

LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA Y SUS R
PRINCIPIOS EN LOS PROYECTOS DE "LEY GENERAL
DE ELECTRICIDAD" Y DE "MODERNIZACION
Y FORTALECIMIENTO DE LA LEY DE CREACION
DEL I.C.E."

Lic. Hubert Fernández Argüello
Abogado costarricense



SUMARIO:

Introducción

I. El Proyecto de "Ley General de Electricidad"

A) El objeto de la reforma y elementos básicos

B) Disposiciones concretas del Proyecto. Análisis constitucional

II. El Proyecto de "Ley de Modernización y fortalecimiento de la Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad"

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

Actualmente se tramitan en el seno de nuestra Asamblea Legislativa, varios proyectos de ley, relacionados con el Instituto Costarricense de Electricidad, cuyo objeto es aprobar importantes modificaciones en su estructura y organización interna, sus potestades, y fundamentalmente en materia de generación eléctrica y telecomunicaciones.

Dos de esos proyectos son el de "Ley General de Electricidad" (expediente legislativo #12.693), y el de "Ley de Modernización y Fortalecimiento de la Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad (expediente legislativo #12.695), los cuales contienen interesantes disposiciones en materia de contratación administrativa, algunas de las cuales resultan bastante cuestionables, especialmente a la luz de los principios que derivan de los más recientes fallos de la Sala Constitucional, sobre esta delicada materia. Valga decir que el primero de dichos proyectos fue dictaminado afirmativamente el 18 de noviembre pasado, por la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, en tanto el segundo aún se encuentra en estudio, en una subcomisión designada para su conocimiento.

La finalidad de este breve ensayo, es pues la de determinar cuál es la regulación que pretende instaurarse en ambos proyectos, pero únicamente en lo referente a la materia de contratación administrativa, por lo cual —ha de advertirse desde ahora— se dejarán de lado aspectos de carácter organizacional y técnicos; no sólo porque dichos extremos exceden el tema que nos hemos propuesto desarrollar —y el propio de la cátedra dentro del que éste se elabora— sino porque su complejidad en algunos casos, rebasa el campo de lo puramente jurídico, para incursionar en áreas técnicas especializadas, cuyo análisis y desarrollo corresponde obviamente, a profesionales de esas áreas.

En ambos casos, lo pretendido es confrontar separadamente, el contenido de las disposiciones concretas que se proponen, con la más reciente jurisprudencia constitucional y alguna de la doctrina más autorizada, poner de manifiesto las inconsistencias que contiene y proponer, cuando ello sea posible, las modificaciones pertinentes, para ajustarlos a los mandatos constitucionales que rigen los contratos del Estado.

Para el análisis ha sido de fundamental importancia, la colaboración de la Asamblea Legislativa, especialmente del Departamento de Servicios Técnicos y de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, quienes me permitieron el acceso a la información más novedosa, al punto de que se analizan los últimos textos vigentes en

discusión: del proyecto de Ley General de Electricidad, se estudia el último texto disponible, que es el del pasado 12 de noviembre (el dictamen de la comisión aún no se ha redactado); y el de Modificaciones a la Ley de Creación del ICE, la última versión, que es del mes de setiembre. Igualmente, se contó con el valioso aporte de la Dirección General de Contratación Administrativa, de la Contraloría General de la República, cuyos abogados me concedieron una entrevista, y me brindaron los elementos básicos que integran la opinión de ese órgano contralor, en relación con ambas iniciativas.

D) EL PROYECTO DE "LEY GENERAL DE ELECTRICIDAD" **Expediente Legislativo #12.693**

A) El objeto de la reforma y elementos básicos

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto, éste tiene como objetivos básicos, atraer capital privado para futuras inversiones, lograr la eficiencia en el sector, garantizar el suministro de electricidad, la solidaridad con los consumidores de menores ingresos y la sostenibilidad en el uso de los recursos; así como lograr compatibilizar la legislación nacional con el Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central, a fin de que la industria eléctrica del país pueda proyectarse a dicho mercado.

Con esos objetivos en mente, y partiendo de la necesidad de modernizar la organización de la industria eléctrica costarricense, se propone un modelo que tiende, en primer término, a ordenar integralmente la legislación existente y a crear un marco general que regule las actividades de prestación del servicio eléctrico; en concreto, se propone modificar la forma de llevar a cabo las relaciones comerciales, la estructura institucional y las empresas prestatarias del servicio.

Para abordar el tema de la contratación administrativa, es necesario señalar cuál es la estructura institucional que se propone: Son tres las entidades que integrarán el sector: el Ministerio de Ambiente y Energía (en adelante MINAE), la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), y el Centro Nacional de Planificación y Operación de Electricidad (CENPO), este último se crea como un órgano de máxima desconcentración, adscrito al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) con personería jurídica instrumental.

Al MINAE le corresponde la dirección y coordinación del sector eléctrico; a la ARESEP la regulación de la industria, y a CENPO, le compete la planificación del sector, y además es el comprador principal.

