puede “ceder” o “transferir” el contrato, introduciendo o colocando a un “tercero” en lugar suyo; todos los contratos de la Administración se conciertan “intuitu personae”, por lo que, por regla general, no se pueden ceder a terceros, ni transmitirse a los causahabientes los derechos y obligaciones que dimanen de ellos, sin autorización expresa de la Administración. Así mismo, tampoco puede, sin la autorización de la Administración Pública, subcontratar recibiendo la colaboración de un tercero, dice la Sala Constitucional.

De este modo, constituye una obligación fundamental del concesionario el ejercer por sí mismo la concesión, de ahí que el cambio de titularidad sin autorización administrativa previa y expresa, constituye un grave incumplimiento de la concesión, que faculta para declarar la caducidad del

contrato. Estas limitaciones existen por sí mismas, en razón de la naturaleza de los contratos administrativos, por lo que no resulta necesario incluirlas en el contrato.

Ahora y en aras de hacer un breve estudio de lo que estipula la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, amén de señalar algunas cuantas críticas a lo que dice la Sala Constitucional, se señalará que tal cuerpo de disposiciones, define a su objeto esencial como un *“contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartida de cualquier tipo de pagadas por la Administración concedente.”* (Ver inciso b), artículo 1, de la ley mencionada)

Y de entrada se ha de afirmar que la definición en su primera palabra está errada, la concesión no es un contrato, en esto falla la propia jurisprudencia constitucional; la concesión es un acto administrativo. En ese sentido, no es por convenio de partes que se da la figura, prima facie, sino por una voluntad unilateral de la Administración Pública interesada.

La concesión es, desde lo clásico e imperante, el acto jurídico por el cual una Administración Pública transfiere temporal y limitadamente parte de sus

potestades o facultades a un sujeto particular, sea persona física o jurídica, para su coparticipación activa en la satisfacción de los intereses públicos, sin que por esto pase a ser funcionario público, aun cuando por ello sea un sujeto cualificado distinto de un simple ciudadano.

Así, en la relación se tiene a un sujeto público (o varios) y a un sujeto privado (o varios también) por lo que el segundo, con la transferencia parcial de potestades públicas a su favor, se eleva a la categoría de sujeto instrumento de satisfacción de intereses públicos que no son ya los de la Administración, ni los intereses propios e individuales.

Con la anterior ley de la materia, se tenían varios problemas: no es el Estado el que transfiere parte de sus privilegios o potestades públicas sino las distintas administraciones públicas con personalidad jurídica y con plena capacidad para contraer derechos y obligaciones. Así las cosas, no es el Estado la persona concedente, pues tal término resulta ambiguo y por la implicación de la dinámica totalizante desde esta perspectiva omnicomprendiva.

Ahora, en sentido simple, el Estado como tal, como unidad y totalidad jurídico-política, puede dictar por acto soberano legislativo actos de concesión a favor de otros sujetos. Por ejemplo el caso del ICE que tiene pleno derecho la concesión correspondiente por tiempo indefinido. En este caso, el esquema no es el más feliz, ya que un sujeto público da la concesión a otro sujeto público, además, se dio la concesión de modo indefinido lo cual no es posible.

Ya en el caso de interés, la actual ley de la materia, incluyó de forma expresa a la persona pública como potencial concesionario, para esto obsérvese la definición anteriormente realizada y también a la figura mixta (pública con privada), con lo cual el tratamiento se hizo extensivo y contrario a la concepción elemental del instituto, el cual es que la Administración, no el Estado, es la concedente.

De la definición realizada, surgen aspectos por criticar: se identifica la concesión con el contrato administrativo, no así con el acto administrativo constitutivo de derechos subjetivos; el contrato es una manifestación autónoma de voluntad del procedimiento de contratación, constituido como acto, de todo un conjunto de actos preparatorios para la elaboración, firma y ejecución del contrato mismo, como de actos sucesivos a él.

De esta manera se analiza la contratación administrativa en dos modalidades mezcladas: la relación que se da entre la Administración licitante y el oferente con lo que el contrato es una expresión objetiva y singular de la relación jurídica preexistente, y la relación contractual establecida entre ambos por el que nace todo un conjunto de deberes y derechos, sin que deba existir un contrato autónomo para el establecimiento de la relación, en la que la firma y ejecución del contrato exige previamente el acto de adjudicación en firme, que es un acto administrativo constitutivo de derechos subjetivos, con grado de exclusividad y exclusión en tesis de principio. Por ello, la concesión deviene del acto administrativo que declara la adjudicación a favor de un determinado oferente que desea ser concesionario.

