

CONTRATACION PUBLICA *R* .
(Sala Constitucional, proyecto de reforma)

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^(*)
Catedrático de Derecho Administrativo;
y, Contratación Pública
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(**) Telefax (00-506) 259-4844. Apartado postal (P.O. Box) 944, Y Griega 1011.
SAN JOSE, COSTA RICA
E-mail: jorger@hotmail.com

SUMARIO:

Presentación

Introducción

A. *Temas de la contratación administrativa indicados en la jurisprudencia de la Sala Constitucional*

1. Definición del contrato administrativo
2. Competencia de la Sala Cuarta
3. Los principios constitucionales de la contratación administrativa
4. La presencia de los intereses difusos para legitimar la acción
5. Elementos que componen la libre contratación
6. Definición de la licitación pública
7. La licitación pública es la regla y el medio idóneo para contratar
8. Contraloría General de la República y la fiscalización
9. Requisitos que deben cumplir las ofertas
10. Oferta inelegible y apelación
11. Reglamentos ejecutivos
12. Garantía de participación
13. Definición de adjudicación
14. Sanciones solo por ley se pueden establecer
15. Reajuste de precios
16. Apelación ante la Contraloría General de la República
17. Derecho de apelación
18. La Contraloría debe resolver en el plazo dado
19. Funciones de la Contraloría
20. Facturas caducas
21. Reconocimiento de intereses
22. Definición de actividad ordinaria

B. Votos de la Sala Constitucional relativos a la Ley de Contratación Administrativa, su reglamento y la Ley del Banco Central

1. Artículos anulados de la Ley de contratación administrativa:

18

19

27

30

33, párrafo dos

84

87

89

109, párrafo final

2. Artículos anulados del reglamento de la Ley de contratación administrativa:

33.7

34

50.5

56.1

56.1.2.1.

56.1.2.3

59.11

76

99.3

99.4

C. Ley del Banco Central

1. Artículo anulado

a) 171, párrafos segundo, tercero, quinto y sexto

D. Aspectos que se pueden incorporar al proyecto de reforma parcial a la Ley de Contratación Administrativa

1. Ausencia de timbres

2. Nomenclatura de los medios de selección del contratista pública

3. Bandas para contratar e impugnar

4. Configuración de instituciones por bloques afines
5. La Contraloría podrá elevar montos de las bandas
6. Cobertura de la Ley
7. Procedencia del *leasing*
8. Plazos razonables para presentar ofertas
9. Claridad en cuanto a la definición de "entrega inmediata"
10. Pautas razonables para presentar impugnaciones a las adjudicaciones al pliego de condiciones
11. Normas prudentes en la ejecución del presupuesto
12. Representante de Casas Extranjeras
13. Oferente extranjero
14. Contratos típicos y atípicos
15. Principios constitucionales claramente indicados
16. Contratación directa
17. Actividad ordinaria
18. Claridad en cuanto que la licitación pública es la regla
19. Impugnación del cartel ante la Contraloría
20. Concurso de antecedentes profesionales y técnicos
21. Eliminación de la adjudicación a la baja

Conclusiones

Bibliografía de referencia

INTRODUCCION

En este ensayo se analizarán algunos votos de la Sala Constitucional que tienen relación con la contratación administrativa de derecho público.

Agradezco al letrado de la Sala Constitucional, abogado Hubert Fernández Argüello, el haberme facilitado la compilación de votos de la Sala que realizó con el título de *La contratación administrativa en la jurisprudencia constitucional costarricense* (San José: IJSA, 1998).

He dividido este trabajo en cuatro secciones:

A. Aquí presento algunos de los temas importantes en materia de contratación administrativa que han sido señalados por la Sala Constitucional en sus diversos y numerosos votos.

B. Presento los votos de la Sala Cuarta que tienen relación con la Ley de contratación administrativa y su reglamento

C. Se analiza la anulación de los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del artículo 171 de la Ley del Banco Central.

D. Debido a que se anularon, por la Sala Cuarta, varios numerales de la Ley y el reglamento de la contratación administrativa, se hace necesaria una reforma parcial de ambos cuerpos jurídicos, por lo que —con la experiencia que tuve de integrar la comisión dirigida por el diputado abogado Ovidio Pacheco Salazar, durante los meses de octubre a diciembre de 1998, elaboré una lista de temas que considero necesario incluir en esa reforma parcial congruente con los criterios de la Sala Constitucional.

Hago la observación que en el Alcance No. 1 a La Gaceta No. 13 del miércoles 19 de enero de 1994, publicó el proyecto de ley de contratación administrativa, expediente No. 11.840, del diputado Pacheco Salazar —al finalizar su gestión como diputado— 1999 a 1994. Este proyecto fue desechado por la legislatura que se inició en 1994, aprobando la ley de 1995, que impugné con éxito —junto con la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras. Actitud que mantuvimos respecto del artículo 171 de la Ley del Banco Central, que estimamos, al igual que la Sala Cuarta que era inconstitucional.

Agregar aquí que la experiencia citada facilitó que escribiera antes una crítica al proyecto de 1995 y luego a la ley vigente a partir de 1996.

A. TEMAS DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA INDICADOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL

1. Definición del contrato administrativo

El contrato administrativo es distinto al contrato civil. Su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración Pública, destinado a satisfacer funciones esenciales del Estado, es decir, fines públicos; disfrutando la Administración de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución, etc.) llamadas cláusulas exorbitantes, que se fundan en el interés público (**voto 6432-98**).

Este convenio es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones y por ello sinalagmático, celebrado entre un órgano del Estado —en ejercicio de las funciones administrativas que le competen— con otro órgano administrativo, un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas (**voto 1205-96**).

2. Competencia de la Sala

La Sala Constitucional tiene competencia en esta materia cuando está de por medio derechos y libertades fundamentales (**voto 1205-96**).

3. Los principios de la contratación administrativa constitucional tienen rango constitucional

Los principios que regulan la contratación administrativa tienen rango constitucional.

Esos principios, *numerus apertus*, son: competencia, seguridad, igualdad, transparencia, libre, abierta y amplia participación; eficiencia, publicidad, equidad, reajuste de precios, igualdad de oportunidades, control de los procedimientos, buena fe, mutabilidad del contrato, intangibilidad patrimonial, disponibilidad presupuestaria, equilibrio de intereses, libertad de concurrencia, formalismo de los procedimientos licitatorios (**votos 3348-95, 8320-97 y 998-98**).

4. La presencia de los intereses difusos para legitimar la acción

Al comprometerse fondos públicos, el control que se ejerza sobre ellos, sin lugar a dudas, es un asunto de orden público, por tanto en el presente asunto se está en presencia de los llamados intereses difusos (**voto 998-98**).

5. Elementos que componen la libre contratación

Los elementos que componen la libre contratación son:

Libertades en la escogencia del objeto del contrato, pare elegir al co-contratante con la Administración, de la determinación del precio y el equilibrio de las posiciones de ambas partes (**voto 1205-96**).

6. Definición de la licitación pública

Es el medio idóneo para la selección del co-contratante de la Administración y un procedimiento para garantizar el interés público (**votos 1205-96 y 998-98**).

7. La licitación pública es la regla y el medio idóneo para celebrar la contratación administrativa, al tenor del artículo 182 de la Carta Magna

Siendo la licitación la regla y el medio idóneo para realizar la contratación administrativa, al seleccionar al adjudicatario de un contrato administrativo, la licitación privada –en sus acepciones actuales de licitación restringida y por registro– y la contratación directa son medios excepcionales como mecanismos de selección del contratista público (**votos 3348-95, 1205-96, 1490-92, 998-98 y 6754-98**).

8. Contraloría General de la República y una de sus facetas de fiscalización

Al tenor del artículo 30 de la Ley de contratación administrativa, si la Administración prefiere usar un mecanismo menos riguroso para seleccionar el contratista público, tiene que contar con la autorización de la Contraloría General de la República (**voto 998-98**).

