

# EL PROYECTO DE LEY DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA (1994). COMENTARIOS

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*<sup>(\*)</sup>  
Catedrático Investigador del  
Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Profesor de Derecho Administrativo;  
y, de Derecho Económico Internacional

*Al Maestro Don Eduardo Ortiz*

---

(\*) Fax (00-506) 234-2723. Universidad de Costa Rica. Estos comentarios se cerraron el 18 de marzo de 1995.

SUMARIO:

1. RESUMEN
2. ABSTRACT
3. INTRODUCCION
4. LOS PROYECTOS DE 1993 Y 1994
5. GRAFICO A MODO DE EJEMPLO
6. ACTIVIDAD ORDINARIA
7. MODIFICACION UNILATERAL
8. CONTRATACIONES DIRECTAS
9. REGIMEN JURIDICO ABIERTO (*NUMERUS APERTUS*)
10. PRINCIPIOS GENERALES
11. CONTENIDO Y FORMA
12. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTARIA
13. AMPLIACION DEL PLAZO
14. DERECHOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA
15. OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA
16. DERECHOS DE LOS CONTRATISTAS
17. OBLIGACIONES DE LOS CONTRATISTAS
18. PROHIBICIONES
19. CUADRO DE LOS MONTOS DE CONTRATACION
20. CONTRALORIA Y SU FACULTAD DE AUMENTAR LOS MONTOS DE CONTRATACION
21. PROCEDIMIENTOS ABIERTOS (*NUMERUS APERTUS*)
22. SUBSANACIONES DE LA OFERTA
23. CLASES DE OFERTAS
24. CESION DEL CONTRATO
25. LICITACION PUBLICA

26. LICITACIONES POR REGISTRO Y RESTRINGIDA
27. PRECALIFICACION
28. TIPOS ABIERTOS DE CONTRATOS (*NUMERUS APERTUS*)
29. CUADRO QUE MUESTRA EL CRITERIO DE *NUMERUS APERTUS*
30. OBRA PUBLICA
31. SUMINISTRO DE BIENES
32. CONTRATACION DE SERVICIOS PROFESIONALES Y TECNICOS
33. URGENCIA
34. OBJECION AL CARTEL
35. SILENCIO POSITIVO EN LA OBJECION AL CARTEL
36. CUADRO DE APELACIONES A LOS ACTOS DE ADJUDICACION EN LICITACIONES PUBLICAS
37. PLAZO PARA INTERPONER ANTE LA CONTRALORIA LA APELACION CONTRA EL ACTO DE ADJUDICACION DE UNA LICITACION PUBLICA
38. LEGITIMACION PARA APELAR ANTE LA CONTRALORIA
39. SISTEMA BANCARIO ESTATAL
40. PERDIDA DE LA GARANTIA DE PARTICIPACION
41. RECURSO DE APELACION AL ACTO DE ADJUDICACION DE UNA LICITACION PUBLICA
42. SILENCIO POSITIVO EN LAS APELACIONES ANTE LA CONTRALORIA
43. SANCIONES
44. INFORMACION PARA LA CONTRALORIA
45. REGLAMENTOS POR DOQUIER
46. ARBITRAJE
47. CONCLUSIONES
48. GRAFICOS
49. BIBLIOGRAFIA BASICA

## **1. RESUMEN**

Se hará un análisis de los aspectos centrales del proyecto de ley de la contratación administrativa que está tramitando en la Asamblea Legislativa en este año de 1994, Expediente N° 11.840.

*Lo positivo* del proyecto versa sobre el hecho de que hay voluntad política para convertirlo en ley. *Lo negativo* se ubica en una serie de aspectos que en este trabajo se comentan e indican, los cuales pueden ser corregidos fácilmente.

## **2. ABSTRACT**

An analysis of the central aspects of the project of administrative contractual transaction which is now being process at the Legislative Branch in 1994. The positive side of the project is the fact that there is political will to make a law. And the negative side is a serie of aspects that are discuss and indicated in this article which are easy to amend.

## **3. INTRODUCCION**

En los años de 1933 y 1994 se han redactado dos proyectos de ley en el campo de la contratación administrativa pública. Diversos intereses se han movido para impulsar estos proyectos. Tal parece que el apoyo político se orienta por el proyecto de 1994, ya que el de noviembre de 1993 lo han remitido al archivo.

La idea central es que es necesaria una ley de contratos del Estado, sin embargo las diferencias de criterio se dan respecto del articulado concreto de cada proyecto.

