

**REFORMA DEL ESTADO: UNA VIA EN PROCURA
DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO,
PARTICULARMENTE EN MATERIA DE
CONTRATACION ADMINISTRATIVA .**

Máster Rosa Iris Cervantes Gamboa
Abogada costarricense

SUMARIO:

- I. **Introducción**
- II. **Reseña histórica**
- III. **Desarrollo del tema**
- IV. **Posiciones a favor de esta huida del Derecho Administrativo**
- V. **Posiciones en contra de la huida del Derecho Administrativo**
- VI. **Manifestaciones de la huida del Derecho Administrativo**
- VII. **Sobre la tendencia a huir del Derecho Administrativo en la Contratación Administrativa**
- VIII. **Ejemplos en Costa Rica**
 1. **Caso de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia y Correos de Costa Rica**
 2. **Caso del ICE**

Conclusiones

Bibliografía

“El Derecho Administrativo está orientado a la realización cotidiana de un auténtico milagro: hacer compatible el poder con la libertad, el interés público con el interés privado y asegurar la convergencia de tan dispares exigencias en un cierto punto de equilibrio. Y, durante dos siglos, contra todo pronóstico, el Derecho Administrativo ha convertido ese milagro en rutina”.

P. WEIL⁽¹⁾

I. INTRODUCCION

Uno de los temas de más actualidad en nuestro medio, es el que la doctrina llama “huida del Derecho Administrativo por parte de la Administración Pública”, dentro del marco de la pretendida privatización de la Administración.

Con esta terminología se conoce el proceso de abandonar los cauces normales de la actuación administrativa dentro del Derecho Público, para utilizar las fórmulas del Derecho Privado, alegando la imperativa e insoslayable necesidad de lograr una mayor flexibilidad y agilización de la función estatal, para ponerla al tono de los tiempos modernos, sobre todo en época de globalización.

Durante este breve trabajo, trataremos de analizar los pro y los contra que se dan sobre este tema, y el tratamiento que al respecto se le ha dado en la doctrina, y la línea sentada por nuestra jurisprudencia, en aras de la protección del interés público.

II. RESEÑA HISTORICA

Con el principio de la “caja única” o “unidad de caja” se logró la unidad de la Administración Pública; bloque que se fue quebrantando con la Administración institucional o instituciones autónomas, a través de las cuales se intentó encauzar la acción administrativa.

Con la descentralización administrativa, se da la fragmentación de la unidad organizativa del Estado y de su unidad patrimonial.

(1) Citado por Laguna de Paz, José Carlos, en *“La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo”*, en **Revista de Administración Pública** N° 136, Enero-abril 1995, p. 204.

Luego, bajo el pretexto con la intención de lograr una mayor flexibilidad, se permitió, en principio, la privatización de algunos aspectos de gestión interna administrativa.

Más adelante, esas instituciones autónomas se van convirtiendo en entidades de carácter comercial, industrial y financiero, sin importar que se trata del ejercicio de potestades administrativas en sentido estricto.

Y después, aparece el impropio de sociedades estatales, como entidades de Derecho Público que por ley, han de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.

III. DESARROLLO DEL TEMA

La privatización de la Administración o Reforma del Estado, como indistintamente se le llama, se centra en la transferencia de los activos patrimoniales del sector público al sector privado, pretendiendo que la Administración utilice cada vez más y en forma creciente, los mecanismos de Derecho Privado, en un intento de reformar su actuación, sin enfrentar las verdaderas causas que hacen necesaria una reforma estatal —dentro del marco jurídico que le es propio—, limitándose a desvincular su gestión del Derecho Administrativo, y esta tendencia se ha dado, de una manera más notable, en el ámbito de la contratación administrativa.

Se insiste en que se trata de establecer criterios que permitan una mayor operatividad en la actuación de la Administración Pública, evadiendo las trabas y limitaciones que fija el Derecho Administrativo, y que con el uso de los instrumentos propios del Derecho Privado, se le dotará de la flexibilidad que requiere para hacerla eficaz. Esta es una visión muy simple de la problemática, porque es innegable que esa eficacia administrativa puede lograrse con normas jurídico-administrativas que permitan esa pretendida eficacia, sin dejar de lado el imprescindible principio de legalidad.