9. Requisitos que deben cumplir las ofertas, plicas o propuestas

Formales: Por ejemplo, la comprobación de personerías de los firmantes, declaraciones juradas, certificaciones, poderes.

Comerciales: Por ejemplo, validez y presentación de los precios, plazos de entrega, forma de pago, descuentos, seguros, transporte.

Técnicos: Por ejemplo, descripción del objeto cotizado.

Referencias: Por ejemplo, catálogos, literatura, atestados del oferente, historial del cotizante (**voto 1420-91 y 998-98**).

10. Oferta inelegible y apelación

También el que presenta una oferta inelegible puede apelar el acto de adjudicación (**voto 787-94**).

11. Reglamentos ejecutivos

Solo el Poder Ejecutivo (Presidente y el Ministro del ramo respectivo, artículo 140, inciso 3 de la Carta Magna) tiene la potestad de reglamentar las leyes (**voto 998-98**).

12. Garantía de participación

La garantía o caución de participación por el hecho de que sea aceptada por la Administración no legitima la oferta; a la vez, que es inconstitucional la existencia de ofertas flotantes (**voto 998-98**).

Esta garantía avala la solemnidad de la oferta, es una señal precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato o su cumplimiento, como medida cautelar de la responsabilidad del oferente, es un presupuesto de la oferta (**voto 998-98**).

13. Definición de la adjudicación

La adjudicación es el acto de la Administración Pública, por el cual decide cuál es la oferta más conveniente y la acepta, dándose acuerdo de voluntades de la cual 3344 nace el contrato administrativo (**voto 1205-96**).

14. Sanciones solo por ley se pueden establecer

Mediante reglamento no se pueden establecer sanciones, ya que viola el principio de reserva de ley y constituye una restricción ilegítima a la libertad de contratación (**voto 6114-96**).

15. Reajuste de precios

El contratista tiene derecho a la realización íntegra del objeto del contrato y a recibir las compensaciones (precios y demás beneficios acordados).

El reajuste de precios no constituye una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino más bien, un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino, es decir, el pago integral del precio, para que no exista ni perjuicio para el contratista ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado (**voto 6432-98**).

El reajuste de precios proceden aún sin la existencia de una norma legal que les dé contenido; y, si ésta existiera, pero no llena las aspiraciones de equidad y de justicia, las partes están autorizadas para sustituir el sistema, sin que por ello, se quebrante el llamado principio de legalidad, en aras de obtener esos valores.

La confusión radica en querer pretender que el Estado pueda manejar antojadiza o discrecionalmente la institución de los reajustes de precios, creando leyes, decretos, reglamentos, y fórmulas, libremente, sin sujetarse a los principios esenciales que la informan y reconociéndole a la contraparte, sólo y solamente lo que él estima debe pagarle.

Es ésta una concepción equivocada del principio de intangibilidad patrimonial y de su desarrollo por medio de los reajustes de precios. Los mayores costos deben reconocerse íntegramente, son irrenunciables y no requieren desarrollo legislativo **(voto 6432-98)**.

La paralización por falta de contenido económico, por parte de la Administración, de la ejecución del contrato, sería deshonesto, falta de ética y de fundamento legal.

La Administración debe soportar las consecuencias de su propia conducta negligente o culposa, liberando al co-contratante de su responsabilidad.

La Administración puede autorizar la reanudación del contrato, actualizando plenamente el nivel financiero pactado, para readecuarlo a la nueva situación económica.

Los costos fijos y los de administración, los directos e indirectos son parte integrante del precio y están sujetos a los reajustes, siendo inconstitucionales las normas que los excluyen de la revisión de precios **(voto 6432-98)**.

Todo lo anterior es derivación lógica y jurídica de la responsabilidad conjunta de la Administración y del servidor público, en razón de que no es constitucionalmente posible que se celebren contratos administrativos sin el respectivo contenido financiero **(voto 6432-98)**.

16. Apelación ante la Contraloría

Los montos elevadísimos de la Ley de contratación administrativa para interponer apelaciones de los actos de adjudicación, constituye un límite irrazonable y conculcatorio del derecho de defensa y de acceso a la justicia pronta, cumplida y sin denegación **(voto 998- 98)**.

17. Derecho a la apelación

El establecer la pérdida de la garantía de participación como sanción por que no prospere el recurso de apelación, es inconstitucional (**voto 998-98**).

18. La Contraloría debe resolver en el plazo dado

Es inconstitucional establecer que si la Contraloría no resuelve la apelación en el plazo dado, el efecto es que se mantiene la adjudicación, rechazándose la impugnación al acto de adjudicación (**voto 998-98**).

19. Funciones de la Contraloría

La Contraloría General de la República, con rango constitucional, tiene una relación con los fondos públicos, de fiscalización superior, jurídica y financiera; ejerce el control superior de la hacienda pública y la dirección sistema de fiscalización (**votos 2398-91, 2340-94, 5119-95, 2632-95 y 998-98**).

20. Facturas caducas

Es inconstitucional lo que establece el artículo 18 de la Ley de contratación administrativa: tener como caducas aquellas facturas de reajustes presentadas después tres meses de presentada la factura de la obra, servicio o suministro respectivo. Ninguna obligación civil o mercantil está sujeta a un plazo, como tampoco lo existe en relación con las deudas del contratista con la Administración (**voto 6432-98**).

21. Reconocimiento de intereses

Es inconstitucional lo que dispone el artículo 19 de la Ley de contratación administrativa: por atrasos en el pago de sus obligaciones, la Administración reconocerá intereses cuando la mora exceda de los noventa días naturales.

Es inconstitucional porque confisca la renta por tres meses y le da un trato diferenciado al Estado en relación con las obligaciones tributarias (**voto 6432-98**).

22. Definición de actividad ordinaria

Es 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 la contratación. Constituye la prestación o final que la Administración hace frente a los usuarios (**voto 8320-97**).

B. VOTOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL RELATIVOS A LA LEY DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA, SU REGLAMENTO Y LA LEY DEL BANCO CENTRAL

1. Ley de contratación administrativa

La Sala Constitucional anuló varios artículos de esta ley, ellos los siguientes:

Artículo 18.—Anulado en cuanto indicaba que no se admitirán para su trámite y se tendrán por caducas las facturas por reajustes de precios, después de tres meses de presentada la factura de obra, servicio o suministro correspondiente.

La Sala consideró que esta norma es inconstitucional, ya que ninguna obligación civil o mercantil está sujeta a un plazo, como tampoco lo existe en relación con las deudas del contratista con la Administración (**voto 6432-98**).

Y, además que el derecho a los reajustes de precios no es una concesión de la Administración, sino un derecho del contratista, que no requiere de una ley que se lo concede porque es un derecho constitucional que está inserto en el artículo 182 de la Carta Magna (*véase los puntos 16 y 21 sobre reajustes de precios y facturas caducas de la parte A de este ensayo, voto 6432-98*).

Artículo 19.—La Sala también anuló este numeral por inconstitucional, que desconocía el pago de intereses durante un plazo de 90 días naturales, lo que significaba un enriquecimiento ilícito para el Estado y un daño para el contratista, violando el principio de igualdad que el Estado no le concedía al administrado ninguna prórroga en los pagos que le debía hacer (*ver el punto 22 de la parte A de este ensayo, voto 6432-98*).

Artículo 27.—Establecía los montos para efectuar las contrataciones, al tenor de la cuantía de los presupuestos de las instituciones estatales.

La Sala remitió a la escala de la anterior Ley de administración financiera de la República y autorizó a la Contraloría General de la República para que publicara en La Gaceta la nueva escala de contrataciones, lo cual se hizo en la Gaceta del 1° de setiembre de 1998.