## **4. LOS PROYECTOS**

Como en estos años (de 1982 al presente) de ajustes, deuda externa y mando a cargo de los organismos financieros internacionales, los proyectos de ley que tienen salida como leyes son aquellos a los cuales esos organismos extranjeros impulsan o determinan.

Se trata de una legislación impuesta al país por los extranjeros, como fueron los de la autoridad presupuestaria, equilibrio financiero, "modernización



bancaria” (privatización de la banca estatal). Y, la ley de concesión de obra pública, el proyecto de ley de “democratización económica”, privatización de Fertica y Cempasa, Ley de promoción de la competencia y defensa del consumidor. Los nombres (la nomenclatura) de los proyectos y de las leyes están puestos por sus interesados para engañar, ya que –por ejemplo– cuando se dice “democratización económica” se trata de privatización, cuando escriben “promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor” la realidad informa que se favorece el mercado y a los empresarios; los consumidores son reyes de la economía solo en los textos de economía ideológicamente manipulados. En estos tiempos del neoliberalismo y del aplastamiento de los países pobres por los países ricos, también el lenguaje lo usan para dominar. Un pequeño cuadro lo podría hacer más explícito:

### DOMINACION IDEOLOGICA (\*)

Lenguaje oficial legitimante	Lo que esconde
Modernización bancaria	Privatización; fortalecimiento de la banca privada
Globalización	Relaciones neocoloniales e imperialistas
Promoción de la competencia	Fortalecimiento del mercado
Defensa efectiva del consumidor	Todo lo contrario; supeditación del consumidor al mercado
Democratización económica	Fortalecimiento del mercado y privatización
Reforma del Estado	Privatización y debilitamiento del Estado en favor del sector privado
Apertura comercial	Debilitamiento y desarticulación del sector agrícola. Sesgo macroeconómico en favor del sector exportador y de las actividades turísticas.

(\*) Jiménez, Oscar. *Cómo hacer análisis ideológico*. (San José: CEP. 1993.)

Por supuesto que la soberanía nacional, aunque fuera en el nivel formal y teórico le estorba a esos organismos extranjeros, dejando desnuda la relación entre países ricos y pobres como lo que siempre ha sido: el neocolonijaje.

También este proyecto de 1994 está bajo estas condiciones, derivadas –asimismo– del GATT y del TLC.

## 5. GRAFICO A MODO DE EJEMPLO

PROYECTOS	
1993	1994
<p><i>Art. 1.</i> Los contratos que tramiten y celebren el Estado y las entidades del sector público estatal, deberán ajustarse a lo establecido en la presente ley y su reglamento; supletoriamente les serán aplicables, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales de derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios. Se exceptúan de esta disposición, los contratos laborales, y todos aquellos que se rijan por ley especial.</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Esta ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, la Asamblea Legislativa, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial, los entes públicos no estatales y las empresas estatales.</li> <li>2. Quedará además sometida a los principios de esta ley la actividad contractual de todo otro tipo de persona física cuando para ello se utilicen parcial o totalmente recursos públicos.</li> <li>3. Cuando en esta ley se utilice el término “Administración”, se entenderá que se hace referencia a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones.</li> </ol>

Este artículo 1 del proyecto 94 no se discutió en la Comisión de Jurídicos al mes de octubre de este año debido a que es amplio e incluso a una serie de entidades que rechazan estar incluidas en esta ley. Las presiones de estas instituciones se harán sentir y es probable que se llegue a una redacción parecida a la del proyecto del 93.

Hacemos la indicación de que los artículos no discutidos en esa comisión (a octubre del 94) han sido el primero y el 64 referente a los “servicios de notariado y abogacía” (Gaceta No. 194 del jueves 13 de octubre de 1994). Los intereses creados –1907– de Jacinto Benavente (1866-1954) se han hecho presentes en esos artículos. En el caso concreto del artículo 64 se trata del reparto de las notarías del Estado y de los bancos estatales como parte del botín político. (En la edición del Proyecto, de enero de 1995, este artículo aparece modificado, como se verá *infra*).

## 6. ACTIVIDAD ORDINARIA

Se refiere al artículo 2, párrafo primero, inciso a) que dice:

*Artículo 2:*

1. Quedan excluidas de los procedimientos concursales establecidos en esta ley las siguientes actividades:
  - a) La actividad contractual ordinaria de la Administración.