No debemos olvidar que en tratándose de la *res pública* se requiere de una serie de controles mínimos que más bien conforman un sistema de garantías para los administrados; y que el recurso de los instrumentos de Derecho Privado responde más bien al de eludir esos controles so pretexto de que la gestión administrativa no se vea limitada. Y, precisamente, en esa “falta de controles” está la causa de los no pocos y multimillonarios escándalos de mal manejo de recursos económicos públicos (recuérdense los casos de Codesa, Fondo de Emergencias, Fondo de Contingencias Agrícolas, Banco Anglo Costarricense, Fodesaf, Compensación Social, y el más reciente de las inversiones de la Caja

Costarricense de Seguro Social), lo cual no es más que la manifestación de un considerable deterioro del sistema de garantías públicas. Es por eso que con sobrada razón, se habla de la reducción y hasta cancelación, del sistema de garantías que impone un Estado de Derecho, y que tanto costó lograr, históricamente hablando.

Al respecto, se ha dicho que no debería hablarse de “la huida del Derecho Administrativo”, sino más bien de “la huida del Derecho”, según el autor J. M. Sala Arquer,⁽²⁾ ya que esta situación hasta puede tildarse de inconstitucional, en la medida en que la Constitución Política contempla una reserva de Derecho Administrativo, y esa huida del Derecho, es por ende, un choque frontal con esa normativa fundamental.⁽³⁾

La actuación administrativa se enmarca dentro del principio de habilitación positiva para esa actuación –principio de legalidad– y como consecuencia de éste, debe observar los principios de interdicción de la arbitrariedad, de objetividad e imparcialidad, y de un actuar reglado, en tanto y cuanto se trata del ejercicio de un poder público, y en relación con él, la calificación de la forma resulta en cierto modo accidental, por lo que la única vía para hacer efectivo el control de esa actuación, es la jurisdicción contenciosa administrativa.

Y, con la orientación al Derecho Privado como marco jurídico para la gestión administrativa, más bien se denota una reducción y hasta cancelación del sistema de garantías que ofrece el Derecho Público, y en especial, el Derecho Administrativo, porque el modo con que la Constitución opera en el orden civil es muy distinto del modo en que vincula la relación de los poderes públicos con los administrados.

IV. POSICIONES A FAVOR DE ESTA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Entre los defensores de esta tesis de la huida del Derecho Administrativo, tenemos la posición del autor I. Borrajo, quien en lo conducente dice:

(2) Citado por Martín Retortillo, Sebastián, en “*Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo*”, en la **Revista de Administración Pública** Nº 140, mayo-agosto 1996, p. 40.

(3) Ver al respecto, los artículos 11, 41, 49 y 153, de nuestra Constitución Política, y 11 de la Ley General de la Administración Pública, en cuanto someten la actuación administrativa al principio de legalidad, y a la revisión de esa actuación, en la jurisdicción contencioso administrativa.

“...Huida del Derecho administrativo no significa, frente a lo que se ha dicho, huida del Derecho. El Derecho privado de nuestros días tiene también un nuevo sesgo que le hace guardar poca relación con el ordenamiento que estaba en vigor en el siglo XIX cuando se formaron las instituciones clásicas del Derecho administrativo”; además, la Constitución y el Derecho comunitario son igualmente vinculantes en ese nuevo actuar de las Administraciones públicas; a su vez, “el orden contencioso-administrativo no ha ejercido nunca en exclusiva el control judicial de la Administración” quedando siempre como última garantía, el núcleo del Derecho público que ofrece el Código Penal”.⁽⁴⁾

Esa consideración se rebate alegando que se trata de desandar lo andado, en el sentido de que históricamente ha costado mucho llegar al desarrollo actual del Derecho Administrativo, en el buen sentido del control al uso del ejercicio abusivo del poder, y que esa solución, resulta a todas luces inviable, porque además de ingenua, tampoco es conveniente.

V. POSICIONES EN CONTRA DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Una de las más sólidas posiciones en contra de este fenómeno es la del connotado tratadista José María Gimeno Feliu, quien enfáticamente ha dicho:

“...es el interés general o público la causa (y justificación última) de que la Administración aparezca investida de prerrogativas o potestades de decisión unilateral y ejecutoria, de dirección, inspección y control, de interpretación de los términos contractuales e incluso modificación del objeto del contrato (ius variandi). Por ello, aten-

(4) Vid Borrajo, I, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, en “REDA”, 1993, 78, p. 233, citado por Martín Retortillo, S., en *op. cit.*, p. 42 y 63, como prácticamente el único autor que con carácter general apuesta por la referida huida.

diendo a los intereses en juego, resulta necesario que la mencionada normativa comunitaria sobre contratación pública tenga un adecuado reflejo en la importante cuestión del ámbito de aplicación a fin de evitar 'fugas' injustificadas que, lejos de garantizar una mayor 'eficacia' sólo consiguen una evidente disminución de garantías.