Ya en materia de concesiones, se requiere una para la explotación de fuentes hidráulicas para generación eléctrica, que la otorga el MINAE, y otra para la prestación del servicio de generación, transmisión y distribución, que debe ser otorgada por la ARESEP. Además es a CENPO a quien corresponde realizar los procedimientos de contratación, para lo cual debe respetar la libre participación de los oferentes; no en vano, uno de los fines del proyecto es el de abrir la competencia de los generadores para entrar en el mercado.

B) Disposiciones concretas del Proyecto. Análisis constitucional

i) La primera observación, obligada por los términos en que está redactado el proyecto, debe referirse al hecho de que son muy pocas las normas que, en concreto, se refieren a los procedimientos de contratación de servicios de generación eléctrica. En realidad, no se indican cuáles son los procedimientos que deberán utilizarse para el otorgamiento de las concesiones y para hacer las contrataciones de electricidad. Consecuencia normal de lo dicho, parece ser entonces que, a falta de regulaciones expresas en contrario, resultan aplicables los procedimientos de la Ley de Contratación Administrativa, a tenor de la disposición general establecida en su artículo 1º.⁽¹⁾ Sin embargo, ese no parece ser el criterio de la Dirección General de Contratación Administrativa, de la Contraloría General de la República, para cuyos abogados, "ante la necesidad imperiosa de garantizar el suministro de electricidad en el país, no es conveniente utilizar el procedimiento de la licitación pública. Lo que corresponde, es establecer un procedimiento sustitutivo, que garantice eso sí, los principios constitucionales de la contratación".⁽²⁾

(1) El párrafo primero de esa norma dispone: "Esta ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas...". En el mismo sentido, véase el artículo 1º del Reglamento General de la Contratación Administrativa. Icará en la revista siguiente Nº 89.

(2) De la O Castro, Marco y Mora Calderón Jesús. Entrevista efectuada en la Dirección General de Contratación Administrativa, el 18 de noviembre de 1998.

El proyecto de ley sin embargo, ya fue dictaminado, y pronto engrosará la lista de primeros debates en la Asamblea, sin que se haya establecido ningún procedimiento especial para la compra de energía, lo cual tampoco puede establecerse vía reglamentaria, en detrimento de la obligación constitucional y legal, de acudir a la licitación pública y sus principios, como el medio más idóneo con que cuenta la Administración -lato censu- para realizar su actividad contractual.⁽³⁾

ii) Sí merecen especial comentario las disposiciones contenidas en los artículos 35 y 36 del proyecto, que de paso son las únicas que hacen alguna referencia expresa a los mecanismos de contratación, que debe utilizar CENPO. El siguiente es su contenido textual:

“Artículo 35.-El CENPO deberá comprar en forma económica la electricidad requerida para atender la demanda de los clientes regulados por el Sistema Eléctrico Nacional. Para tal efecto, establecerá los requerimientos de suministro de energía con base en el Programa de Desarrollo Eléctrico Nacional y realizará las compras de electricidad utilizando procedimientos de contratación que promuevan la libre participación de oferentes.

Las condiciones de contratación y las fórmulas de remuneración de la potencia y energía en los contratos de suministro deberán ser diseñadas de tal manera que incentiven a las empresas de generación para realizar en la forma más económica para el Sistema Eléctrico Nacional la selección, diseño, construcción, operación y mantenimiento de la planta de generación correspondiente.

El proceso de compra y venta de electricidad constituye actividad ordinaria del CENPO, quien actuará únicamente como intermediario y no obtendrá ningún beneficio neto, ni asumirá costo alguno o riesgo como resultado de la suscripción de los contratos de suministro de energía, pues simplemente trasladará en promedio a las empresas

(3) Sobre el tema véanse, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional #1205-96, de las 9 horas del 15-3-96; 1490-92, de las 16:09 horas del 3-6-92; 1633-93, de las 16:03 horas del 9-6-93; y, más recientemente, la #998-98, de las 11:30 horas del 16-2-98.

distribuidoras todos los costos asociados con estos contratos. En los procedimientos de compra de electricidad deberá llamar a los posibles generadores interesados para que hagan sus ofertas, las cuales serán analizadas para su escogencia final con aplicación de los principios de igualdad de participación, eficiencia y libre concurrencia”.

“Artículo 36.—En casos de excepción, ya sea por falta de interés de los posibles generadores o por una justificada probabilidad de racionamiento del servicio eléctrico, cuando se requiera la contratación en forma inmediata, de modo que resulte imposible seguir el procedimiento indicado en el artículo anterior sin arriesgar la satisfacción de la demanda, el CENPO podrá contratar directamente la compra de electricidad, a fin de asegurar la continuidad del abastecimiento de energía del Sistema Eléctrico Nacional. Esta potestad la conservará el CENPO aún cuando haya desaparecido la figura del comprador principal”.

Así, los elementos esenciales previstos en esas dos normas, son los siguientes:

1) Principio de economía, que significa, según la propia norma, abaratar los costos para la compra de la electricidad.

2) Deber de utilizar procedimientos de contratación que promuevan la libre participación de oferentes.