*Aquí la Contraloría General de la República (CGR: 15 de marzo de 1995, Oficio No. 003396, p. 17) indica que para evitar el grave riesgo de que la Administración Pública evada los procedimientos concursales establecidos en la ley, so pretexto de encontrarse desarrollando “actividad contractual ordinaria”, cuando en realidad se encuentran simplemente dando cumplimiento a los fines señalados por sus propias leyes constitutivas –y ello con el peligro adicional de que los contratos que constituyen actividad ordinaria de conformidad con la ley no están sujetos al refrendo contralor (vid. artículo 20 de la Ley No. 7428/1994, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República)–, se hace necesario que en este cuerpo legal y no en el reglamento a la ley ni en los reglamentos institucionales, se defina qué es lo que ha de entenderse por “actividad ordinaria”.*



De esta manera, se sugiere modificar el texto de este inciso de la siguiente forma:

La actividad contractual ordinaria de la Administración. Para los efectos indicados se entiende como actividad ordinaria solo la que realiza la Administración 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.

*Esta sugerencia de la Contraloría nos parece pertinente.*

## 7. MODIFICACION UNILATERAL

Es el numeral 12 del proyecto que se afirma que la Administración puede modificar, disminuir o aumentar hasta en un 50% el objeto de la contratación (etc.).

En este aspecto la Contraloría señala (oficio 3396 cit., págs. 7 y 8) que es necesaria su autorización, ya que de lo contrario la Administración puede burlar el uso de la potestad variándola y convertirlo en un abuso (ver aquí el art. 33 del Reglamento de la Contratación Administrativa -RCA-).

## 8. CONTRATACIONES DIRECTAS

Actualmente hay un sistema de contratación directa que se encuentran regulados en los numerales 93, 94 y 95 de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR), de acuerdo a los montos establecidos en esos artículos en la parte correspondiente a los incisos que indican que se podrá contratar *directamente* al tenor del monto respectivo. En lo que atañe al numeral 96 se manda que se puede usar la contratación directa cuando se esté en estos casos:

- a) Actividad ordinaria;
- b) Monopolio del lado de la oferta;
- c) El Estado establece que las *seguridades* de la negociación las tiene un determinado oferente;
- d) Contratos inter-administrativos;
- e) A criterio de la Contraloría General de la República (GGR);
- f) Cuando no hay ánimo de lucro en la negociación.



En los casos b y c (monopolio y seguridades) se requiere la autorización de la Contraloría (CGR) para llevar a cabo esa contratación directa, de acuerdo a montos en colones indicados por el propio artículo 96. Por debajo de esas cantidades, las instituciones pueden hacer las negociaciones directas sin autorización de la CGR.

En el reglamento de la contratación administrativa (RCA), los casos de la contratación directa son, a título de excepción a los procedimientos licitatorios o concursales (artículo 197):

- a) De conformidad a montos indicados por el numeral 198 (no requiere autorización de la CGR);
- b) Actividad ordinaria del ente público. No necesita autorización de la CGR. Esta puede, mediante publicación en La Gaceta (diario oficial) indicar la actividad ordinaria de determinados entes públicos (numeral 199);
- c) Monopolio del lado de la oferta (un solo proponente en la negociación), (numeral 200 del reglamento);
- d) Se necesitan ciertas seguridades para el Estado que invitan a concursar solo a un oferente (impresión de moneda, compra de armas, etc.) (numeral 201 del reglamento);
- e) Contratos inter-administrativos (artículo 202 del reglamento);
- f) Contratos con gobiernos, entidades de otros países o con organismos nacionales o extranjeros de utilidad pública o bien social, ajenos al espíritu de lucro (artículo 203);
- g) Lo mismo que el caso anterior, pero se trataría de empresas de derecho privado que en esa negociación no tengan el espíritu de lucro (artículo 204 del reglamento);
- h) El caso de la urgencia apremiante: se requiere la autorización de la Contraloría (CGR), numeral 205 del reglamento;
- i) El caso de la licitación infructuosa: cuando se ha hecho una licitación, pero resultó infructuosa por el hecho de que la Administración Pública no pudo realizar la adjudicación respectiva mediante la autorización respectiva de la Contraloría (CGR), numeral 206 del reglamento;
- j) Casos de la construcción, instalación o provisión de oficinas o servicios en el exterior (embajadas, consulados, sucursales, etc.). Numeral 207 del reglamento.

Las contrataciones directas quedan eliminadas en el proyecto de ley de 1994. Por supuesto, que por medio de las llamadas en el proyecto licitaciones restringidas y por registro se hará uso, en la práctica de contrataciones directas, ya que como ahora con las licitaciones privadas, estas licitaciones al carecer del

recurso de apelación ante la Contraloría General de la República, se convierten en contrataciones directas, debido a que en las Administraciones adjudicatarias no atienden —en su mayoría— recursos de revocatoria interpuestos contra los actos de adjudicación de esas licitaciones no-públicas.