Este fenómeno de la privatización es, sin duda, uno de los principales y más controvertidos problemas del Derecho Público en cuanto nos encontramos con un incomprensible (desde la perspectiva de un Estado Social de Derecho) abuso de las técnicas jurídico-privadas por parte de las Administraciones Públicas que, sobre el estandarte de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y no social) está acarreado la eliminación de las garantías públicas, de indudable trascendencia en un campo tan especial como lo es el de la contratación, y que, lejos de producir ventajas, está ocasionando importantes disfunciones desde el prisma del modelo económico constitucional de la economía social de mercado. Este fenómeno es de especial trascendencia en el caso de la contratación pública al evitar los mecanismos previstos para ella con la creación de entes 'ficticios' sometidos al Derecho Privado... el problema que plantea tal abuso de las técnicas jurídico-privadas no sólo tiene consecuencia en el orden jurisdiccional (qué jurisdicción es competente), en tanto la cuestión podría solventar estableciendo la unidad jurisdiccional para toda la actividad de la Administración. El verdadero problema es de naturaleza sustantiva, consecuencia del distinto régimen jurídico de la actividad de la Administración en función de si se utiliza el Derecho Administrativo o el Derecho Privado, dados los principios bien distintos que caracterizan una y otra ramas del ordenamiento jurídico... El intento de huida generalizada del Derecho Administrativo a la búsqueda de una supuesta 'flexibilidad' y de una 'libertad de acción' -que supuestamente caracterizan al derecho privado- amenaza con

dejar sin contenido al Derecho Administrativo en lo que supone una huida del sistema de garantías (para el interés público y para el de los particulares), sin que el resultado pueda, obviamente, justificarse apoyándose en una presumible mayor eficacia ya que, como bien afirma el profesor Martín Rebollo, ésta no debe permitir la huida de las garantías y de los procedimientos de control...”⁽⁵⁾

Por su lado, la autora Silvia del Saz insiste en la necesidad de desmitificar la creencia en la mayor eficacia de la Administración Pública cuando actúa sujeta al Derecho Privado, que se confunde con la mayor eficacia del sector privado. La clave, según ella, no está en el cambio de régimen, sino en que los resultados de la gestión de la empresa privada repercuten céntimo a céntimo en el patrimonio del empresario, mientras que la Administración dispara siempre “con pólvora del Rey”, con financiación pública ilimitada, sin auténtico riesgo empresarial.⁽⁶⁾

También el Profesor José Carlos Laguna de Paz, sobre el particular sostiene que:

“Desde la perspectiva del Estado de Derecho, la historia del constitucionalismo es la historia del sometimiento del Poder –y, por tanto, de la Administración–, a la norma, de su vinculación a reglas jurídicas. El Derecho público –en un proceso de continuo cerco a las inmunidades del Poder–, tras largos años, paso a paso, ha conseguido un alto grado de juridificación del ejercicio del poder y, consiguientemente, de fiscalización judicial de sus actos. Los principios jurídico-públicos y la mirada atenta del juez llegan así a todos los despachos administrativos.

Este proceso, sin embargo, en alguna medida se está resintiendo por la renuncia habitual de la

(5) Vid Gimeno Feliu, José María. *El control de la contratación pública*. Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 115-119.

(6) Citada por Laguna de Paz, José Carlos, en “La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo”, en **Revista de Administración Pública** N° 136, Enero-abril 1995, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, p. 202-203.

Administración a su Derecho específico para la realización de un cúmulo creciente de actividades. Como justificación, en el discurso político, profesional e, incluso, académico –desde una superficial “cultura de la eficacia”–, con frecuencia se aduce que el Derecho Administrativo –lento, rígido y burocrático, para muchas actividades que hoy asume la Administración, sencillamente no sirve.

Con este pretexto, se usa y abusa de las vías excepcionales de flexibilización del sistema que contiene el propio Derecho Administrativo, liberando de garantías las enajenaciones patrimoniales o recurriendo a la contratación directa para casi un tercio de las operaciones que concierne la Administración. Ni que decir tiene que cuando la excepción pesa casi tanto como regla, ésta pierde toda su virtualidad y, con ella, se evapora la garantía de los principios –de buena administración, de promoción de una efectiva concurrencia, de adjudicación al más capaz– que las normas administrativas tratan de preservar.