Esta anulación la hizo la Sala bajo el criterio de que los montos tan altos para realizar la licitación pública, la convertían en la excepción, privilegiando el uso de la licitación privada (restringida y por registro) y la contratación directa; con lo cual invertía el mandato constitucional del

numeral 182 que obliga a contratar, como regla y medio idóneo, a través de la licitación pública (**voto 998-98**).

Así, la Sala restituyó a la licitación pública en su lugar de ser el medio frecuente, idóneo, genérico y la regla para seleccionar el contratista público.

De este modo, la licitación privada (restringida y por registro) y la contratación directa, como medios de selección del contratista público, excepcionales y para montos económicos menores que los que se tramitan por el concurso público.

Artículo 84.—Con ese criterio, la Sala anuló este numeral, ya que impedía presentar apelaciones de las adjudicaciones de licitaciones públicas ante la Contraloría General de la República, por los montos financieros tan altos, que daba una realidad en la cual pocas de esas adjudicaciones podían ser impugnadas ante el ente fiscalizador (**voto 998-98**).

En la citada escala publicada por la Contraloría en La Gaceta del 1º de setiembre de 1998, ya se pueden impugnar más adjudicaciones de licitaciones públicas ante la Contraloría, para darle así una dimensión constitucional a esta situación y a la vez proteger los derechos de los oferentes ante el acceso a la justicia y la protección de los fondos públicos.

Artículo 30.—Este numeral dice se puede modificar el procedimiento de una licitación para realizarlo por otro medio menos riguroso.

La Sala afirmó que esa modificación, requiere necesariamente la autorización de la Contraloría General de la República (recordemos que la **autorización** siempre es previa y que la **aprobación** es posterior a la vigencia del acto administrativo). (Ver **Boletín de la Sala Constitucional** de setiembre de 1998, pág. 11, **voto 998-98**).

En este aspecto hay que hacer la indicación de que la letra de este numeral es omisa en cuanto a la indicación que hace la Sala de la necesaria intervención de la Contraloría. En este punto concuerdo con el criterio de la Sala: es necesario la autorización (que siempre es previa; la aprobación es posterior) de la Contraloría para "aliviar" los procedimientos licitacionales (o -degradación-) (**voto 998-98 y voto interlocutorio 565-98**).

Artículo 33, párrafo dos.—Quedó anulada la disposición que decía que la oferta se legitimará por la garantía de participación, aceptada por la Administración.

La Sala consideró que esta caución o garantía de participación no podía legitimar toda la oferta cotizada, ya que la propuesta o plica tiene muchos aspectos además de esta caución, que no pueden quedar convalidados por esa aceptación de la citada garantía (**voto 998-98**).

Artículo 87.—Esta norma decía que 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.

La Sala consideró que no podía castigarse económicamente a quien ejercía —jurídicamente— el derecho a impugnar.

Resulta inconstitucional esta disposición al constituir una verdadera sanción económica al ejercicio de un derecho fundamental, misma que resulta desproporcionada e irrazonable al limitar el acceso a la justicia administrativa y a que un órgano imparcial —la Contraloría General de la República— revise los actos de adjudicación de la Administración activa, derechos que encuentran fundamento en lo dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales (**votos 1420-91 y 998- 98**).

Artículo 89, párrafo final.—Esta norma decía que si la Contraloría General de la República no resolvía en el plazo de ley, la apelación a una adjudicación de una licitación pública, el acto adjudicatario se tendría por confirmado automáticamente.

La Sala estimó que esta norma es inconstitucional porque es una denegación de justicia, viola el deber de la Contraloría de resolver la impugnación y perjudica arbitrariamente al que presentó la apelación, que tiene derecho a que sea analizada y resuelta (**voto 998-98**).

De acuerdo con el *artículo 89* de la **Ley de la jurisdicción constitucional** que manda:

La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma o ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por reflexión o consecuencia, así como la de los actos de aplicación cuestionados.

Los **votos** de la Sala Constitucional (**S.C.**) **687-91, 989-93 y 2478-94** así lo ratifican.

Por esta razón, el *artículo 30, párrafo dos*, de la **Ley de la Contraloría General** está declarado inconstitucional.

Artículo 30, párrafo segundo:

En el caso de que la Contraloría no resuelva o no se pronuncie dentro del plazo legal o reglamentariamente establecido, en relación con los recursos de apelación en licitaciones públicas, el acto de adjudicación se tendrá como válido y eficaz.

Esta norma es la misma del artículo 89, párrafo final expresamente derogado por este **voto 998-98 (S.C.)**

En el mismo sentido, el **voto 1561-99 (S.C.)**, consulta de la Sala Segunda respecto del artículo 18, ch, del estatuto del Servicio Judicial.

En el sentido siguiente: cuando la Sala Cuarta declara inconstitucional una norma, queda derogada para todo el ordenamiento jurídico.

Artículo 109, párrafo final.—Se ratifica por la Sala, el mandato constitucional de que la reglamentación de las leyes solo la podrá hacer el Poder Ejecutivo (artículo 140, inciso tercero de la Carta Magna), quedando anulado este párrafo final que pretendía dar lugar a que las administraciones reglamentaran esta ley.

Y, en cuanto al párrafo segundo de este numeral que atañe a la emisión de reglamentos complementarios, la Sala precisa que sólo y nada más se refieren a los reglamentos de organización y servicios; y, no, a los reglamentos ejecutivos (**voto 998-98**).

2. **Reglamento de la Ley de contratación administrativa**

La Sala Constitucional anuló varios artículos del reglamento, ellos son los que se indican a continuación:

Artículo 33.7.—*Cuando se hubiere pedido, la garantía de participación aceptada por la Administración legitimará la oferta presentada.*

El **voto 998-98** consideró que la garantía, aval o caución de participación es uno de los elementos que integran la oferta. De tal modo que su aceptación por la Administración NO legitima la oferta en su totalidad, ya que pueden existir vicios graves en otros factores o elementos de la propuesta.

Artículo 34.—Garantía flotante

Esta norma daba la posibilidad de que la *Administración reglamentara esta clase de garantías para que respaldaran la participación de un mismo oferente en distintos concursos.*

La Sala anuló esta norma por considerar que:

- Cada concurso debe tener su propia garantía de participación.
- Es inconstitucional que la Administración reglamente esta situación, ya que solo el Poder Ejecutivo puede reglamentar las leyes (norma 140, incisos 3 y 18 de la Carta Magna).
- No puede existir una sola garantía de participación que cubra una diversidad de concursos indeterminados.

Artículo 50.5.—Ofertas sin firma o firmada por persona legalmente para ello no facultada

La Sala consideró que esta norma es nula porque viola los principios constitucionales de la contratación administrativa insertos en el artículo 182 de la Carta Magna (**voto 998-98**).

Artículo 56.1.—Inmutabilidad de la oferta

La Sala consideró que los defectos sustanciales, materiales o de fondo no pueden ser saneados, porque ello vulnera el principio de la inmutabilidad de la oferta en aspectos esenciales o fundamentales (**voto 998-98**).

Artículo 56.1.2.1.—Plazo garantía de participación

La Sala indicó que esta norma es nula, ya que no se puede subsanar el plazo de vigencia de la garantía de participación, porque es un aspecto substancial de la propuesta; además de que esa garantía avala la solemnidad de la oferta, constituye su presupuesto; del mantenimiento de la garantía depende la validez de la plica o propuesta. Por vía reglamentaria no puede darse esta subsanación (**voto 998-98**).

Artículo 56.1.2.3.—Plazo de vigencia de la oferta

La Sala afirmó que el plazo de vigencia de la oferta no se puede sanear, por ser un elemento esencial e invariable de la plica u oferta. Mediante la vía reglamentaria no puede darse este saneamiento (**voto 998-98**).