Como ya se señaló, el proyecto no hace referencia a cuáles son esos procedimientos. Por supuesto, es claro que el que garantiza de la mejor forma, la libre participación es la licitación pública, como lo reconoce unánimemente la doctrina y la jurisprudencia.

3) Deber de establecer condiciones atractivas de contratación para incentivar a las empresas de generación eléctrica a participar.

Esta norma no puede entenderse, en el sentido de que se refiere a hacer atractivos los procedimientos de contratación, pues los que deben aplicarse son los de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, sino más bien, a la forma de remuneración y condiciones para la ejecución del contrato. Lo contrario implicaría sostener que CENPO tiene una potestad general para modificar el procedimiento contractual legalmente establecido, lo cual no es de recibo.

4) El proceso de compra y venta de electricidad **constituye actividad ordinaria del CENPO.**

En primer lugar, es mi criterio que no estamos en presencia de actividad ordinaria, ni en los términos definidos en la Ley de Contratación, ni en la sentencia de la Sala Constitucional #6574-98, de las 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998. Esta última señaló con toda claridad que:

“Debe definirse el contenido del concepto de “actividad ordinaria”, como motivo para excepcionar de los procedimientos ordinarios de la contratación Administrativa. En este sentido, es precisamente el artículo 96 inciso a) punto 1) de la Ley de la Administración Financiera de la República –impugnado en esta gestión de inconstitucionalidad–, la disposición normativa que definía los alcances de ese concepto, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 199 del Reglamento de la Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo número 7576-H, de veintitrés de setiembre de mil novecientos setenta y siete) –también impugnado en esta acción– en cuanto decía: “Para los efectos indicados se entiende como actividad ordinaria, sólo la que realiza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia a través de una actividad o servicio (prestación última para el cumplimiento de sus cometidos) cuya relación contractual constante o frecuente con los usuarios, tanto como el dinamismo que la naturaleza de su tráfico le impone, resultan incompatibles con el procedimiento usual de concurso. No se tienen por incluidos, en consecuencia, en la definición anterior, entre otros, los contratos que las administraciones estatales celebren para su instalación (compra o arrendamiento de edificios, construcción de obras, etc.); para su funcionamiento (arrendamiento o compra de equipos, vehículos, materiales, útiles, combustibles, etc.), para el transporte de productos para su uso o comercio; ni la transformación y prestación ajenas a la finalidad inmediata de su servicio. La Contraloría General precisará de oficio o a solicitud y cuando lo estime oportuno y mediante acuerdo que deberá

publicarse en el Diario Oficial, la actividad ordinaria correspondiente a determinados entes públicos”; lo que coincide con la definición que en el voto salvado del Magistrado Piza Escalante, a la sentencia número 1683-91 de las dieciséis horas treinta minutos del veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y uno, al expresar que “La actividad ordinaria está definida y prevista en el artículo 96.a1. de la Ley de la Administración Financiera de la República, y, con detalle y con sus excepciones, en el 199 del Reglamento de la Contratación Administrativa, por cierto que de manera coincidente con la previsión de las llamadas “sujeciones especiales” contenida en el 14.1 de la Ley General de Administración Pública”. Se trata, en general, de una circunstancia especial en la que, por el tipo de negociación que se realiza, se justifica plenamente la excepción a los procedimientos ordinarios de contratación administrativa, en tanto la prestación del servicio o actividad a brindar constituye el fin último de la respectiva institución. Desde esta perspectiva, la Sala coincide con el desarrollo que de la institución hizo la Contraloría General de la República, con el fin de evitar su desbordamiento hacia aspectos que claramente resultan medios para alcanzar los fines de cada Administración, por lo que en oficio de la Dirección General de Contratación Administrativa de ese Órgano, número 7433 de veinticinco de junio de mil novecientos noventa y seis, y reiterado en el oficio número 7818 de diecinueve de julio de ese mismo año –según se cita en escrito de interposición de la acción que se tramita en expediente número 96-004753-007-CO-P-, promovida por la Contraloría General de la República, visible a folios 8 y 9– cuando precisó “*Actividad Ordinaria*: [...] Desde esta perspectiva, la *actividad ordinaria*”, comprende la actividad contractual de la Administración, que por su constante y frecuente tráfico y su relación inmediata con los usuarios resulta claramente incompatible con los procedimientos concursales de contratación. Esta excepción a los procedimientos concursales, salvo que por ley expresa se disponga