A veces, se da un paso más. Con la excusa de conseguir una mayor operatividad y eficacia –no siempre demostrada–, la Administración crecientemente encomienda la realización de tareas a entes públicos creados ad hoc –a los que dota de un régimen jurídico especial, caracterizado por permitir una entrada importante al Derecho privado–, o bien actúa a través de sociedades mercantiles que cómodamente controla. Ello va acompañado de una extensa laboralización del personal al servicio de la Administración.⁽⁷⁾

Y, como corolario, basta citar al autor Sebastián Martín-Retortillo, que sobre este tema ha señalado muy acertadamente:

“... desde la vertiente de la cancelación y reducción del sistema de garantías a que da lugar el fenómeno que se considera... cabe constatar la situación de

(7) Vid Laguna de Paz, José Carlos. “La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo”, en **Revista de Administración Pública** Nº 136, Enero-abril 1995, pp. 201-203.

indefensión –evidentemente no querida por la Constitución–, que conforme al ordenamiento vigente, se alcanza cuando la Administración actúa in veste de sociedades mercantiles o conforme a procedimientos jurídico-privados. Una Constitución que... explícitamente impide dejar reductos exentos de la tutela y del control jurisdiccional.

...

Las razones que en términos estrictamente jurídicos se aducen en contra de la huida del Derecho público por parte de la Administración son, como puede verse, consistentes y de incuestionable calado; auténticas cargas de profundidad”.⁽⁸⁾

VI. MANIFESTACIONES DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Esta posición de la huida del Derecho Administrativo se ha manifestado en dos vertientes principales: la contratación administrativa y la laboralización de la función pública.

En cuanto a la “laboralización de la función pública”, únicamente diremos que ha operado por dos vías: mediante la creciente atribución de funciones administrativas a entidades de Derecho Público o sociedades mercantiles cuyo personal carece de status de funcionario público (o status funcional), y por la creciente laboralización del personal al servicio de las propias Administraciones públicas; todo ello en detrimento del régimen estatutario establecido para los servidores públicos, o lo que conocemos en nuestro medio como “régimen de empleo público”; pero como este no es el enfoque que escogimos para desarrollar este breve trabajo, pasaremos de seguido a tratar de cumplir con nuestro cometido, porque en relación con la contratación de las Administraciones Públicas, el tema adquiere una notable relevancia.

(8) Vid Martín-Retortillo, Sebastián. “Reflexiones sobre la ‘huida’” del Derecho Administrativo, en **Revista de Administración Pública**, N° 140, Mayo-agosto 1996, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.

VII. SOBRE LA TENDENCIA A HUIR DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Esta situación se ha dado tratando de eludir el sistema de la contratación administrativa, el cual establece una serie de controles y limitaciones que más bien constituyen una serie de garantías para los administrados en general y para los participantes en los procedimientos de selección del contratista, en particular.

La forma de obviar ese sistema de contratación administrativa es muy simple, porque se pretende que las entidades públicas realicen esta actividad a través de mecanismos propios del Derecho Privado, o mediante las sociedades mercantiles creadas al efecto.

En ambos supuestos, se pretendió excluir la contratación administrativa de los principios y procedimientos establecidos en la Ley de la Administración Financiera de la República,⁽⁹⁾ hace poco derogada en lo conducente, por la Ley de Contratación Administrativa.⁽¹⁰⁾

Debemos tener presente que este proceso de la huida del Derecho Administrativo, en nuestro medio se debe a ideas foráneas, sobre todo de los organismos financieros internacionales (OFI) y del GATT (agente comercial del Fondo Monetario Internacional), que pretende la supuesta transparencia y la eliminación de las trabas al comercio internacional —pero a favor de los nacionales de los países ricos, en detrimento de los nacionales de los países pobres—, y uno de los principales escollos en nuestro ordenamiento jurídico —desde su punto de vista—, es la normativa referente al régimen de contratación administrativa.

En la Administración Figueres Olsen, el Ministerio de Planificación y Política Económica, dentro de esa conceptualización de la Reforma del Estado, propició la realización de varios seminarios con la idea de “remozar la contratación administrativa”, dándole un papel más protagónico al sector privado, y producto de ello es un libro llamado “No era pecado... La contratación privada para la renovación del Estado”.⁽¹¹⁾

(9) Ley N° 1251 de 2 de mayo de 1951, reforma por la Ley N° 5901 de 20 de abril de 1976.