Otros elementos por analizar del concepto, son, por omisión, uno: no se menciona nada sobre la transferencia parcial de potestades que haga la Administración concedente al concesionario, lo que constituye un elemento típico de la figura concesional; dos: no se dice que tal transferencia sea por tiempo limitado; tres: nada se dice respecto al principio de riesgo y ventura, el cual es asumido por el concesionario sin que en principio valga la fuerza mayor o el caso fortuito como régimen excepcional. Empero, en modo alguno, ello podría suponer que el concesionario no tenga derecho a mantener el equilibrio económico financiero del contrato, sobre todo cuando las causas no sean imputables al concesionario, como lo serían por fuerza mayor o por caso fortuito.

Así las cosas, resulta evidente que la definición legal dada, para variar, no es la más feliz con el consecuente problema de interpretación que ello implica. Técnicamente el concepto es débil o más bien en desacuerdo con la definición común de la figura por lo que la ley en ese sentido no es completa y, por ende, necesita de ser corregida. Para agravarlo aun más, como se señaló, la propia Sala Constitucional parte de un yerro al decir que la concesión es el contrato mediante el cual..., lo cual no es correcto.

21. Estado de necesidad, emergencia nacional

En voto 1369–01, de las catorce horas con treinta minutos del catorce de febrero del dos mil uno, la Sala Constitucional emitió criterio en relación con los denominados estados de necesidad o de emergencia nacional y esto por cuanto, ante su presencia, la normativa autoriza obviar los procedimientos ordinarios de contratación administrativa.

Recordemos que el artículo 180 de la Constitución establece:

El presupuesto ordinario y los extraordinarios constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo.

Todo proyecto de modificación que implique aumento o creación de gastos deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo anterior.

Sin embargo, cuando la Asamblea esté en receso, el Poder Ejecutivo podrá variar el destino de una partida autorizada, o abrir créditos adicionales, pero únicamente para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública. En tales casos, la Contraloría no podrá negar su aprobación a los gastos ordenados y el decreto respectivo implicará convocatoria de la Asamblea Legislativa a sesiones extraordinarias para su conocimiento.

Así, en el voto antes dicho, la Sala transcribe en parte lo que por sentencia 3410-92, de las 14:45 horas de 10 de noviembre de 1992, había señalado:

V- El concepto y los efectos de la facultad de modificación presupuestaria para atender gastos imprevistos originados en razones de urgencia, de conformidad con el artículo 180 de la Constitución Política en su párrafo tercero, aunque no con la claridad deseada, se deducen de la lectura del acta número 164 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Los términos "conmoción interna", "guerra" y "calamidad pública", en cuanto excepciones al "principio de la fuerza restrictiva del Presupuesto", definido por los proponentes del texto constitucional, "como la obligación de los Poderes Públicos de respetarlo como un límite infranqueable de acción para el uso y disposición de los recursos públicos", encuentran su antecedente ordinario en la Ley No. 200 de 6 de setiembre de 1945, llamada Ley Orgánica del Centro de Control, que en su artículo 22 disponía literalmente :

"Artículo 22.- El Centro de Control verificará el cumplimiento de lo ordenado en el artículo segundo de la Ley de Presupuesto. / Si considera que alguna erogación es objetable legalmente, ha de pronunciarse por escrito a ese respecto, en el perentorio término de tres días, a partir de la fecha de recibo. / A pesar de la oposición del Centro, al Poder Ejecutivo le asiste el Recurso de Insistencia, si viene respaldado por el Consejo de Gobierno y si concreta los fondos que habrán de aplicarse especialmente al gasto objetado. En esas condiciones, el Centro dará el pase, siempre que además el decreto se contraiga a gastos inaplazables provocados por conmoción interna, disturbios, agresión exterior, epidemias, hambre u otras calamidades públicas que hagan ineludible la medida. / De previo a su ejecución ha de quedar publicado el decreto en el Periódico Oficial, junto con los motivos de resistencia del Jefe del Control y las razones que hayan originado el recurso y obliguen al Ejecutivo a mantenerlo. / Al propio tiempo dará cuenta al Congreso, esté o no reunido."

En consecuencia, es necesario advertir que en la enumeración ejemplarizante del párrafo tercero y del párrafo último del artículo 22 citado (a propósito resaltados), no queda otro margen de interpretación jurídica, como no sea el de calificar "conmoción interna", "disturbios", "agresión exterior", "epidemias", "hambre" y "otras calamidades públicas", como manifestaciones de lo que se conoce en la doctrina del Derecho Público como "estado de necesidad y urgencia", en virtud del principio "salus populi suprema lex est", entendiendo que el bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social, que, en ocasiones, no permite esperar a que se tramite y apruebe una ley); y en el Derecho Penal, como "estado de necesidad", o sea, "una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico". Y es este el mismo sentido del texto del artículo 180 constitucional.