## 9. REGIMEN JURIDICO ABIERTO (NUMERUS APERTUS)

El *numeral 3* del proyecto en debate (1994) afirma que la actividad de contratación administrativa se encuentra sometida a las normas y principios del ordenamiento jurídico, claro está no derecho privado, sino de derecho público (párrafo 1).

El *apartado dos* manda que cuando así lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar instrumentalmente cualquier figura contractual no regulada por el ordenamiento jurídico administrativo. Agregando que en todo caso, se respetarán los principios, requisitos y procedimientos establecidos en esta ley, particularmente en lo concerniente a la formación de la voluntad administrativa.

Este apartado nos parece debe eliminarse del proyecto, por cuanto perjudica el principio de seguridad jurídica y el de una sana gestión administrativa, ya que se convierte en *numerus apertus* por cuanto le permite a la Administración que use cualquier forma contractual que considere pertinente. Esta facultad está permitida en el derecho contractual privado, pero no es atendible en el derecho público negocial.

En el *apartado tres* también tenemos objeción que formular, ya que la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) en su artículo 100 establece el régimen de nulidades respectivo:

**Art. 100 LAFR:** *Los contratos administrativos que no se ajusten a los requisitos, condiciones o procedimientos esenciales que establecen la presente ley y su reglamento, son absolutamente nulos.*

La norma citada es clara y precisa para la contratación administrativa pública. No tiene por qué recurrirse al régimen de nulidades de la Ley de Administración Pública (LAP) e incluso hacer intervenir a la Procuraduría General de la República (PGR), al tenor del *numeral 173* de esta ley:

**Numeral 173 LAP:** *Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos fuere evidente y manifiesta, podrá declararse por la Administración en la vía administrativa sin necesidad de recurrir al contencioso de lesividad señalado en los artículos 10 y 35 de la Ley reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República.*



Por su parte, el párrafo final del numeral 3 citado, es una declaración general sin efectos reales, ya que uno de los aspectos negativos (y, corregibles) de este proyecto es el de debilitar el rôle de la Contraloría General de la República en este campo de la contratación administrativa, como se verá *infra*.

*Artículo 3, párrafo 4 del proyecto: Las disposiciones de esta ley se interpretarán y aplicarán en concordancia con las facultades de fiscalización superior de la hacienda pública que le corresponden a la Contraloría General de la República de conformidad con la Constitución Política y su ley orgánica.*

También, se podrá decir que esa expresión genérica podría significar mucho, si la Contraloría General de la República la aplica de acuerdo a su criterio; pero, como es una disposición muy abierta daría lugar a roces y conflictos interinstitucionales y a la posible participación de la Sala IV en situaciones de enfrentamientos.

Lo anterior de conformidad con la ambivalencia de esa disposición.

## 10. PRINCIPIOS GENERALES

De los *artículos 4 al 6* se indican los principios generales de la contratación administrativa pública:

- 1) Eficiencia (*art. 4*)
- 2) Igualdad y libre concurrencia (*art. 5*)
- 3) Publicidad (*art. 6*).

Fuera de la citada Comisión, algunos diputados se refirieron a la ley de 1993 colombiana sobre este campo de la contratación administrativa, que había comentado ante esa comisión de asuntos jurídicos cuando me citaron a la exposición respectiva en setiembre de 1994: transparencia, economía y responsabilidad. Pero, en la edición de enero de 1995 del proyecto de 1994 no aparecen citados, aunque puede ser posible que al futuro los incluyan.

## 11. CONTENIDO Y FORMA

El *artículo 4* del proyecto manda en su párrafo primero:

Los procedimientos de contratación administrativa persiguen la selección de la oferta que mejor convenga a la satisfacción del interés general y al cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración Pública.

El *párrafo segundo* establece una confusión innecesaria y que provocaría problemas de interpretación en perjuicio de los administrados y del propio interés público, al posibilitar corruptelas:

*En todas las etapas de los procedimientos de contratación prevalecerá el contenido sobre la forma.*

Solo recordamos que en lógica y filosofía estos términos están sujetos a debate; y, existen diversas corrientes y enfoques en su conceptualización.