(10) Ley N° 7494 de 2 de mayo de 1995, vigente a partir del 1° de mayo de 1996.

(11) Ver dicho libro, publicado por el Ministerio de Planificación y Política Económica en marzo de 1998, en el que se recopilan las exposiciones, ponencias y experiencias discutidas en el seminario “La contratación de bienes y servicios al sector privado como mecanismo para promover la modernización del Estado”, realizado el 21 de noviembre de 1997 en el Hotel Herradura, San José, Costa Rica, patrocinado por el Banco Mundial.

VIII. EJEMPLOS EN COSTA RICA

En nuestro país, tenemos varios ejemplos, que enunciaremos a continuación:

1) **Caso de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia y Correos de Costa Rica**

Mediante Leyes Nos. 7768 (Ley de Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia) del 24, y 7789 (Ley de Correos de Costa Rica) del 30, ambos días del mes de abril de 1998, en lo que más interesa a nuestro propósito, se dispuso que esas son “empresas públicas” reguladas por el Derecho Privado, y por consiguiente, entre otras excepciones, no sujetas a la Ley de Contratación Administrativa.

Aún así, pese a esas disposiciones, y por la competencia constitucional que tiene la Contraloría General en cuanto a la fiscalización del uso de los recursos públicos, (ratificada por la Sala Constitucional), la Dirección General de Contratación Administrativa ha conocido de recursos de objeción al cartel y dos recursos de apelación interpuestos contra los actos de adjudicación y readjudicación dictados por Correos de Costa Rica, en un procedimiento de contratación directa promovido para la compra de motocicletas.⁽¹²⁾

En similar sentido y en cuanto a la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, la Dirección General de Asuntos Jurídicos, se pronunció categóricamente sobre la sujeción de esa administración a la competencia de esta Contraloría General.⁽¹³⁾

2) **CASO DEL I.C.E.**

En relación con los proyectos de “Ley General de Electricidad”, N° 12.693, y “Ley General de Telecomunicaciones”, N° 12694, y “Ley de Modernización y Fortalecimiento del Instituto Costarricense de

(12) Ver al respecto resoluciones Nos. 77-99 de 14:00 hrs de 8 de marzo, y 247-99 de 8:30 hrs de 16 de junio, ambas de ese año, dictadas por la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.

(13) Ver Oficios DAJ-2562 de 1 de diciembre de 1998, y DAJ-0259 de 11 de febrero de 1999, de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Contraloría General de la República.

Electricidad”, N° 12695, respectivamente, consultada la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, hizo ver que la pretensión de quienes proponen esos proyectos de ley, es eliminar todo tipo de controles y fiscalización sobre esas entidades por parte de la Contraloría General de la República.

Al respecto, en oficio N° 811 (DGCA-100-99) de 27 de enero de 1999, se dijo:

“...Cabe mencionar que la empresa pública constituida como una entidad autónoma, que se denomina Instituto Costarricense de Electricidad, fue creada para administrar fondos públicos, está dotada con patrimonio estatal (entiéndase, toda clase de edificaciones, terrenos y bienes que han sido puestos a su disposición para la prestación del servicio), cada año recibe considerables dotaciones de recursos presupuestarios públicos y, en general, ha contado con el aval del Estado en sus préstamos, todo para que pueda cumplir con los esenciales fines y servicios públicos que le fueron encomendados.

*Debemos señalar que hoy la tendencia es sustentar una empresa pública desprovista de privilegios (véase el texto del proyecto, artículos 2 y 12) pero también de “cargos” (véase artículo 42, del proyecto de comentario), a las cuales se les atribuye, en principio, la ineficiencia de esas empresas, dentro de las cuales se señalan el régimen de contratación administrativa, la aprobación presupuestaria y el trámite para la obtención de fuentes de crédito. Esta tendencia es lo que respetados doctrinarios denominan la “**buida del derecho administrativo**”, lo cual no se restringe a un cambio de marco jurídico, sine a un fenómeno más grave de **buida del régimen de garantías y de prerrogativas**, que José María Gimeno Feliu comenta, en relación con la contratación pública, como sigue:*

“es el interés general o público la causa (y justificación última) de que la Administración aparezca investida de prerrogativas o potestades de decisión unilateral y ejecutoria, de dirección,

inspección y control, de interpretación de los términos contractuales e incluso modificación del objeto del contrato (ius variandi). Por ello, atendiendo a los intereses en juego, resulta necesario que la mencionada normativa comunitaria sobre contratación pública tenga un adecuado reflejo en la importante cuestión del ámbito de aplicación a fin de evitar 'fugas' injustificadas que, lejos de garantizar una mayor 'eficacia' sólo consiguen una evidente disminución de garantías.