VI- El principio de legalidad que se consagra en el artículo 11 de nuestra Constitución Política y se desarrolla en el 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa, desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las otras normas del ordenamiento jurídico -reglamentos ejecutivos y autónomos, especialmente-; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el "principio de juridicidad de la Administración". Este principio sujeta, a la vez, otros conceptos como los jurídicos indeterminados, dentro de los que se encuentra la urgencia. Empero, doctrinariamente se distingue entre mera urgencia y "estado de necesidad y urgencia", implicando éste, en alguna forma a aquélla, pero sólo para calificarla y no para definirla, y se explican sus alcances al señalar, por ejemplo, que es la magnitud de una catástrofe natural y sus consecuencias lo que delimita el concepto, y no la urgencia misma en brindar rápida atención a las personas o bienes afectados, que son sus efectos directos.

VII.- Tanto el antecedente legislativo de la Ley del Centro de Control, como el artículo 180 de la Constitución Política, se refieren a verdaderos "estados de necesidad y urgencia" y no a la mera urgencia, que no es otra cosa más que la pronta ejecución o remedio a una situación dada, que se ha originado en los efectos de como ha sido manejada ella misma, y, bajo este presupuesto básico, la Sala entiende que lo que el Constituyente plasmó en su norma, es la posibilidad jurídica de que la Administración mediante procedimientos administrativos excepcionales, expeditos y simplificados, enfrente el estado anormal en que se llegue a encontrarse ante un evento de esa índole, y no una simple justificación de los actos que emite. De manera que la norma constitucional bajo análisis, sanciona expresamente las circunstancias de "guerra", "conmoción interna" y "calamidad pública", como las que pueden ser objeto de su propio tratamiento de excepción y que deben entenderse dentro de la más rancia definición de la fuerza mayor o, a lo sumo, del caso fortuito, es decir, sucesos que provienen de la naturaleza, como los terremotos y las inundaciones, o de la acción del hombre, como tumultos populares, invasiones y guerra, o de la propia condición humana, como las epidemias, eventos que son sorpresivos e imprevisibles, o aunque previsibles, inevitables; se trata, en general, de situaciones anormales que no pueden ser controladas, manejadas o dominadas con las medidas ordinarias de que dispone el Gobierno. De manera que la "emergencia" que ha contemplado el artículo 180 constitucional resulta ser un concepto jurídico indeterminado, porque no se

determinan exactamente sus límites, precisamente a causa de que se está refiriendo a un supuesto de la realidad, que permite concreción o precisión al momento de aplicarse y que se opone, frontalmente, al concepto de la simple urgencia. Desde esta perspectiva y a manera de conclusión, resulta válida la afirmación de la Procuraduría General de la República, en el sentido que la sola existencia del párrafo 3° del artículo 180 de la Constitución Política, bastaría como norma de previsión suficiente que no requiere desarrollo legislativo especial para que la Administración enfrente un "estado de necesidad y urgencia", sin presentar problema alguno frente al principio de legalidad. Sin perjuicio, como de lógica se infiere, que la ley y los reglamentos, puedan desarrollar el tema, pero dentro del sentido unívoco y los límites dispuestos por la norma constitucional. (En sentido similar sentencias #2011-98, de las 18:06 horas de 24 de marzo de 1998 y #6782-94, de las 15:15 horas de 22 de noviembre de 1994)

Luego, agrega la Sala que, según lo expuso en la sentencia transcrita, mediante la declaratoria de estado de necesidad y urgencia, la Administración queda facultada para proceder mediante la utilización de procedimientos administrativos excepcionales –como lo es, por ejemplo, la modificación del destino de una partida presupuestaria– para solventar un evento originado a consecuencia de las fuerzas naturales o bien por actos del hombre.

De ahí que la situación que justifique la “declaratoria de emergencia nacional” debe interpretarse desde un criterio restrictivo, por lo que solo puede proceder ante hechos que califiquen como fuerza mayor o, a lo sumo, caso fortuito. Y, agrega que – *de acuerdo con la sentencia mencionada*– el estado de necesidad y urgencia difiere de la noción de mera urgencia, que hace alusión a “*la pronta ejecución o remedio a una situación dada, que se ha originado en los efectos de como ha sido manejada ella misma.*”

En cambio la noción de estado de necesidad y urgencia únicamente acontece ante la producción de hechos que no pueden solventarse mediante el ejercicio de los procedimientos administrativos ordinarios. Por otra parte, se debe

diferenciar entre las nociones de “estado de necesidad y urgencia”, “la urgencia en satisfacer necesidades colectivas, motivadas por razones metajurídicas y la “urgente necesidad”: el primero hace alusión al fenómeno excepcional –fuerza mayor o caso fortuito– que motiva la producción de actos extraordinarios para atenderlo; el segundo se refiere a la necesidad de mejorar los servicios públicos, que por la misma actividad de los entes públicos y por la forma como se realiza su prestación, se han colocado en una situación de inminente necesidad de actualización y mejoramiento.