otra cosa, debemos entender que se limita a la actividad contractual que la Administración realiza con sus usuarios, para brindarles bienes o servicios estrechamente relacionados con la prestación última que la ley le asignó al crearla, de modo que, insistimos, la actividad ordinaria de un ente u órgano de la Administración comprende aquélla que éstos realicen, dentro del ámbito de su competencia, por medio de una actividad o servicio que *constituye la prestación última o final que ésta efectúe de frente a usuarios, y cuya frecuencia, tráfico y dinamismo, justifican o imponen apartarse de los procedimientos usuales de concurso.* [...]” Nótese que este concepto no comprende la actividad propia que desempeña cada institución u oficina pública, entendida como los medios necesarios para el cumplimiento de los fines legales asignados a cada institución y oficina pública, ni de su funcionamiento, en tanto todas y cada una tiene encomendados fines específicos, por cuanto esto implicaría hacer nugatorio el régimen de la contratación administrativa (licitación pública). Pero a modo de ejemplo, es actividad ordinaria la venta de contratos de seguros por el Instituto Nacional de Seguros, los contratos de cuenta corriente con los bancos públicos, los contratos de servicios de telefonía con el Instituto Costarricense de Electricidad. Pero sí es relevante resaltar lo que entendió el órgano Contralor en el citado oficio; en que citó: “Al señalarse que la actividad ordinaria “se identifica con la prestación del servicio y el cumplimiento de los fines de la Administración respectiva”, es necesario recalcar que si bien toda la actividad que realice la Administración debe imperiosamente enmarcarse dentro de los fines que le han sido señalados por el legislador y ajustada al principio de legalidad (art. 11 de la Constitución Política), no toda la actividad que realiza la Administración cumple de manera inmediata los fines, sino de manera inmediata. En tal sentido, debemos afirmar que si bien **“toda actividad ordinaria debe enmarcarse en las competencias del ente y por ende, en los fines**

enmarcados por el legislador, no toda actividad que comprende la competencia debe ser conceptualizada como ordinaria"; lo que coincide con el voto salvado antes citado del Magistrado Piza, en sentencia 1683-91, al afirmar que: *"Además, la Contraloría General de la República ha venido precisando aún más qué es esa actividad ordinaria, y nunca se le ha ocurrido que lo sea el compromiso contractual de realizar obras públicas, ni siquiera la realización de estas últimas con o sin contrato: si construir obras públicas fuera una actividad ordinaria, ¿por qué se exige hacerlo por licitación? El Reglamento de la Contratación Administrativa, la Ley de la Administración Financiera de la República y el artículo 182 de la Constitución Política, obligan a los Poderes del Estado, municipalidades e instituciones autónomas a realizar los contratos para la ejecución de obras públicas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de sus bienes mediante licitación, la cual será pública o privada, según el monto respectivo. No se puede afirmar que ni los compromisos ni las obras sean actividades dentro del límite de competencia del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, porque eso sólo sería cierto si entendiéramos la competencia como una esfera muy amplia, sin calificar su ejecución, o sea que, dentro de esa esfera general de competencia, el Ministro puede llevar a cabo muchas actividades, pero no todas, porque siempre estará atado por el principio fundamental de adhesión al fin público, por el bloque de la legalidad constitucional (artículos 15 a 18, Ley General de la Administración Pública: el Ministerio puede decidir qué caminos hace, más o menos parejamente necesarios, siempre que al hacerlo no viole los límites de proporcionalidad, razonabilidad, utilidad, justicia, y muy importante, de igualdad y no discriminación; pero, de todos modos, una cosa es decidir, diseñar, dirigir o ejecutar obras, unilateralmente, y otra muy diferente obligarse a*

construirlas, o construirlas en cumplimiento de esa obligación.” Sentencia de la Sala Constitucional #6754-98, de las 15:36 horas del 22-9-98.

Evidentemente, la compra de electricidad a las empresas generadoras, no constituye la prestación última del servicio al usuario; por el contrario, la compra de electricidad es el medio por el cual se podrá satisfacer la demanda de los clientes, y por eso resulta impropio hablar en este supuesto de actividad ordinaria. A mi juicio, esa norma lo único que pretende es excepcionar la compra de electricidad de los procedimientos de contratación administrativa y utilizar regularmente la contratación directa, lo cual es totalmente inconstitucional, en atención al precedente judicial citado.

5) Deber de llamar a los posibles generadores interesados para que hagan sus ofertas, las cuales serán analizadas para su escogencia final con aplicación de los principios de igualdad de participación, eficiencia y libre concurrencia.

Al margen de lo dicho sobre la definición de la compra de electricidad como actividad ordinaria de CENPO, el proyecto contiene una contradicción en el mismo párrafo, pues señala el deber de llamar a los posibles oferentes. Una cosa sí es clara: tanto en el primer caso, como en éste, existe una clara intención de no utilizar nunca el procedimiento de la licitación pública, pues al decirse que la Administración llamará a los posibles interesados para que presenten sus ofertas, se está refiriendo, en opinión del suscrito, a las contrataciones por registro o restringidas; valga decir, privadas.

6) “Excepcionalmente”, para asegurar la continuidad del servicio –a juicio de CENPO–, cuando haya desinterés de los posibles generadores, o por la probabilidad de racionamiento del servicio eléctrico, CENPO puede contratar directamente la electricidad, para asegurar la continuidad del abastecimiento (artículo 36).