Este fenómeno de la privatización es, sin duda, uno de los principales y más controvertidos problemas del Derecho Público en cuanto nos encontramos con un incomprensible (desde la perspectiva de un Estado Social de Derecho) abuso de las técnicas jurídico-privadas por parte de las Administraciones Públicas que, sobre el estandarte de la eficacia (entendida desde una perspectiva económica y no social) está acarreado la eliminación de las garantías públicas, de indudable trascendencia en un campo tan especial como lo es el de la contratación, y que, lejos de producir ventajas, está ocasionando importantes disfunciones desde el prisma del modelo económico constitucional de la economía social de mercado. Este fenómeno es de especial trascendencia en el caso de la contratación pública al evitar los mecanismos previstos para ella con la creación de entes 'ficticios' sometidos al Derecho Privado... el problema que plantea tal abuso de las técnicas jurídico-privadas no sólo tiene consecuencia en el orden jurisdiccional (qué jurisdicción es competente), en tanto la cuestión podría solventar estableciendo la unidad jurisdiccional para toda la actividad de la Administración. El verdadero problema es de naturaleza sustantiva, consecuencia del distinto régimen jurídico de la actividad de la Administración en función de si se utiliza el Derecho Administrativo o el Derecho Privado, dados los principios bien distintos que caracterizan una y otra ramas del ordenamiento jurídico... El intento de huida generalizada del Derecho Administrativo

a la búsqueda de una supuesta 'flexibilidad' y de una 'libertad de acción' —que supuestamente caracterizan al derecho privado— amenaza con dejar sin contenido al Derecho Administrativo en lo que supone una huida del sistema de garantías (para el interés público y para el de los particulares), sin que el resultado pueda, obviamente, justificarse apoyándose en una presumible mayor eficacia ya que, como bien afirma el profesor Martín Rebollo, ésta no debe permitir la huida de las garantías y de los procedimientos de control...” (Gimeno Feliu, José María. **El control de la contratación pública**, Civitas, Madrid. 1995, pp. 115-119).

En relación con la posición que plantea eximir del régimen constitucional y legal previsto para la contratación pública, y desde la óptica de esta Dirección General de Contratación Administrativa, advertimos que el conocido reclamo de que la contratación pública constituye una “camisa de fuerza” para cumplir en forma oportuna con los cometidos encargados a cada entidad, omite un análisis concienzudo y justo de la problemática general del Estado y de sus instituciones que, por lo general, no disponen de una adecuada planificación de compras, de personal debidamente capacitado y de una adecuada formulación de los carteles o pliegos de condiciones, entre otras debilidades. Por otra parte, ese razonamiento parte de un desconocimiento de la fuente pública de los recursos que son utilizados para efectuar esas compras. Sin demérito de reformas muy puntuales que el régimen requiere y que no es el caso comentar en este proyecto, en el tanto están referidas a la Ley de Contratación Administrativa, este Despacho estima que el escollo principal deviene de un problema de operadores, más que de texto legal que se dispone para contratar.

Sin embargo, en nuestro criterio, la eficiencia de la empresa pública no depende de liberarla del marco público de regulación para implantarla en un marco de derecho privado donde se manejan

fondos públicos sin adecuados controles y sin un marco preciso de responsabilidades que prevenga todo tipo de mal manejo de los fondos públicos, porque ello implicaría someter a la empresa pública a una suerte de despojo indebido de su patrimonio que, como ya es sabido en nuestra experiencia patria, no ha conducido a ningún tipo de manejo eficiente, sino por el contrario, a un manejo irresponsable de recursos públicos; véase la experiencia de la Corporación Costarricense de Desarrollo y sus subsidiarias, a quien se le dotó de las más amplias facultades de contratación sin los resultados de eficiencia empresariales esperados...⁽¹⁴⁾ **(el destacado no es del original).**

CONCLUSIONES

1. A pesar de los intentos de los gobernantes de turno, en propiciar la huida del Derecho Administrativo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha hecho prevalecer el artículo 182 de la Constitución Política, el cual dispone que los contratos que celebren los poderes del Estado, se harán mediante licitación, y ha reconocido la potestad revisora de la Contraloría General de la República, a la luz de la disposición del numeral 183 constitucional.⁽¹⁵⁾

2. Asimismo, la Sala Constitucional ordenó que las instituciones bancarias regresaran al fuero de la Contraloría General de la República, en materia de contratación administrativa (Voto 5947-98).