Ambas disposiciones (*artículo 56.1.2.1 y 56.1.2.3.*) violan los principios constitucionales rectores de la contratación administrativa (**voto 998-98**).

Artículo 59.11.—Impugnación de la apelación (*in fine*).

La Sala afirmó (**voto 998-98**) que esta norma es nula:

Cuando la adjudicación se comunique por notificación, se deberá realizar a todos los interesados dentro de los tres días hábiles siguientes a la firmeza de la adjudicación.

Es nula esta disposición porque viola los numerales 27 (libertad de petición) y 41 (libertad de acceso a la justicia) de la Carta Fundamental, pues permite la notificación de la selección del contratista una vez que ella se encuentra firme; es decir, cuando ya no tiene posibilidad de ser impugnada.

Lo jurídico, es que a partir de la notificación empieza a correr el plazo para su impugnación y por tanto no está firme esa selección. La redacción de esa disposición era un absurdo y manifestaba un error grave en el conocimiento de la preclusión o proceso pre-contractual administrativo.

Primero debe ser entendido de manera que NO obstaculice ni impida la impugnación de la adjudicación en las licitaciones, en

aplicación de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política (**voto intercolutorio 565-98**).

Artículo 76.—Actividad ordinaria

La Sala (**voto 6754-98**) *anuló el numeral 76.2.2* que calificaba como actividad ordinaria la venta de bienes adjudicados por la Administración como consecuencia de la ejecución de garantías o el pago de obligaciones.

A la vez que, respecto del *numeral 76.1 y 76.2.1* afirmó que actividad ordinaria es el servicio o actividad 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.

En este caso concreto, la Sala estableció que no es posible excepcionar la impresión de billetes o de otros valores o la acuñación de monedas de los procedimientos ordinarios de la contratación administrativa por constituir actividad ordinaria del Banco Central, porque no lo es. Eso sí, es posible que este banco haga una **contratación directa** en esos casos por razones de seguridad pública e interés público.

De acuerdo con el **artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional** (téngase presente lo escrito en relación con el artículo 89, in fine de la L.C.A., 30 de la Ley de la Contraloría General de República manda:

La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma o ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia, así como la de los actos de aplicación cuestionados.

Los **votos** de la Sala Constitucional **687-91- 989-93 y 2478-94** así lo ratifican; especialmente el **voto 1561-99**, tal y como se indicó.

Por esta razón, el **artículo 72 de la Ley del Sistema Bancario Nacional**, está declarado inconstitucional:

Artículo 72

La venta de los bienes y valores que fueren transferidos a un banco en pago de obligaciones a su favor, o que le fueren adjudicados en remates judiciales, será considerada como actividad ordinaria del ente.

De acuerdo al **voto 6754-98**, es probable que la acción de inconstitucionalidad presentada por la Contraloría General de la República contra el decreto ejecutivo No. 25311-MOP (expediente de la Sala Constitucional No. 4753-96) sea declarado con lugar, ya que la Administración abusó del concepto de **actividad ordinaria**, al calificar así el arreglo de calles, corta de maleza, etc.

En igual sentido, dicha Contraloría presentó una acción de inconstitucionalidad contra decretos ejecutivos que abusaron del concepto de **urgencia o emergencia** para evadir los controles y los procedimientos de la Ley de contratación administrativa, como en el caso anterior del decreto ejecutivo No. 25311-MOPT. La Sala Cuarta anuló esos decretos (**voto 3410-92**).

Cabe aquí informar que por oficio No. 107 del 7 de enero de 1998, la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República hizo un análisis de la procedencia de los casos establecidos por la Ley de la materia, en torno al tema de la **contratación directa**.

Artículo 99.3.—Resolución de la Contraloría

Esta norma fue declarada nula por la Sala (**voto 998-98**) ya que consideró violatorio de los numerales 27 (libertad de petición) y del 41 (acceso a la justicia) el castigar a un apelante al hacer uso de su derecho constitucional de impugnar. La Contraloría podía estimar que una apelación era temeraria o antojadiza y en consecuencia indicar que el apelante perdía por ello su garantía de participación.

La Sala estima que la pérdida de esa garantía, es una sanción económica al ejercicio de un derecho fundamental, misma que resulta desproporcionada e irrazonable al limitar el acceso a la justicia administrativa y a que un órgano imparcial —la Contraloría General de la República— revise los actos de adjudicación de la Administración activa, derechos que encuentran fundamento en lo dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales. Mediante **voto 1420-91**, ya la Sala afirmó que es inconstitucional imponer sanciones de orden patrimonial en lo que se refiere al acceso a la justicia administrativa.

Artículo 99.4.—Contraloría y plazo para resolver (del reglamento) y numeral 89 de la Ley de contratación administrativa

La Sala declaró nula (**voto 998-98**) la disposición que establecía que si la Contraloría no resolvía en tiempo una apelación, la respectiva adjudicación impugnada, quedaba automáticamente firme.

La Sala afirmó que esa disposición es inconstitucional porque viola los artículos 27 (libertad de petición) y 41 (acceso a la justicia) de la Carta Magna, porque aquella norma implica una denegación de justicia, ya que permite que la Contraloría no resuelva; y, por otro lado, sanciona al apelante, pues se le rechaza su apelación y se da por confirmada la adjudicación que impugnó, dándose una burla a la justicia (**votos 1206-96, 7277-94**, de los muchos votos que se citan en esta resolución **998-98**).

ARTICULO 171 DE LA LEY DEL BANCO CENTRAL

La Sala Constitucional anuló, por inconstitucionales los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del **artículo 171 de la Ley del Banco Central (voto 5947-98)**. Este voto no ha sido notificado al momento de escribir este ensayo.

Este **artículo 171**, era el marco legal de los bancos públicos para realizar la contratación administrativa.

Ahora, el marco legal citado es la ley de contratación administrativo, su reglamento y las bandas contractuales que publicó la Contraloría General de la República en La Gaceta del 1° de setiembre de 1998.

Párrafos anulados

Primero

En materia de contratación, cualquiera que sea la naturaleza, los bancos de derecho público, quedan autorizados para contratar:

- *En forma directa hasta por la suma de 40 millones de colones.*
- *Mediante licitación privada o licitación por registro, cuando el monto exceda esa suma y hasta 300 millones inclusive.*
- *Por licitación pública cuando la contratación exceda esa última suma.*

Segundo

La Superintendencia general de entidades financieras (Sugef) podrá elevar esos montos, cada año, de oficio o a instancia de cualquiera de los bancos estatales, mediante acuerdo que publicará La Gaceta.

Para ello, deberá sustentar la disposición en las variaciones de los índices de inflación del período, según los datos que al efecto, le suministre el Banco Central de Costa Rica.

Los procedimientos establecidos en la normativa de contratación, no serán de aplicación para estas entidades, pero sí lo serán sus principios.

Tercero

El acto administrativo de adjudicación en licitación pública tendrá recurso de apelación ante el Consejo de la Superintendencia general de entidades financieras y el acto recaído en la licitación restringida sólo tendrá recurso ante el banco que promueve el concurso.

Quinto

Los contratos que celebren los bancos estatales en materia de contratación administrativa deberán ser refrendados por el auditor interno de cada banco.

Sexto

Cada banco emitirá su propio reglamento, por medio de su Junta Directiva. Cada reglamento deberá ser aprobado por la Superintendencia general de entidades financieras (Sugef).

De conformidad con el conocimiento de los más de 50 votos de la Sala Constitucional en materia de contratación administrativa, podría dar un razonamiento de por qué esta Sala declaró inconstitucionales esos párrafos del numeral 171 de la Ley del Banco Central.