Sin embargo, prosigue en su fallo la Sala, según se expuso en la sentencia comentada, esta necesidad no justifica, desde ningún punto de vista, la utilización de procedimientos excepcionales. La Administración se encuentra sujeta al cumplimiento del principio de legalidad, el cual, más que la sujeción a la ley, impone la obligación de sujetarse al ordenamiento, en este caso, a la utilización de los procedimientos normales de contratación y de manejo de la Hacienda Pública.

Exponer una interpretación contraria a lo dicho en esta sentencia viola el derecho de la Constitución, por cuanto produce la evasión de los mecanismos y procedimientos mencionados, establecidos por el Constituyente con la finalidad de proteger –entre otros fines– la tutela en el manejo de los recursos públicos.

La propia Contraloría General ha emitido pronunciamiento en relación lo que se conoce como urgencia apremiante³⁹, como excepción a los procedimientos ordinarios de concurso; tal excepción está contemplada en el artículo 2, inciso d) y 80 de la Ley de Contratación Administrativa.

³⁹ Ver oficio 107, de 7 de enero de 1998 de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa.

El artículo 80 de la Ley de Contratación Administrativa dispone:

En casos de urgencia y para evitar lesiones al interés público, daños graves a las personas o irreparables a las cosas, se podrá prescindir de una o de todas las formalidades de los procedimientos de contratación; incluso se podrán crear procedimientos sustitutos.

En estos supuestos y para el control y la fiscalización correspondientes, la Administración está obligada a solicitar, previamente, a la Contraloría General de la República, la autorización para utilizar este mecanismo. La petición deberá resolverse dentro de los diez días hábiles siguientes. El silencio del órgano contralor no podrá interpretarse como aprobación de la solicitud.

Por su lado, el numeral 85 del Reglamento General de Contratación Administrativa expresa:

85.1. Supuestos. Cuando la Administración enfrente situaciones de urgencia, podrá prescindir de una o de todas las formalidades de los procedimientos de contratación, o crear procedimientos sustitutivos de éstos, con el fin de evitar lesiones al interés público, daños graves a las personas o irreparables a las cosas.

85.2. Para utilizar este mecanismo de urgencia, la Administración requiere previamente la autorización de la Contraloría General.

85.3. La petición respectiva debe formularse con aporte de la información pertinente ante el órgano contralor, el cual deberá resolverla dentro de los diez días hábiles siguientes a su presentación. En casos calificados la autorización podrá ser extendida por la vía telefónica.

85.4. El silencio de la Contraloría General no podrá interpretarse como aprobación de la solicitud.

La urgencia apremiante, dice el órgano contralor, refiere a situaciones totalmente imprevistas o imprevisibles, generadas, por lo general, por fuerzas de la naturaleza (fuerza mayor) o por hechos del hombre (caso fortuito), que demandan una respuesta normativa distinta, toda vez que las situaciones excepcionales que ponen en peligro la salud o la seguridad de personas o amenazan con producir daños irreparables a las cosas, demandan remedios excepcionales, para paliarlas y evitar así graves lesiones al interés general.⁴⁰

40 Ver oficio 107 expresado anteriormente.

Tal situación de urgencia apremiante no puede ser asimilada a aquella en que, por una indebida planificación o por negligencia de los funcionarios encargados de atender el abastecimiento de bienes y servicios en una institución, se dé una carestía de estos, puesto que esas situaciones, en alguna medida, son provocadas por los agentes de la propia Administración los que en forma culposa, “*colocan a la Administración en situación de urgencia*”.

En ese sentido, en oficio n. ° 11057, de 11 de setiembre de 1996, de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría General, se denegó una solicitud de autorización para contratar equipo para ampliar un servicio, fundamentada en supuestos de “urgencia”, en ese entonces se dijo:

I. - Sobre las contrataciones basadas en supuestos de “urgencia”: El artículo 80 de la Ley de Contratación Administrativa N°7494 de 2 de mayo de 1995 y 85 del Reglamento General de Contratación Administrativa, disponen un procedimiento especial reservado a situaciones calificadas de “urgentes”, con el objeto de evitar lesiones al interés público, daños graves a las personas o irreparables a las cosas. Este supuesto, que autoriza a apartarse de procedimientos ordinarios de licitación, o a prescindir de formalidades dentro de ellos, se justifica única y exclusivamente para la atención de situaciones de “**urgencia apremiante**”, conforme a lo preceptuado por el artículo 2, inciso d), del mismo texto legal, vinculadas fundamentalmente con el acaecimiento de fenómenos naturales que afecten el normal desenvolvimiento de actividades de una zona o región del país (que la doctrina enmarca como supuestos de fuerza mayor), aquéllos relacionados con acciones del hombre que revisten un carácter excepcional, tales como invasiones, guerras, etc. (y que la doctrina enmarca como supuestos de caso fortuito), o bien, los que devienen de la propia condición humana, tales como epidemias; todos los cuales no pueden ser manejados o controlados con medidas ordinarias que adopte la Administración. Reiteradamente este Despacho ha mantenido una posición contraria a que se asimilen a situaciones de emergencia, la contratación de bienes o servicios que, por muy necesarios e importantes que resulten para la satisfacción del servicio que de ordinario prestan las distintas instituciones del país, devienen en una desnaturalización del régimen de contratación de **excepción**, previsto únicamente para paliar situaciones de urgencia, bajo la premisa de que “a situaciones excepcionales, deben aplicarse remedios excepcionales.