La norma parece innecesaria a la luz de lo que regula el artículo 35, dado que si se declare actividad ordinaria la compra de electricidad, ello basta para poder contratar directamente siempre. Pero acá –y evidentemente los redactores de la norma no manejan el concepto de “actividad ordinaria”– se dice que no obstante lo anterior, la contratación directa es excepcional y establece una serie de requisitos para que ello se autorice. Se advierte igualmente, que queda en manos de CENPO, determinar si se dan las circunstancias especiales que lo facultan para

contratar directamente la compra, sin ningún control de legalidad. En los términos de la sentencia 998-98, debería contarse con autorización de la Contraloría General de la República para ello, y en segundo lugar, si es que se está declarando como infructuoso el procedimiento licitatorio que se intentó, se requiere no sólo de dicha autorización, sino además, no podría en mi criterio utilizarse de una vez la contratación directa, sino que deben irse aliviando gradualmente los procedimientos, de forma que si la infructuosa fue una licitación pública, debe intentarse una licitación por registro y así sucesivamente, dado el carácter excepcional de la contratación directa.

II) EL PROYECTO DE "LEY DE MODERNIZACION Y FORTALECIMIENTO DE LA LEY DE CREACION DEL INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD". EXPEDIENTE LEGISLATIVO #12.695

Este proyecto contiene, como su nombre lo indica, una serie de disposiciones, cuya pretensión no es otra que modernizar la estructura organizacional del ICE, y agilizar los procedimientos por ella utilizados con frecuencia, entre los cuales están por supuesto, los de contratación administrativa.

Las normas del proyecto que serán objeto de comentarios en este trabajo, son los artículos 23 y 25 propuestos, que señalan lo siguiente:

"Artículo 23.—El Instituto Costarricense de Electricidad estará sujeto al siguiente régimen licitatorio de adjudicación de bienes y servicios, así como para la celebración de contratos de colaboración empresarial:

En materia de contratación, cualquiera que sea su naturaleza, el ICE queda autorizado para contratar en forma directa hasta por la suma de cincuenta millones de colones; mediante licitación privada cuando el monto exceda de esa suma y sea inferior o igual a quinientos millones de colones y mediante licitación pública cuando la contratación exceda de esta última suma.

La Contraloría General de la República actualizará los citados montos cada año, de oficio o a solicitud del ICE, mediante acuerdo que publicará en La Gaceta. Para ello, deberá sustentar las disposiciones en las variaciones de los índices de inflación del período y en la devaluación del colón con respecto al dólar de los Estados Unidos, según datos que

al efecto suministre el Banco Central de Costa Rica. Igualmente podrá autorizar, por medio de contratación directa, la celebración de contratos de colaboración empresarial, en los casos debidamente justificados.

La adjudicación de licitaciones tendrá recurso de revocatoria ante la Gerencia del Sector que emita las adjudicaciones en primera instancia, y recurso de apelación ante el Consejo Directivo de la Institución. En la tramitación de los recursos de aplicarán en lo que corresponda las normas procesales y los principios que contiene la Ley de Contratación Administrativa.

Es obligación del Consejo Directivo, verificar el cumplimiento de las normas formales y sustanciales que deberán observarse en el trámite de las licitaciones. Lo anterior, sin demérito de las facultades de control que en materia de Hacienda Pública otorga la Constitución Política a la Contraloría General de la República”.

“Artículo 25.—A partir de la vigencia de esta ley **no aplicarán al Instituto Costarricense de Electricidad** las siguientes leyes: Ley No. 6955 Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público y sus reformas. Ley No. 1279 Ley de Administración Financiera de la República y sus reformas, Ley No. 5225 Ley de Planificación Nacional y sus Reformas. Ley No. 7558 Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y sus Reformas. Ley No. 7010 Ley sobre Requisitos para contratar créditos internos y externos. Ley No. 7494 Ley de Contratación Administrativa. Ley No. 4646 Integración de las Juntas Directivas y Gerencias de las Instituciones Autónomas y Ley No. 5507 Modificación a la Integración de las Juntas Directivas y Gerencias de Instituciones Autónomas y Ley No. 6821 de Creación de la Autoridad Presupuestaria, la entrada en vigencia de la no aplicación de cada una de estas leyes será reglamentada por el Poder Ejecutivo.”

¿Cuáles son, en resumen, los principios que derivan de ambas normas? Veamos:

1) Se excluye expresamente al ICE de la aplicación, entre otras, de la Ley de Contratación Administrativa vigente.

Conforme a esta regla, cabe preguntarse entonces, ¿que procedimientos va a seguir el ICE en materia de contratación? ¿Es acaso que la licitación pública o privada se llevarán a cabo mediante reglas distintas?

El proyecto no establece nada al respecto, ni tampoco se prevé ninguna regla especial. Además, y paradójicamente, como veremos de seguido, el artículo 23 remite justamente a la Ley de Contratación Administrativa, para la realización de los trámites. ¿Cuál es entonces el sentido de la norma?

2) Independientemente de la naturaleza de la contratación, el proyecto establece las siguientes bandas: contratación directa, hasta cincuenta millones de colones (¢50.000.000); licitación privada, cuando el monto sea mayor a cincuenta millones, pero menor a quinientos millones; y la licitación pública cuando la contratación exceda de quinientos millones.