Respecto del párrafo primero:

Es el mismo que dio la Sala (**voto 998-98**) para declarar inconstitucionales los artículos 27 y 84 de la Ley de contratación administrativa: los topes financieros para realizar la licitación pública e impugnar sus actos de adjudicación, son tan altos que convierten a la licitación pública de la regla —al tenor del *artículo 182 de la Carta Magna*— en la excepción, ya que es una minoría de negocios del Estado, que se efectuarían mediante ese concurso público. En la práctica se eliminaría la licitación pública para favorecer la licitación privada (por registro o restringida) y la contratación directa, que carecen de impugnación ante la Contaduría General de la República, que es el órgano constitucional encargado de la fiscalización jurídico-contable de los fondos públicos (*artículos 183 y 184 de la Carta Magna*).

Respecto del párrafo segundo:

Nada tiene que hacer *la Sugef* en materia de contratación administrativa y la fiscalización de los fondos públicos, pues esta tarea constitucional se le asigna a la Contraloría General de la República (*numerales citados 183 y 184*).

Respecto del párrafo tercero:

Se violan con ello los principios constitucionales de la contratación administrativa insertos en el *artículo 182 de la Carta Fundamental* y los numerales indicados *183 y 184 de esta Carta*, pues marginan a la Contraloría General de la República en sus funciones de control y fiscalización de los fondos públicos (hacienda pública), siendo de relevancia indicar que las apelaciones de los actos de adjudicación de las licitaciones públicas corresponde presentarlas ante la Contraloría citada.

Respecto del párrafo quinto:

Igualmente se marginan las funciones constitucionales de la indicada Contraloría, la cual es a la que le corresponde otorgar o no el mencionado refrendo a los contratos administrativos.

D. TEMAS QUE SE PUEDEN INCORPORAR AL PROYECTO DE REFORMA A LA LEY DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA

- 1) Eliminación de toda clase de **timbres** en los trámites de presentar oferta y en la presentación de recursos o impugnaciones, ya sea al cartel o al acto de adjudicación.
- 2) En cuanto a la **nomenclatura** de los medios de selección de contratista pública, usar el lenguaje de:
 - a) Licitación pública
 - b) Licitación privada
 - c) Concurso de antecedentes (para personal profesional o técnico, en donde no exista una relación laboral jerárquica propia).
 - d) Contratación directa

- 3) Establecer las **bandas para contratar**; y, para **impugnar los actos de adjudicación**, con base en los porcentajes de los presupuestos de las instituciones que se dedican efectivamente a la contratación administrativa.
- 4) Se podrían fijar bloques de instituciones afines, como es el caso de los bancos estatales, para los efectos de establecer esas bandas, de modo complementario al criterio puramente presupuestario arriba citado (punto 3).
- 5) **La Contraloría podrá elevar esas bandas**, en sus montos, de acuerdo al porcentaje de la devaluación acumulada al 31 de diciembre de cada año.
- 6) En cuanto al **artículo primero de la ley** se debe establecer claramente si Refinadora Costarricense de Petróleo (Recope), el Banco Popular, el ICE, los bancos estatales, por ejemplo, están incluidos en la cobertura de esta ley, bajo la expresión:

Todas las instituciones públicas, estatales y no estatales deben ajustarse a esta ley.

Breve excursus sobre la huida del Derecho Público

Cabalmente, existe una presión fuerte de estas instituciones para salirse de la Ley de contratación administrativa, con el argumento de la modernización, la competencia del sector privado, la eficiencia, etc. Esta **privatización** de sectores regidos por el Derecho Público, es lo que se conoce hace varios años como la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado, dejando a los fondos públicos sin controles efectivos y quitándole ese régimen de derecho público a esas instituciones cuyos fines son generales, sociales, públicos y de interés social o colectivo.

Esta **privatización** y des-publicitación (la palabra cliché que usan los neoliberales, es la de "desregulación") de entidades públicas se ha dado en correos, mediante la **Ley de correos** No. 7763 del 24 de abril de 1998, que ahora están administrados por una empresa privada sociedad anónima.

El Sindicato Nacional de Comunicaciones presentó una acción de inconstitucionalidad ante la Sala respectiva, la cual fue rechazada mediante el **voto 517-I-98**, aduciendo la Sala (Considerando VII) que la fiscalización de la Contraloría General de la República se ejercerá. Este aspecto la Sala lo trata respecto de una fiscalización general sobre esta empresa privada (correos SA), pero **ausente** en lo que se trata —cabalmente— de todo el régimen de contratación de esta sociedad

anónima, que ya no se hace mediante la ley de contratación administrativa (ya que son **fondos públicos** los que se invierten, por millones al año), sino mediante el Código Civil o el Comercial.

Por ese **voto** interlocutorio **517-98**, la **Sala Cuarta** admitió el análisis de la acción de inconstitucionalidad en lo referente a que la ley manda que un representante de la Cámara de Comercio tiene su asiento en la Junta Directiva de Correos S.A. (*Considerando X*), en detrimento del principio de igualdad consagrado en el artículo 33 de la Carta Magna, pues las otras cámaras patronales, sindicatos, cooperativas, etc., quedan excluidos de formar parte de esa Junta Directiva (artículo 7 de la **Ley de Correos de Costa Rica S.A., No. 7768-98**).

En ese mismo **voto 517-98**, la indicada Sala afirma que en lo referente al artículo 16 de esa **Ley No. 6678-98**, en cuanto a los controles de Correos de Costa Rica, S.A., ésta queda sometida a la supervisión que ejerce la Contraloría General de la República sobre la hacienda pública en general, permitiendo controles de aprobación y fiscalización de la ejecución y liquidación presupuestaria. Además el control anual, como mínimo; y, la posibilidad de vigilar todos los actos y gestión de la empresa Correos de Costa Rica, S.A., en cualquier momento, usando los cualquiera de los instrumentos de vigilancia con que cuenta esa Contraloría (*Considerando VII*).

Otro aspecto importante en este asunto, está representado por la **Resolución 77-99** (8 de marzo de 1999) de la **Contraloría General de la República**, por la cual se afirma:

A) La Contraloría tiene competencia para conocer el recurso presentado por Motocicletas del Futuro S.A., contra la adjudicación de motos hecha por la empresa pública de derecho privado **Correos de Costa Rica S.A.** [se aclara aquí que es empresa pública porque pertenece al Estado; y, en cuanto a su régimen jurídico, atañe al derecho privado] ya que el artículo 183 de la Carta Fundamental así lo faculta por ser un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa, en el control superior de la hacienda pública; y, rector del sistema de fiscalización al tenor de la Ley de la propia Contraloría, sistema que incluye la facultad de intervenir en los procedimientos de contratación administrativa, como así lo confirman los **votos de la Sala Constitucional 998-98, 2398-91, 4013-92, 2633-93, 5386-93, 1205-92, 3495-92**, entre otros.

La Contraloría anuló la adjudicación efectuada a favor de SAVA, mediante contratación directa 8-98, entre otros aspectos, por violar reiteradamente el cartel y atropellar los principios de igualdad de trato, legalidad, transparencia de los procedimientos y de seguridad jurídica.

Lo importante de esta **Resolución 77-79 del 8 de marzo de 1999**, es que la Contraloría General de la República, afirmó que tiene competencia para conocer de los recursos, denuncias o quejas se presenten (y, aún de oficio), contra actos de adjudicación en materia de contratación administrativa, aunque se trate de empresas públicas sujetas al derecho privado, ya que los fondos que manejan estas empresas son públicos, a pesar de que el artículo 16, a) de la Ley de Correos de Costa Rica S.A., indica que este ente no está sujeto a la Ley de la contratación administrativa.

Se pueden consultar también las Resoluciones de esa Contraloría **50-97 y 277-97**.

Para el 1° de abril de este año se informó que Correos de Costa Rica S.A. readjudicó solo 47 motos a la apelante exitosa (Motocicletas del Futuro) de las 150 que había adjudicado a SAVA, decidiendo realizar otra contratación posteriormente sobre motos de más cilindrada (*La Nación* de esa fecha).