Finalmente, se indica que la excepción de urgencia posee algunas características básicas para su acreditación; así, la urgencia debe ser *concreta*, es decir, para un

caso determinado; no es urgente lo indeterminado, solo lo que puede individualizarse. *Inmediata*, que es lo mismo que decir inmediata, actual, presente, impostergable o improrrogable. No hay urgencias de un estadio futuro. Debe ser así mismo, *imprevista*, no planificada. *Probada*, la urgencia es una cuestión de hecho, concreta, que debe ser debidamente acreditada y fundada en estudios pertinentes y ser ello verificado por la autoridad competente. No puede quedar su presencia a la mera discreción del servidor público; además, la decisión debe ser conocida por órganos asesores y de control y, en último término, debe ser *objetiva*, es decir, la emergencia que justifica la excepción tiene que deberse a una necesidad pública, a una exigencia nacional.⁴¹

41 Ver DROMI, Roberto. Op. cit., p. p. 143–144.

Conclusión

Según se ha constatado, es bastante la jurisprudencia de orden constitucional dictada por la Sala especializada en esa materia. En el campo del derecho de la contratación administrativa, tanto la ley de la materia, como su reglamento general, básicamente, se han visto remozados en contenidos y nuevas interpretaciones.

Resulta patente que la Sala Constitucional ha modificado la aplicación de la normativa de interés, muchas normas han sido anuladas y otras tantas, interpretadas a favor del derecho de la Constitución.

En ese sentido, merece ser indicado el tratamiento dado a los principios de la contratación pública que son de rango constitucional, por ende, de obligatorio acatamiento. Así, la libre concurrencia, igualdad de trato, publicidad, legalidad, seguridad jurídica, formalismo de los procedimientos, equilibrio de intereses, buena fe, mutabilidad del contrato, intangibilidad patrimonial y control de los

procedimientos, son, todos, norte determinante en la tramitación de los procedimientos de compra administrativa.

Asimismo, es interesante la posición asumida, hasta el momento, en cuanto a que las competencias de la Contraloría General de la República, en especial, dentro de la contratación administrativa, no pueden ser disminuidas por el legislador ordinario, sí por el constituyente (originario). Sí se acepta legislar en pro de la extensión y reforzamiento de las competencias existentes.

Hemos analizado que la responsabilidad de la Contraloría General, en la materia de interés, se regula de modo concreto en la Ley de Contratación Administrativa y el Reglamento General que, para efectos de este sencillo trabajo, se ha revisado al lado de un estudio pausado y profundo que ha hecho la Sala Constitucional. Se han comentado artículos o tópicos concretos de ese cuerpo de normas en aras de agrupar en un solo lugar, varios votos que existen en esta materia.

Así, podemos afirmar que la Sala Constitucional relanzó el derecho de la contratación administrativa ya no desde la pura ley, aspecto a veces formalista, sino desde la propia Constitución y más aun, desde una serie de principios de orden supra constitucional y eso, estimado lector, es lo que importa en aras de lograr en definitiva, el cumplimiento de que en cada procedimiento de contratación se busque satisfacer el interés general; en fin, el interés de los habitantes de este país que al final de cuentas son los mejores fiscalizadores del correcto uso de sus dineros dados a favor de una causa común: el Estado.

Además, valga acotar que el tema de la huida del derecho administrativo fue presentado de modo ligero mas con la suficiente fuerza como para acreditar que se lucha por ignorar, con el discurso de una mayor eficiencia, los logros del derecho público. Hay sectores de la sociedad con poder que no quieren ser controlados por una instancia objetiva como lo es el órgano contralor.

Por otro lado, no solo hemos hablado de los principios rectores, además, se han presentado una serie de temas que, a la luz de la Sala Constitucional, la doctrina y la jurisprudencia del órgano contralor, he podido criticar, sea para compartir una posición o, como sucedió en varios de ellos, para contradecir una línea de pensamiento.

Fue evidente la crítica en cuanto al tema de la garantía de participación y el plazo insuficiente o monto, inclusive, por el que se rinde. Según la Sala Constitucional tal asunto es insubsanable y descalifica una plica de haber error en lo indicado. De esta manera, ante yerros que muchas veces son involuntarios (y no de mala fe), se dejan ofertas por fuera a pesar de ser muy buenas propuestas para satisfacer una finalidad pública.