No puede haber inconstitucionalidad más evidente: ni siquiera el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, que fue anulado por la Sala Constitucional establecía montos tan altos, por lo que el proyecto es total y absolutamente irrazonable, al excluir prácticamente de toda contratación el procedimiento de licitación pública, a contrapelo del contenido del artículo 182 de la Constitución Política. Recuérdese que el artículo 27 en mención, establecía que la licitación pública, en el caso de instituciones como el ICE, debía llevarse a cabo cuando la contratación sobrepasara los cuatrocientos cincuenta millones, esto es cincuenta millones menos de lo que el proyecto pretende. No está de más transcribir los principales argumentos expresados por la Sala Constitucional, en la sentencia 0998-98:

“Los límites económicos fijados para que proceda la licitación pública, tal y como se dispone en el artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa, en los seis grupos establecidos con fundamento en los montos de los presupuestos de los entes públicos, efectivamente resultan excesivos, desproporcionados e irrazonables a criterio de esta Sala, en cuya fijación o determinación se omitieron estudios técnicos que respalden la elección escogida, como se evidencia de los informes rendidos por la Contraloría General de la República. Como en esencia el sistema de contratación administrativa, tanto el anterior como el que ahora se examina, se trata de organizar divisiones del todo para que, partiendo de la licitación pública, se descienda a subdivisiones atenuadas en sus requisitos; la razonabilidad de la norma debe estar informada por estudios económicos generales y por el examen de los rangos usuales por los que las distintas instituciones administrativas adquieren compro-

misos (bienes y servicios) para establecer sobre esas bases, las conclusiones y límites correspondientes para los distintos procedimientos licitatorios, en procura de la prevalencia de los principios y controles ya referidos. La Sala no deja de advertir que la determinación por vía legal de los límites económicos, dificultan la necesidad de actualizarlos, cuando la variación de las condiciones económicas del país varían; pero tampoco ignora que jurídicamente es posible que la norma jurídica de base, tenga, como en el anterior, una remisión a una facultad para que un órgano objetivo —como lo es la Contraloría General de la República, por ejemplo— haga la determinación de los límites. Pero en lo que atañe al caso concreto que se analiza, la omisión en la determinación razonable se constata con solo verificar que en un primer momento se dispuso la licitación pública para contrataciones superiores a los seiscientos millones de colones en relación con el primer grupo de instituciones públicas, límite que se bajó posteriormente a partir de los cuatrocientos cincuenta millones de colones, sin que mediara ninguna discusión ni estudio al respecto. De tal suerte que en el sistema que se acusa inconstitucional, la licitación pública se limita únicamente: 1.- a las **contrataciones superiores a los cuatrocientos cincuenta millones de colones** para las instituciones con un presupuesto anual de más de cuarenta mil millones de colones; 2.- a las **contrataciones superiores a los trescientos millones de colones** para las instituciones con un presupuesto anual que va de veinte mil millones de colones a cuarenta mil millones de colones; 3.- a las **contrataciones superiores a los ciento cincuenta millones de colones** para las instituciones con un presupuesto anual de diez mil millones de colones a veinte mil millones de colones; 4.- a las **contrataciones comprendidas entre diez millones de colones y cien millones de colones**, para las instituciones con un presupuesto anual entre cinco mil millones de colones y diez mil millones de colones; 5.- a las **contrataciones superiores a los setenta y cinco millones de colones** para las instituciones con un presupuesto anual entre cinco mil millones de colones y mil millones de colones; 6.- a las **contrataciones superiores a los cincuenta millones de colones** para las instituciones con un presupuesto anual entre quinientos millones de colones y mil millones de

colones; y 7.- en las instituciones en que el presupuesto sea inferior a los quinientos millones de colones, se remite a la tabla que dicte la Contraloría General de la República al efecto. Sobre estos límites ha dicho la Contraloría General de la República que olvidan los legisladores y la propia Procuraduría General de la República, que aún cuando las instituciones administrativas tienen un presupuesto asignado, el mismo no se dedica en su totalidad a la contratación de bienes y servicios durante el ejercicio fiscal respectivo; sus presupuestos contemplan provisiones económicas para enfrentar también a otro tipo de responsabilidades, como lo son la obligación de pagar cargas sociales —salarios, incapacidades—, los gastos personales y administrativos, así como las partidas para atender los “servicios de deuda”, entre otros; y la suma que queda disponible para la contratación administrativa es solamente un porcentaje de dicho presupuesto total, siempre minoritario. Lo anterior se constata con el Anexo 3 aportado por la Contraloría General de la República (en memorial visible a folios 435 a 489) en que se enlistan los presupuestos ordinarios para el año de mil novecientos noventa y siete, de varias instituciones del Estado, así por ejemplo, el Instituto Costarricense de Electricidad, que se ubica entre las que tienen un presupuesto de más de cuarenta mil millones de colones (primer grupo) por tener asignado un presupuesto total de doscientos dos mil millones trescientos dieciocho millones quinientos cincuenta y ocho mil colones, en el que la licitación pública procede para las contrataciones de más de cuatrocientos cincuenta millones de colones, en la partida de materiales y suministros, tienen presupuestado cuarenta y nueve mil seiscientos cinco millones quinientos dieciséis mil colones, en la partida de maquinaria y equipo, se les asignó una partida de ocho mil ochocientos cincuenta millones setenta y siete mil colones, en la partida de construcción, adiciones y mejoras, el presupuesto asignado es de cuatro mil ochenta y siete millones seiscientos treinta y un mil colones. Al Ministerio de Educación Pública, otra institución ubicada en el primer grupo por tener un presupuesto total de ciento doce mil setenta millones veinte mil quinientos colones, se le asignó un presupuesto de doscientos ochenta y cinco millones quinientos ochenta mil cien colones para la partida de materiales y suministros, un presupuesto de ciento