Otro sector público privatizado fue la transformación de la empresa de servicios públicos de Heredia en una empresa privada, en una sociedad anónima, por medio de la Ley No. 7789, publicada en La Gaceta No. 100 del 26 de mayo de 1998, la cual derogó la Ley constitutiva de esa empresa pública, No. 5889 del 8 de mayo de 1976.

En esta lista que pretende ser larga para ir ocupando una zona cada vez mayor de las entidades de derecho público, está el ICE.

Así se lee en el proyecto de modificaciones parciales a la Ley de creación del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) ley que mandó el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo, en setiembre de 1998, lo siguiente:

Se adicionan cuatro nuevos artículos:

Artículo 23

El ICE estará sujeto al siguiente régimen licitatorio de adjudicación de bienes y servicios, así como a 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 50 millones de colones, por licitación privada cuando el monto exceda de esa suma y sea inferior o igual a 500 millones de colones; y, por licitación pública cuando la contratación exceda a esos 500 millones.

Violación manifiesta a lo establecido en el **voto** analizado **998-98** de la Sala Cuarta. Esta proyectada norma es abiertamente inconstitucional.

Párrafo tercero de ese numeral 23:

La adjudicación de las 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 del ICE.

El ICE podrá autorizar por medio de la contratación directa, aquellos contratos de colaboración empresarial.

Se tiene que recordar el voto 998-98, respecto de que las licitaciones públicas tienen apelación ante la Contraloría General de la República y de la *conditio sine qua non* de la autorización de contrataciones directas a cargo de esta Contraloría; nunca, a merced de la propia institución interesada (ICE).

Por ello, el **artículo 25 nuevo**, pretende eliminar —entre otras— de la aplicación al ICE, la Ley de Contratación administrativa.

En este clima y signo de los tiempos de la corrupción galopante y sin freno, medida ni sanción, ¿cuál es el afán de eliminar los débiles, pocos y deficientes controles sobre los fondos públicos? Pues sin duda, para facilitar la velocidad y eficiencia de la corrupción.

Por ello, la huida del derecho administrativo hacia la privatización del sector público y su entrega al derecho privado (civil y mercantil), cuando hay fondos y funcionarios públicos 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 tiene el Poder, en perjuicio directo e inmediato de las clases sociales subalternas (ver, por todos, J.M. Sala Arquer **Huida al derecho privado y huida del derecho**, Madrid: Reda, No. 75, 1992; I. Borrajo Iniesta, **El intento de huir del derecho administrativo**, Madrid: Reda No. 78, 1993; J.C. Laguna de Paz, **La renuncia de la Administración pública al derecho administrativo**, Madrid: RAP, No. 136, 1955).

Así, la huida al derecho privado es la huida del derecho. No se pretende un nuevo modelo de sumisión de la Administración al Derecho, sino la libertad de movimientos, con la consiguiente disminución de garantías jurídicas (Ricardo de Vicente Domingo, **Los entes instrumentales en las leyes de procedimiento y de contratos de las administraciones públicas**, Madrid: Civitas, 1996, págs. 26 y 27).

Esa privatización del Estado, de los entes regidos por el derecho público, viola la garantía constitucional de la reserva de Derecho Administrativo. En otras palabras, el régimen jurídico público para regular las entidades públicas, (el Estado en su acepción total y amplia y los entes públicos menores) tiene su garantía en la Constitución Política y *tiene una reserva constitucional (de Vicente, cit., pág. 28)*, por consiguiente. No es ni puede ser por ley emanada del Poder Legislativo que se le quite el régimen de derecho público a los entes estatales (regulados por el derecho administrativo).

Lo anterior es inconstitucional y es precisamente lo que se está haciendo a nivel internacional, no solo en nuestro país. Los ejemplos de la empresa de servicios públicos de Heredia, el servicio público de correos, las sociedades anónimas establecidas de los bancos estatales, los proyectos de ley del ICE para privatizarlo, fundaciones manejando fondos públicos, etc., son una cadena prolongada de privatizar al Estado —en su acepción amplia— costarricense a favor del levantamiento de los escuálidos controles de los fondos públicos y la mano libre a la corrupción que ya ha hecho estragos (casos del Banco Anglo, Aviación Civil, fondos públicos destinados a programas para los pobres, etc.).

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, lo dicen de esta manera:

Ultimamente el legislador ha comenzado a privatizar (por ejemplo Correos y telégrafos). Bajo el pretexto de "flexibilizar" la acción administrativa, se está articulando una acción deliberada de "buida 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, evadiendo los controles públicos (legalidad de la Administración, contratación administrativa, interdicción de la arbitrariedad, régimen de presupuestos públicos, control a cargo del Tribunal de Cuentas, fiscalización en sede de los tribunales Contencioso Administrativos, etc.). ¿Cómo se van a privatizar (quitarle los controles ex- ante y ex -post) los fondos que son públicos, de la comunidad y darles un tratamiento como si pertenecieran a particulares? (Curso de derecho administrativo, T. I, Madrid: Cívitas, 1994, págs. 388 a 391).

Ramón Parada lo afirma de este modo:

El desplazamiento del derecho administrativo por el derecho privado. Se opta por el derecho privado y se buye de su propio derecho, el administrativo, considerado poco dúctil y eficaz, por sus excesivas suspicacias y controles, para las cada vez más numerosas actividades públicas.

Esta huida del derecho administrativo es dudosamente constitucional; y, sí de seguro un terreno más abonado a la corrupción.

Cuando la Administración escape al derecho administrativo, distrazándose de sociedad anónima o de ente público sujeto al derecho privado, no deja de ser Administración Pública y por tanto sujeta los principios constitucionales que la rigen.

En el fondo, la huida al derecho privado de la Administración Pública es la huida de todo derecho y de toda jurisdicción, en suma, de todo control (Derecho Administrativo, T. I, Madrid: Marcial Pons, 1992, págs. 28 a 31).

(Se retorna a la numeración de temas que se pueden incorporar al proyecto de ley respectivo, cuyo punto 6, está en página anterior 103).

- o -

- 7) Permitir que el Estado puede contratar bajo la modalidad de **leasing** (arrendamiento).
- 8) Establecer **plazos para recibir ofertas**, de acuerdo a la naturaleza del contrato, de la manera mas razonable y adecuada.
- 9) Que se defina claramente lo que se entiende por **entrega inmediata**, ya que la experiencia enseña que ha existido abuso en este concepto, pues se permiten entregas de hasta 15 días después del día de la adjudicación.
- 10) En lo que atañe a los **recursos de impugnación del cartel y de los actos de adjudicación**, las pautas deben ser razonables, proporcionadoras de seguridad jurídica y que tutelen los principios constitucionales de la contratación administrativa.
- 11) Establecer pautas flexibles y seguras en cuanto a la relación de la **ejecución del presupuesto con los trámites de la contratación administrativa**.

*Por ejemplo, en lo que toca a la **solicitud de mercancía**, esta pasa por estos escritorios o pasos: jefe de programa, departamento financiero, departamento de presupuesto nacional, contabilidad nacional, Contraloría, Proveduría, Tesorería nacionales.*

12) Representante de casas extranjeras

Cuando el oferente concurra a través de apoderado o representante de casas extranjeras, así se debe hacer constar, de manera que quede claramente establecida la identidad de la casa o persona que propone y la del agente por medio de quien se hace (art. 97 del derogado reglamento de la contratación administrativa).

En el caso de intervención a nombre y por cuenta propia de distribuidores exclusivos, será necesaria la presentación a precios de catálogo o proformas recibidas del fabricante o exportador, según corresponda. Cuando se trata de intervención de representante de casas extranjeras, éste se concretará a cotizar la oferta proveniente del principal. Todo sin perjuicio de la presentación de ofertas conjuntas (artículo 98 del derogado reglamento de la contratación administrativa).