Lo mismo aplica en punto al plazo de vigencia de la oferta que, por el mismo razonamiento de ser un aspecto sustancial, el alto tribunal como la Contraloría, no aceptan, ante defectos, como posibles de enmendar. Lo anterior es caer en el vicio que, paradójicamente, el cuerpo de magistrados ilustremente defendía en varios de los votos citados. En esto, entonces, el principio de informalismo no

aplica porque, ante faltas que son, observo, de mera formalidad, se acusa de un vicio trascendental cuando, en opinión del suscrito, como quedó planteado, sí es posible girar prevención para corregir la plica.

Críticamente he querido señalar que la no ejecución de la garantía de participación ante recursos de apelación fallidos, fue una determinación que vino a contribuir con el problema del abuso del derecho por parte de aquellas empresas que recurren el acto con el único deseo de entabrar o ver, a la larga, si les es aceptado el recurso.

En otro orden de cosas, se intentó contribuir en la clarificación de un tema que la Sala Constitucional y la Contraloría General tratan de modo equivocado. Así, el tópico de la concesión pública parte de ser un acto administrativo y no un acuerdo entre las partes. Es la Administración Pública la que, con sus potestades de imperio, da en concesión.

Valga señalar que, al haber realizado un trabajo de recopilación de jurisprudencia constitucional, de crítica de ésta a la luz de la doctrina y la experiencia personal, con el complemento, cuando era debido, con los oficios y resoluciones del propio órgano contralor.

Finalmente, creo importante hacer la propuesta de un proyecto de ley que venga a responder una serie de retos que la sociedad actual le impone al Estado y que éste, inmerso en ésta, no puede obviar. Tal proyecto ha de partir de la normativización de los principios constitucionales, hasta la valoración de otros

instrumentos más expeditos para que las administraciones públicas hagan sus compras.

Fuentes de Información

Libros

- ACTAS de la Asamblea Nacional Constituyen de 1949. Imprenta Nacional.
- ARIÑO ORTÍZ (Gaspar) y otros. *Contratación pública*, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996.
- CASSAGNE (Juan Carlos). *El contrato administrativo*. Abeledo – Perrot, S.A., Buenos Aires, 1999.
- COMADIRA (Julio Rodolfo). *La Licitación Pública (nociones, principios, cuestiones)*. Depalma, S.A., Buenos Aires, 2000.
- DROMI (Roberto). *Licitación Pública*. Buenos Aires, 2ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- GIMEMO FELIU (José María). *El control de la contratación pública*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Civitas, 3ª edición, Madrid, 1999.
- JIMÉNEZ MEZA (Manrique). *Derecho público*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2001.
- MEIRELLES (Hely Lopes). *Licitação e contrato administrativo*. Revista Dos Tribunas, Brasil, 10ª edición, 1999.
- ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique). *Contratos y aeropuertos*. Ediciones Lux, San José, 1999
- SERRANO RODRÍGUEZ (Carlos Eduardo). *La Contratación Administrativa*. Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, 1990.
- SOLERA VÍQUEZ (José Antonio). *El cartel de la licitación*. Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2001.

Diccionarios

- CABANELLAS (Guillermo), *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo IV. Editorial Heliasta, S.R.L., 8ª edición, Buenos Aires, 1974.
- *Diccionario de la Real Academia*, Madrid, Tomo I, 1984.

Resoluciones de la Contraloría General de la República

- Resolución n. ° 202–96, de las 15:30 horas del treinta de agosto de 1996, de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa.
- Resolución n. ° 204–97, de las 8:15 horas del 11 de setiembre de 1997, de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa.
- Resolución n. ° 203–99, de las 15:30 horas del 18 de mayo de 1999, de entonces Dirección General de Contratación Administrativa.
- Resolución n. ° 242–99, de las 15:00 horas del 11 de junio de 1999, de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa.
- Resolución n. ° 249–99 de las 15:30 del 16 de junio de 1999, de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa.
- Resolución n. ° 203–99 de las 15:30 del 30 de mayo de 1999, de la entonces Dirección General de Contratación Administrativa.
- Resolución n. ° 49–2001, de las 15:25 del veinticinco de enero del 2001, de la División de Asesoría y Gestión Jurídica.
- Resolución n. ° 251–2002, de las 14 horas del 22 de abril del 2002 de la División de Asesoría y Gestión Jurídica.