cincuenta y nueve millones ciento cincuenta mil colones para la partida de maquinaria y equipo, y un presupuesto de veinte millones de colones para la partida de construcción, adiciones y mejoras. Y se confirma la anterior consideración con lo expresado en memorial visible a folios 261 a 285 del expediente, en tanto señala que *"el procedimiento de la licitación pública se está reservando para las contrataciones de gran envergadura de cada ente"*, en virtud de lo cual, *"la licitación pública deja de ser el procedimiento de contratación por excelencia"*, de manera que *"los procedimientos más numerosos sean los que se tramitan a través de las licitaciones por registro y las restringidas, en los que se garantizan "plenamente", la publicidad e igualdad de participación"*, concluyendo, que en consecuencia, *"no resulta válido pregonar la idoneidad de la licitación pública como único medio para contratar, ya que no se puede establecer como regla universal"* (folios 272 y 273). Debe tenerse en cuenta que mediante Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis se reformaron los incisos c) y d) de la norma, pero manteniendo los elevados montos impugnados, inclusive, en la tercera categoría —en las administraciones cuyo presupuesto ordinario es inferior a veinte mil millones de colones pero superior a diez mil millones de colones, los montos previstos para la licitación por registro se elevaron, ya que habiéndola previsto para contrataciones que van de los veinte millones a los cincuenta millones de colones, se reformó de tal manera que se establece para las contrataciones que van de los veinte a los ciento cincuenta millones de colones, con lo que se limita aún más la posibilidad de que las contrataciones administrativas se celebren mediante el procedimiento de la licitación pública. En virtud de lo anterior, es que dentro de las competencias que tiene asignada esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se debe declarar la inconstitucionalidad de ambos textos, tanto del original del artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, como el de la reforma introducida por Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis. En virtud de esta declaratoria de inconstitucionalidad y a los efectos de evitar una grave dislocación de la seguridad y la justicia

administrativas, de conformidad con lo que dispone el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, procede graduar en el tiempo los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, y por ello, deben quedar vigentes las normas reformadas, sean los artículos 93, 94 y 95 de la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno y sus reformas, para que sea la Contraloría General de la República la que adecúe esos sistemas de contratación a los de la ley vigente y regule el funcionamiento de los límites que permiten el recurso de apelación, hasta tanto no proceda el legislador ordinario a dictar las normas sustitutivas con observancia de los principios que en esta sentencia se desarrollan...”.

De manera que a partir de lo dispuesto por la Sala, debe estarse a los montos establecidos por los artículos 93 y siguientes de la Ley de la Administración Financiera de la República, sin que pueda pretenderse restaurar mediante este proyecto, los montos excesivos ya declarados contrarios al Derecho de la Constitución.

3) Se establece expresamente la facultad de la Contraloría General de la República para actualizar los montos de las contrataciones cada año. Esto resulta válido, pero por supuesto, que el ejercicio de esa facultad no podría darse nunca, a partir de los montos desproporcionados que se pretenden establecer.

4) La Contraloría General de la República puede autorizar la celebración de contratos de colaboración empresarial por medio de contratación directa, en los casos “debidamente justificados”.

De nuevo, cabe preguntarse, ¿qué es un caso debidamente justificado? ¿quien determina esa circunstancia y bajo qué parámetros? ¿Es el ICE quien propone, o la Contraloría de oficio? Es evidente que la norma es demasiado amplia y faculta para prescindir de los procedimientos ordinarios de contratación, por cualquier causa, que pueda más o menos fundamentarse, lo cual no parece ni conveniente, ni constitucionalmente posible.

5) En materia recursiva, existe revocatoria ante la gerencia del sector que emita las adjudicaciones, y apelación ante el Consejo Directivo de la Institución, órgano este último que debe verificar el cumplimiento

de los requisitos formales y sustanciales que deberán observarse en las licitaciones, sin perjuicio de las facultades que en materia de Hacienda Pública tiene la Contraloría General de la República.