13) Oferente extranjero

El oferente extranjero se entiende sometido a las leyes y tribunales de Costa Rica, en todo lo concerniente a los trámites y ejecución del contrato, por el solo hecho de presentar su oferta a la Administración y sin necesidad de manifestación expresa de su parte. Quedan a salvo exigencias en contrario del Código de Comercio y de cualquier otra norma de similar naturaleza (artículo 99 del derogado reglamento de la contratación administrativa).

14) Indicar la posibilidad del Estado de efectuar contratos típicos y atípicos

La Administración Pública podrá celebrar los contratos o convenios que tenga a bien por necesarios, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de la buena y sana administración; y, deberá cumplirlos al tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas —en su caso— a favor de la Administración

15) Principios que rigen la contratación administrativa

Los principios que rigen la contratación administrativa son, entre otros: buena fe, equidad, seguridad, eficiencia, competencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, impugnabilidad, razonabilidad, proporcionalidad, justicia, legalidad, formalismo de los procedimientos, equilibrio de intereses, reajuste de precios, equivalente financiero, mutabilidad del contrato, control de los procedimientos, existencia del financiamiento previo, responsabilidad e interés público. (Sala Constitucional, votos 998-98, 5947-98 y 6432-98).

- 16) Establecer clara y expresamente en qué casos procede la **contratación directa**.
- 17) Definir lo que es la **actividad ordinaria** de la Administración Pública, para los efectos de que sea equiparable a un caso de **contratación directa**, congruente con el voto **6754-98**, citado.
- 18) Dejar expresa indicación de que la **licitación pública** es el procedimiento idóneo, ordinario y la regla para el trámite de la contratación administrativa (votos de la Sala Constitucional ya citados).
- 19) El **cartel** de la licitación pública será impugnabile ante la Contraloría General de la República.
- 20) **Concurso de antecedentes**

Este aspecto se debe regular como concurso de antecedentes de profesionales y técnicos.

Tanto el cartel como el acto de adjudicación, sin importar el monto de la contratación, deben ser impugnados ante la Contraloría General de la República.

Además, el cartel debe publicar los rubros, renglones o items que se consideran para seleccionar al profesional, indicando –claramente– la ponderación porcentual de cada rubro, de tal modo que el oferente con más puntaje debe ser el adjudicado por la institución, siendo el precio de la oferta secundario, ya que prevalece la oferta técnica.

Esto es importante, ya que se ha hecho costumbre en la Administración Pública (en los pocos casos en que publican estos “concursos”) adjudicar a la baja, es decir, a la oferta más barata, con lo cual lesionan la dignidad del profesional, pues lo obligan a venderse barato para optar el contrato, haciendo a un lado la conveniencia y bondades de la oferta técnica.

21) **Adjudicación a la baja**

El *numeral 51* de la actual ley afirma:

La Administración podrá incorporar, entre los procedimientos, las modalidades de precalificación, la adjudicación por subasta a la baja y licitación con financiamiento.

El *artículo 54* de la Ley indica que cuando se requiera adquirir productos genéricos, la Administración podrá emplear la adjudicación por subasta a la baja.

Y, el *artículo 64* del reglamento a esta ley de contratación administrativa manda:

1. El procedimiento por subasta a la baja podrá ser usado por la Administración para adquirir productos genéricos.
2. Por producto genérico se entenderá todo aquel que se produzca con sujeción a patrones generales de fabricación.
3. Los oferentes no incluirán una cotización de precios.
4. Las cotizaciones se formularán verbalmente en presencia de todos los participantes debidamente acreditados, quienes podrán aclararlas, ampliarlas y mejorarlas en el mismo acto de la comparacencia.
5. La respectiva contratación se adjudicará al postor que otrezca el precio más ventajoso.

De los muchos problemas que presenta esta norma, se pueden indicar:

- Los oferentes que lleguen al acto de apertura de las ofertas, deben ser apoderados de su respectiva empresa, para poder obligarse frente a la Administración.
- ¿Cuántas “rondas” de bajonazos de precios (en la subasta), en el acto mismo de la apertura de ofertas técnicas, se deben hacer y por cuánto tiempo hasta llegar a la oferta de más bajo precio (la más barata)?

Lo recomendable es eliminar esa figura de la adjudicación por subasta a la baja del precio, ya que de todos modos en la licitación se presentan ofertas con sus correspondientes precios, pudiendo la Administración adjudicar aquella de más bajo precio (bajo el supuesto de que cumpla con el cartel) siendo esta situación –por sí misma– la que le da legitimidad a la selección de la propuesta o plica.

Esperaremos atentos a ver qué sucede en la Asamblea Legislativa con el proyecto de reforma parcial a la Ley de contratación administrativa.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- Abreu, Adilson. **Aspectos jurídicos da licitação** (Sao Paulo. Ed. Saraiva, 1992).
- Alvarado, Myrna. **Los contratos de emergencia** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Arrieta, Adonay. **Reajustes de precio** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público. 1998).
- Audy, Jean Marie; Ducos, Robert. **Droit Administratif** (Paris: Dalloz, 1986).
- Bancomext. **Cómo participar en una licitación pública en América Latina** (México: Bancomext, 1997).
- Barbe, José et al. **Contratación administrativa** (Montevideo: FCU, 1989).
- Barletta, José. **Derechos y obligaciones de la Administración en la contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Barquero, Arlette. **El cartel de licitación** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Bendeck, Jorge et al. **Comentarios al nuevo régimen de contratación Administrativa** (Medellín: Eds. Dike, 1994).
- Berrocal, Carlos. **Concurso de antecedentes** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Betancurt, Jaime. **Nuevo estatuto general de la Contratación Administrativa** (Medellín: Dike, 1997).
- Betancur, Jaime. **Los contratos estatales** (Bogotá: Ed. G. Ibáñez, 1996).
- Nieves, Julio. **La gestión interesada en el Derecho Administrativo Español** (Madrid: revista RAP, No. 26, 1958).
- Blanc, Joan et al. **Introducción a la ley de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Marcial Pons, 1995).
- Blanco, Héctor. **Prerrogativas del Estado en la ejecución del contrato administrativo** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Borrajo, Ignacio. **El intento de huir del Derecho Administrativo** (Madrid: revista REDA, No. 78, 1993).

Borrego, Julio. **La gestión interesada en el Derecho Administrativo Español** (Madrid: Revista de Administración Pública Nº 26, 1958).

Buslema, A.; y, S. **I contratti della pubblica amministrazione** (Padova: Cedam, 1987).

Chapus, René. **Droit Administratif** (Paris: Montchrestien, 1988).

Chavarría, Norma. **La revisión de precios** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Cianflone, Antonio. **L'Appalto di opere pubbliche** (Milano. Giuffré, 1988).

Coase, Ronald H. **The firm, The Marquet and The Law** (Chicago: The University of Chicago Press, 1988).

Essays on Economics and Economists (Chicago: The University of Chicago Press, 1994).

Cobrero, Eduardo. **La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia** (Madrid: Civitas, 1998).

Correa-Freitas, Rubén. **La reforma del régimen de compras del Estado** (Montevideo: Eds. Amalio Fernández, 1991).

Cortiñas-Peláez, León (coordinador). **Introducción al derecho administrativo** (México: Porrúa, 1994).

Fundamentos del Derecho Económico (México: Ed. Porrúa. 1998).

Coscolluela, Luis. **Manual de derecho administrativo** (Madrid: Civitas, 1966).

De Carrera, Francisca. **El Estado de derecho como sistema** (Madrid: Instituto de Estudios Constitucionales, 1996).

Del Saz, Silvia. **La huida del derecho administrativo** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 133, 1994).

De Vicente, Ricardo. **Los entes intermedios en las leyes de procedimiento y de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Civitas, 1996).

Dromi, José R. **Derecho administrativo** (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997).

La licitación pública (Buenos Aires: Astrea, 1985).