Oficios de la Contraloría General de la República

- Oficio n. ° 9017, de 3 de octubre de 1979.
- Oficio n. ° 358, de 15 de enero de 1980.
- Oficio n. ° 10449, de 4 de setiembre de 1989.
- Oficio DGCA–1063–96, del 16 de agosto de 1996.
- Oficio n. ° 7433, del 25 de junio de 1996.
- Oficio n. ° 11057, de 11 de setiembre de 1996.
- Oficio n. ° 476, del 15 de enero de 1997.
- Oficio n. ° 107, del 7 de enero de 1998.
- Oficio n. ° 7287, del 29 de junio de 1999.
- Oficio n. ° 9260, del 13 de agosto de 1999.
- Oficio n. ° 6563, del 30 de junio del 2000.
- Oficio n. ° 11894, del 8 de noviembre del 2000.
- Oficio n. ° 5855, del 31 de mayo del 2001.
- Oficio n. ° 4959, del 9 de mayo del 2001.
- Oficio n. ° 12763, del 2 de noviembre del 2001.

N o r m a t i v a

- Constitución Política de la República de Costa Rica. McGraw – Hill Interamericana Editores, S.A., de C. V., 2000.
- Ley de Contratación Administrativa. Editec Editores S.A., 3ª edición, 1998.
- Reglamento General de Contratación Administrativa., 3ª edición, 1998.
- Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público. Alcance n. ° 17, La Gaceta n. ° 98, de 22 de mayo de 1998. Ley n. ° 7762, de 14 de abril de 1998.
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Publicaciones del órgano contralor, 1995.
- Ley General de la Administración Pública, en Normas básicas de derecho público, SEINJUSA, 1997.

Artículos de periódico y revista

- ***Los costos de las apelaciones***. En La Nación del miércoles 5 de junio del 2002, página 17 A.
- CAMPOS MONGE (Christian Enrique). Revista Enlace de la Contraloría General de la República. Diciembre del 2001. Título: ***“Ética y Probidad en la Gestión Pública (a propósito de la corrupción)”***.

Jurisprudencia constitucional
(no todos los votos aparecen citados en el estudio)

<i>Año</i>	<i>Voto</i>	<i>Horas – Minutos</i>	<i>Fecha</i>
1990	1075	17:30	29/8
1991	1420	9:00	24/7
1992	1739	11:45	1/7
1992	3410	14:45	10/11
1993	2514	9:06	4/6
1994	2340	15:00	28/5
1994	2130	14:57	3/5
1994	6782	15:15	22/11
1994	1711	11:48	8/4
1995	16	15:45	3/1
1995	1892	9:30	7/4
1995	5862	17:27	25/10
1995	2632	16:06	23/5
1995	5119	20:39	13/9
1995	755	12:12	4/2
1996	51	17:24	31/1
1996	461	16:30	24/1
1996	2231	14:33	14/5
1996	2325	17:21	15/5
1996	3190	11:42	28/4
1996	3197	12:03	28/6
1996	3451	15:33	9/7
1996	3676	16:21	17/7
1996	3878	15:36	30/7
1996	4714	15:12	11/9
1996	5299	16:06	8/10
1996	6020	17:12	6/11
1996	461	16:30	24/1
1996	1206	9:00	15/5
1997	80	16:21	7/1
1997	6534	12:12	10/10
1997	6819	15:51	21/10
1997	8243	18:42	3/12
1997	8336	13:00	5/12
1997	2243	10:18	22/4
1997	2355	11:15	25/4
1997	2577	16:00	13/5
1997	2755	12:18	16/5
1997	3377	16:09	18/6
1997	3499	13:06	20/6
1997	3626	9:09	27/6
1997	4222	12:18	18/7
1997	4239	15:27	22/7
1997	4383	15:06	29/7
1997	4952	16:21	22/8
1997	5097	12:06	29/8
1997	5131	13:48	29/8
1998	29	16:54	6/1
1998	6432	10:30	4/9
1998	6550	17:51	16/9
1998	6754	15:36	22/9