Se elimina entonces del todo, la apelación ante la Contraloría, lo cual no es posible (ver al efecto, la sentencia #998-98 de la Sala Constitucional y artículo 183 de la Constitución Política). Pero además, adviértase la contradicción en que se incurre, pues de conformidad con el artículo 25 del proyecto –ya comentado– la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa está excluida de la aplicación al ICE. ¿Es general esa desaplicación?, más aún ¿es posible disponerla?... Si no hay recurso de apelación ante la Contraloría General de la República en materia de contratación, y la propia LCA está excluida para el ICE, ¿cómo debe ejercer la Contraloría la fiscalización de los fondos públicos involucrados? En mi criterio es una manera subrepticia de impedir los controles de ese órgano, lo que convierte toda la regulación en inconstitucional.

CONCLUSIONES

El estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial precedente, permite arribar a las siguientes conclusiones generales, en punto al contenido de los proyectos de ley objeto de este trabajo. Por estar íntimamente ligadas entre sí, se formulan en forma conjunta:

- i) En ambas iniciativas, es evidente el desconocimiento de la jurisprudencia emitida por la Sala Constitucional, que definió con absoluta claridad las reglas y principios de orden fundamental que deben orientar los procedimientos de contratación en el seno del Estado.
- ii) Ambas pretenden utilizar sólo excepcionalmente, la licitación pública, y como regla general la contratación directa. Ejemplos de ello lo constituyen por ejemplo, el definir como actividad ordinaria la compra de electricidad a las empresas generadoras, por un lado, y establecer topes altísimos para la realización de las licitaciones públicas, por el otro.
- iii) Existen en ambos casos serias omisiones en punto a los procedimientos de contratación que deben utilizarse, lo que podría generar, de aprobarse por la Asamblea Legislativa, serios problemas de interpretación y gran inseguridad

jurídica, lo que sería contraproducente, en atención a la importancia de la materia regulada.

- iv) Se pretender limitar irrazonablemente –y porqué no decirlo eliminarlas– las potestades de control que debe ejercer por mandato constitucional, la Contraloría General de la República; y
- v) Se pretende otorgar amplias potestades a la Administración –CENPO, o en su caso, el Consejo Directivo del ICE– para determinar, nin ningún control de legalidad, cundo hacer contrataciones directas, independientemente del monto de las contrataciones.

En tales términos, no queda otro camino que hacer las modificaciones pertinentes en este momento, en que aún es posible corregir las deficiencias apuntadas; dado que todas ellas, involucran cuestiones de orden constitucional, que pueden dar lugar a la anulación de la ley. En este sentido, no cabe duda, ante la consistencia de las decisiones de la Sala Constitucional en estos temas, que todo el esfuerzo legislativo y de la comunidad en general por la modernización de una institución como el Instituto Costarricense de Electricidad, podría tornarse nugatorio, con las graves consecuencias que para la seguridad jurídica y el desarrollo nacional, ello implicaría.

BIBLIOGRAFIA

Asamblea Legislativa. *Expediente Legislativo #12.693*. "Proyecto de Ley General de Electricidad". Actualizado hasta el 12-11-1998. San José, 1998.

Asamblea Legislativa. *Expediente Legislativo #12695*. "Proyecto de Ley de Modernización y Fortalecimiento del Instituto Costarricense de Electricidad". Actualizado hasta agosto de 1998. San José, 1998.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia 0243-93, de las 15:45 horas del 19-01-93.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #3348-95, de las 08:30 horas del 28-6-95.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #5985-93, de las 14:18 horas del 17-11-93.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #3410-92, de las 14:45 horas del 10-11-92).

- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #0787-94 de las 15:21 horas del 8-2-94.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #6114-96, de las 15:15 horas del 12-11-96.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #1420-91, de las 09:00 horas del 24-7-91.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #1205-96 de las 09:00 horas del 15-3-96.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #3607-94, de las 15:15 horas del 19-7-94.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #0998-98, de las 11:30 horas del 16-2-98.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #6432-98, de las 10:30 horas del 4-9-98.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #6754-98, de las 15:36 horas del 22-9-98.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #496-91, de las 14:50 horas del 1-3-91.
- Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional. Sentencia #0752-93 de las 16:18 horas del 15-2-93.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #2101-91, de las 08:40 horas del 18-10-91.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #5386-93, de las 16:00 horas del 26-10-93.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #2633-93 de las 16:03 horas del 9-6-93.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia #8320-97, de las 12:12 horas del 05-12-97.
- Dromi, José Roberto. *Licitación Pública*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2ª ed. 1995, p. 710.
- Escola. Héctor Jorge. *Tratado integral de los Contratos Administrativos*. Vols. I y II. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1977.

- Rey Méndez, Renato. *Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, concordada con comentarios y pronunciamientos de la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República*. IJSA. 1ª de San José, Costa Rica. 1997, p. 279.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *El Proyecto de Ley de Contratación Administrativa (1994). Comentarios*. San José, Revista de Ciencias Jurídicas No. 78, mayo-agosto, 1994, págs. 97 a 136.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *La Ley de Contratación Administrativa, su reglamento y la Sala Constitucional*. San José, Revista de Ciencias Jurídicas No. 83, enero-abril, 1997, págs. 65 a 111.
- Romero Pérez, Jorge Enrique. *Los Contratos del Estado: medios de selección del contratista*. EUNED, 2ª ed., San José, Costa Rica, p. 229.