Escola, Héctor. **Tratado de los contratos administrativos** (Buenos Aires: Depalma, 1977).

Esquivel, Pablo. **Inconstitucionalidad por montos excesivos en la Ley de contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Fernández, Hubert. **Proyecto de reforma a la Ley del ICE** (San José: Universidad de Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas Nº 88. 1999).

La contratación administrativa en la jurisprudencia constitucional costarricense (San José: IJSA, 1998).

Fernández, Tomás Ramón. **De la arbitrariedad de la Administración** (Madrid: Civitas, 1997).

Flores, Allan. **La licitación pública como parámetro en la Ley de contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Franco, Omar. **La contratación administrativa** (Bogotá: Eds. Abogados librería, 1994).

Fuertes, Mercedes. **El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas** (Madrid: Marcial Pons, 1997).

Gamboa, María Luisa. **Objeción al cartel** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

García de Enterría; Eduardo Tomás Ramón Fernández. **Curso de derecho administrativo** (Madrid: Civitas, 1994).

García-Trevijano, Ernesto. **El régimen de las garantías en la contratación administrativa** (Madrid: Civitas, 1997).

Giannini, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo** (Milano: Giuffré, 1988).

Gimeno, José. **El control de la contratación pública** (Madrid: Civitas, 1995).

Gómez-Ferrer, Rafael et al. **Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Civitas, 1996).

González M, Gerardo. **El cartel** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

González R, Danilo. **Los contratos de la Administración con las ONG's** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Guerrero, Omar. **Privatización de la administración pública** (Bruxelles: Revista internacional de ciencias administrativas, vol. 57, No. 1, 1990).

Hernández, Magaly. **El proyecto de ley de administración financiera y presupuestos públicos** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).

Herrera M, Bethmann. **La garantía de participación** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Herrera M, Roy. **La actividad ordinaria de la Administración** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Herrera V, Mario. **Procedimientos de urgencia en la Ley de contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Laguna de Paz, J.C. **La renuncia de la Administración Pública al Derecho administrativo** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 136, 1995).

Laubadere, André de et al. **Traité des contracts administratifs** (París: LGDJ, 1983).

López-Elías, Pedro. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México** (México: UNAM, tesis de doctorado en Derecho, 1998).

El contrato administrativo de compraventa internacional de alimentos (México: UNAM, tesis de licenciatura en Derecho, 1985).

Lucero, Manuel. **La licitación pública** (México: Porrúa, 1993).

Luhmann, Niklas. **Poder** (Barcelona Anthropos, 1995).

Justen Filho, Marcial **Comentarios a lei de licitacoes e contratos** (Rio de Janeiro. Ed. Aide, 1994).

Marienhoff, Miguel. **Tratado de derecho administrativo** (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, T. III, 1983).

Martín-Retortillo, Sebastián. **Reflexiones sobre las privatizaciones** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 144, 1997).

Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 140, 1996).

Martínez, José. **¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 144, 1997).

- Mc Rae, Ana P. **Marco jurídico e institucional de la Ley general de concesión de obra pública con servicios públicos** (San José: Universidad de Costa Rica, Maestría de Derecho Público, 1998).
- Medauar, Odete. **Direito administrativo moderno** (Sao Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998).
- Melgarejo, Pedro. **Compendio de contratos públicos** (Madrid: Imprenta Antonio Mayoral, 1764).
- Monedero, José. **Doctrina del contrato de Estado** (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977).
- Ministerio de Comunicaciones. **Thesaurus de contratos del Estado** (Bogotá: Telecom, 1990).
- Murillo, Mauro. **La contratación administrativa en el voto 998-98 de la Sala Constitucional** (San José: revista Iustitia, Nos. 141-142, 1998).
- Navarro, Patricia. **La licitación pública en la jurisprudencia de la Sala Constitucional** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Nieto, Alejandro. **Corrupción en la España democrática** (Barcelona: Ariel, 1997).
- Ortega, Luis. **El reto dogmático del principio de eficacia** (Madrid: Revista de Administración pública, No. 133, 1994).
- Ortiz, Eduardo. **Tesis de derecho administrativo** (San José: Ed. Stradtmann, 1998).
- Palacio, Juan. **La contratación de las entidades estatales** (Medellín: Ed. Sánchez R., 1997).
- Palma G, Zeidy. **La nulidad del acto de adjudicación** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Palma S., Ana. **El registro de proveedores** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Paniagua, Luis. **Potestad de rescisión y resolución en la Ley de Contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, tesis de licenciatura en Derecho, 1998).
- Parada, Ramón. **Derecho administrativo** (Madrid: Marcial Pons, 1990).

Parejo, Luciano et al. **Manual de derecho administrativo** (Barcelona: Ariel, 1998).

y Juan Santamaría. **Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo** (Madrid: ed. Ramón Areces, 1989).

Parra, William. **Las contrataciones estatales** (Bogotá: Ed. G. Ibáñez, 1996).

Pérez, Teresa. **Los contratos típicos administrativos** (San José: Universidad de Costa Rica, Maestría de Derecho Público, 1998).

Pinar, José L. **Privatización de las empresas públicas** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 133, 1994).

Porras, Rolando. **El proyecto turístico de Papagayo** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Pouyand, Dominique. **La nullité des contrats administratifs** (Paris: LGD), 1991).

Ribeiro, Roberto. **Contratos administrativos** (Sao Paulo: Malheiros, 1996).

Rodríguez, Gustavo. **Nuevos contratos estatales** (Bogotá. Ed. Willaes, 1994).

Rodríguez, Katty. **El contrato de concesión de gestión de servicios públicos** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).

Romero-Pérez, Jorge Enrique. **La licitación pública en Costa Rica** (San José: Universidad de Costa Rica, 1975).

Los contratos del Estado (San José: Universidad Estatal a Distancia, 1993).

Documentos de trabajo para una reforma parcial a la Ley de contratación administrativa (San José: comisión coordinada por el diputado Lic. Ovidio Pacheco, 1998).

Acción de inconstitucionalidad contra la Ley de contratación administrativa y su reglamento (San José: Sala Constitucional, voto 998-98).

El proyecto de Ley de contratación administrativa (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 78, 1994).

La Ley de contratación administrativa, su reglamento y la Sala Constitucional (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 83, 1997).

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 171 de la Ley del Banco Central (San José: Sala Constitucional. Voto 5947-98).

- Sáenz, Randall. **Reconocimiento de intereses** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Salas, Eugenie. **La garantía de participación** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Sánchez, Ileana. **Competencia de la Contraloría General de la República en la Contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica. Maestría de Derecho Público, 1998).
- Sánchez, Juan. **La oferta** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Sánchez, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y control judicial** (Madrid: Tecnos, 1995).
- Sandoval, Marleny. **Nuevo régimen de contratación estatal** (Bogotá: Eds. Doctrina y ley, 1994).
- Santamaría Pastor, Juan. **Fundamentos del Derecho administrativo** (Madrid: Ed. Ramón Areces, 1991).
- Sayagues Laso, Enrique. **La licitación pública**. (Montevideo: Acali, 1978).
- Solano, Javio. **Contratación administrativa** (Bogotá Ed. Librería del profesional, 1997).
- Solas, José. **Contratos administrativos y contratos privados de la administración** (Madrid: Tecnos, 1990).
- Sosa, Francisco. **El contrato público de suministro** (Madrid: Civitas, 1996).
- Soto, Minor. **El inicio del procedimiento de la contratación administrativa** (San José: Universidad de Costa Rica, posgrado en Derecho Público, 1997).
- Villalta, Francisca. **Garantías para contratar con la administración pública** (Granada: Cemci, 1996).
- Vinyoles, Miguel. **La adjudicación de los contratos públicos** (Madrid: Civitas, 1995).
- Zanobini, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo** (Milano: Giuffé, 1958).