1998	565 – I	8:30	18/9
1998	998	11:30	16/2
1998	1181	12:24	20/2
1998	1262	17:30	25/2
1998	1347	11:42	27/2
1998	1555	11:57	6/3
1998	1812	9:45	13/3
1998	2011	18:06	24/3
1998	2439	10:36	3 /4
1998	2777	11:27	24/4
1998	2832	15:09	29/4
1998	2967	17:12	5/5
1998	3273	11:30	15/5
1998	3526	10:45	29/5
1998	4251	17:56	17/6
1998	4362	12:18	19/6
1998	6134	17:24	26/8
1998	5947	14:32	19/8
1999	8406	15:18	3/11
1999	9344	11:36	26/11
1999	9581	11:57	3/12
1999	9875	15:48	15/12
1999	3115	16:42	28/4
1999	3332	18:27	5/5
1999	3860	16:54	25/5
1999	4230	9:06	4/6
1999	4661	16:54	16/6
1999	6218	15:21	10/8
1999	8551	10:18	5/11
1999	8675	15:30	9/11
1999	9067	12:12	19/11
1999	9524	9:06	3/12
1999	9530	9:15	3/12
1999	9983	10:33	17/12
1999	3115	16:42	28/4
1999	3296	16:39	5/5
1999	4546	15:48	15/6
1999	4558	16:24	15/6
1999	4559	16:27	15/6
1999	4925	17:33	23/6
2000	7077	10:10	11/8
2000	10304	17:16	21/11
2000	10466	10:17	24/11
2000	11347	9:58	20/12
2000	11529	14:53	21/12
2000	11544	8:30	22/12
2000	11550	8:36	22/12
2000	170	8:54	7/1
2000	236	12:12	7/1
2000	312	16:07	11/1
2000	444	16:51	12/1
2000	540	13:15	14/1
2000	643	14:30	20/1
2000	1028	13:27	28/1
2000	1079	16:51	1/2
2000	1314	14:54	9/2
2000	1410	8:39	11/2
2000	1433	9:48	11/2
2000	1452	10:45	11/2
2000	1634	13:06	18/2
2000	1683	15:33	18/2
2000	1963	9:02	3/3
2000	1969	9:08	3/3
2000	1970	9:09	3/3

2000	2173	11:27	10/3
2000	2341	10:09	17/3
2000	2555	9:53	22/3
2000	2576	14:43	22/3
2000	2670	9:23	24/3
2000	2759	11:03	24/3
2000	2811	17:00	28/3
2000	2829	17:54	28/3
2000	2856	15:48	29/3
2000	6494	11:14	21/7
2000	6744	8:44	4/8
2000	8702	15:26	3/10
2000	9257	8:36	20/10
2000	3027	9:03	14/4
2000	3220	10:30	18/4
2000	3340	19:29	25/4
2000	3358	19:47	25/4
2000	3427	20:56	25/4
2000	3784	12:48	5/5
2000	3794	13:18	5/5
2000	3845	10:30	9/5
2000	3878	11:03	9/5
2000	3919	14:20	10/5
2000	4120	15:43	16/5
2000	4142	16:05	16/5
2000	4170	16:33	16/5
2000	4192	16:55	16/5
2000	4231	15:09	17/5
2000	4232	15:12	17/5
2000	4258	16:30	17/5
2000	4547	15:45	31/5
2000	4558	16:40	31/5
2000	4834	15:33	20/6
2000	4846	15:45	20/6
2000	5034	15:42	28/6
2000	5104	16:52	28/6
2000	5518	14:51	5/7
2000	5525	14:58	5/7
2000	5594	9:29	7/7
2000	5660	10:35	7/7
2000	5949	9:30	14/7
2000	5950	9:31	14/7
2000	5965	9:46	14/7
2000	6065	14:35	18/7
2000	6103	15:11	18/7
2000	6161	16:09	18/7
2000	6215	17:03	18/7
2000	6326	16:18	19/7
2000	6446	10:26	21/7
2000	6498	11:18	21/7
2000	6721	15:18	1/8
2000	6745	8:45	4/8
2000	6969	14:51	9/8
2000	7175	8:42	18/8
2000	7229	9:36	18/8
2000	7290	10:37	18/8
2000	7417	16:25	22/8
2000	7454	10:31	25/8
2000	2518	15:29	29/8
2000	7728	14:45	30/8
2000	7784	9:22	1/8
2000	7839	14:47	6/9
2000	7840	14:48	6/9
2000	8005	10:04	8/9

2000	8192	15:04	13/9
2000	8195	15:07	13/9
2000	8262	14:52	20/9
2000	8404	10:00	22/9
2000	8537	16:15	28/9
2000	8642	10:14	29/9
2000	8898	15:07	11/10
2000	9140	15:35	17/10
2000	9168	16:03	17/10
2000	9257	8:36	20/10
2000	9531	9:43	27/10
2000	9690	15:01	1/11
2000	10075	15:15	10/12
2000	10146	14:38	21/11
2000	10416	10:17	24/11
2000	10469	10:20	24/11
2000	10534	14:37	28/11
2000	11249	16:18	19/12
2000	11505	16:52	20/12
2001	275	15:17	10/1
2001	268	15:10	10/1
2001	269	15:11	10/1
2001	286	15:28	10/1
2001	619	15:18	24/1
2001	822	17:45	30/1
2001	1052	16:39	6/2
2001	1055	16:48	6/2
2001	1239	12:45	9/2
2001	1362	17:21	13/2
2001	1369	14:30	14/2
2001	1396	14:57	14/2
2001	1906	9:48	9/3
2001	1926	10:08	9/3
2001	2355	10:23	23/3
2001	1115	17:18	7/2
2001	1859	9:01	9/3
2001	4481	9:30	25/5
2001	4482	9:31	25/5
2001	6326	16:18	19/7
2001	1055	16:48	6/2

TOTAL DE VOTOS: 219