3. También, atendiendo a las competencias constitucionales de la Contraloría General de la República y a lo que sobre el punto ha resuelto la Sala Constitucional, por tratarse del uso de recursos públicos, la Dirección General de Contratación Administrativa ha establecido que independientemente de la institución pública o entidad privada que los administró o del procedimiento seguido para satisfacer alguna necesidad

(14) Ver Oficio 811 (DGCA-100-99) de 27 de enero de 1999.

(15) Vid. Resolución N° 77-99 de las 14:00 hrs del 8 de marzo de 1999, dictada por la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.

(vía contratación), si el monto adjudicado sobrepasa el límite económico para que el recurso de apelación sea de conocimiento de ese Despacho, se admite para su trámite (ver Votos N° 4013-92 de 10:06 horas de 18 de febrero de 1992, y N° 998-98 supra referido, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

4. Con las sentencias dictadas por la Sala Constitucional, se da un cambio radical a la idea con que fue concebida la Ley de Contratación Administrativa, para adaptarla a nuestro modelo constitucional, estableciendo en lo que más interesa:

“...Y como conclusión general inicial, que emana del examen de los principios, de la doctrina y la jurisprudencia que se han expuesto en los considerandos anteriores, sólo puede afirmarse que el sistema de contratación administrativa está conformado, por un lado, por los principios constitucionales que emanan del artículo 182 de la propia Constitución, y por otro lado, como complemento, por el sistema de control ejercido directamente por el órgano constitucional encargado de la fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública, sea la Contraloría General de la República, que se establece como garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público. Es a la luz de estas normas y principios que se entra a analizar la razonabilidad y proporcionalidad de la normativa impugnada, referente a la contratación administrativa contenida en la Ley y el Reglamento impugnados”. (ver Considerando VIII, Conclusión General Inicial, in fine, del Voto N° 998-98).⁽¹⁶⁾

Esta consideración, aunada a las deficiencias originales de la Ley, hacen necesaria una cuidadosa revisión de su texto.

5. Cabe preguntarnos, ¿por qué privatización de ese actuar, y por qué huida del Derecho Administrativo? Simplemente porque este mecanismo impone mayores vinculaciones y controles al actuar de los Poderes Públicos, y precisamente lo que busca es eludirlos.

(16) Vid. Voto 998-98 de las 11:30 hrs del 16 de febrero de 1998.

6. No basta la buena voluntad de servir al interés general; es necesario un régimen jurídico que lo garantice. Y en este sentido el régimen administrativo representa un equilibrio entre la más eficaz consecución del interés público y la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos.

7. Reconocemos que el ordenamiento jurídico administrativo debe ser mejorado, para en alguna medida lograr esa flexibilización que tanto se persigue a través del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, pero también creemos firmemente en que la mayor parte del problema está en la inidoneidad, falta de capacitación de los funcionarios públicos y en la actitud positiva con que deben asumir la correcta aplicación de la normativa vigente, en procura del bien común y de la sana administración de los recursos públicos.

8. No negamos la búsqueda de otros mecanismos de contratación administrativa para agilizar el sistema, pero debemos necesariamente conjugarlos con los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFIA

Contraloría General de la República. Resoluciones y pronunciamientos.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Resoluciones.

Gimeno Feliu, José María. *El control de la contratación pública*. Editorial Civitas, Madrid, 1995.

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián.

Reflexiones sobre las privatizaciones. **Revista de Administración Pública** N° 144. Septiembre-diciembre 1997. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.

Reflexiones sobre la "huida" del Derecho Administrativo. **Revista de Administración Pública** N° 140. Mayo-agosto 1996. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.

Laguna de Paz, José Carlos. *La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo*. **Revista de Administración Pública** N° 136. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.

Romero Pérez, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 1999).

Contratos y aeropuertos (San José: Ed. Lex 1999).