Así por ejemplo, *contenido* puede ser definido como:

- \* Lo que contiene una cosa
- \* Lo que incluye algo
- \* Conjunto de significados
- \* El aspecto más importante del objeto

Por su parte, *forma*, se puede definir como:

- \* Figura geométrica constituida por los contornos de un objeto
- \* Figura de una cosa
- \* Fórmula o modo de proceder de una cosa
- \* Molde en que se vacía y toma forma una cosa
- \* Modo, manera de hacer una cosa
- \* Apariencia
- \* Imagen
- \* Superficie plana o curva
- \* Esencia necesaria o sustancial de las cosas que tienen materia
- \* Modo de manifestarse la esencia o la sustancia de una cosa
- \* Regla de procedimiento
- \* Figura o determinación exterior de la materia
- \* Disposición o expresión de una potencialidad o facultad de las cosas
- \* Fórmula o modo de proceder de una cosa
- \* Molde en que se vacía una cosa
- \* Modo o manera de hacer una cosa
- \* Requisitos externos de los actos jurídicos

Entre la enorme cantidad de diccionarios que se pueden consultar citamos a manera de ejemplo:

Diccionario de la Real Academia de la lengua española  
Diccionario de filosofía (México: FCE, 1963, Nicolás Abbagnano)



Diccionario de derecho usual (Buenos Aires): Heliastra, Guillermo Cabanellas, 1974, T. I y II)  
Diccionario de lógica (México: Plaza y Valdés, 1988, Elí de Gortari).

Por ello consideramos que esta redacción del *párrafo segundo* citado debe ser eliminada, dejándose el artículo 4 con solo su primer párrafo, quitándose los dos posteriores por confusos e innecesarios.

Además, queda a criterio de los agentes públicos de la Administración decidir cuándo es *forma* y cuándo es *contenido*, favoreciéndose la arbitrariedad. Asimismo ocurre con la redacción en el párrafo dos de este numeral 4 que dice:

*Los defectos subsanables o insustanciales no descalificarán la oferta que los contenga.*

¿Y quién decide cuando esa situación se da? Pues, el funcionario o el empleado público, dando un margen muy amplio para las arbitrariedades y eventual corruptela administrativa. Claro está que el fantasma de la resolución de la Contraloría No. 82-93 de las 13 hs. del 11 de mayo de 1993 es el que explica estas redacciones tan improcedentes en esta materia. Claro que, en virtud del abuso del poder político, en el reglamento de la contratación administrativa (vía decreto ejecutivo) ya hicieron este inapropiado cambio (ver *infra* el tema de *subsanaciones de la oferta*).

## 12. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTARIA

El numeral 8, párrafo segundo del proyecto en comentario señala que en casos calificados, *a juicio de la Administración*, podrá dar inicio a los procedimientos de contratación, siempre que existan razones fundadas para presumir que oportunamente se dispondrá de la asignación presupuestaria. En estos casos, la Administración advertirá expresamente que la validez de la contratación queda sujeta a la existencia de contenido presupuestario.

Lo anterior es inconveniente porque no puede quedar a lo que la Administración disponga cuando no hay presupuesto para contratar. Por ello consideramos que debe mantenerse lo que dispone el numeral 98 de la LAFR actual: todo contrato administrativo que implique erogación requiere:

- a) La existencia de créditos presupuestarios suficientes para cubrir el gasto. Respecto de contratos cuya ejecución exceda de un período fiscal, *la Administración queda obligada a obtener la autorización de la Contraloría General de la República (...).*

El resto del *artículo 98* de la LARF nos parece que debe ser incorporado completo en el proyecto citado.

Al quitar a la Contraloría indicada su papel de control, permite la posibilidad de corruptela en la Administración.

### 13. AMPLIACION DEL PLAZO

*El incumplimiento de la Administración* de los plazos señalados para la aprobación y pago de facturas dará *derecho al contratista*, además del pago de intereses, a un *aumento en el plazo* de entrega igual al del atraso en el pago, sin responsabilidad alguna de su parte.

La Contraloría indica (oficio 3396 cit.) que la obligación del pago de parte de la Administración debe nacer una vez que se dé la entrega del contrato; y, no (como pretende el proyecto en comentario, en su *numeral 20*) que habilite un aumento en el plazo de entrega igual al del atraso en el pago, sin responsabilidad alguna para el contratista. (Ver aquí el art. 11 del RCA, que manda que los pagos se deben hacer por período vencido; y, de ninguna manera pagos por adelantado).

### 14. DERECHOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

El *numeral 10* nada tiene que ver con los derechos del Estado, pues se refiere a una *obligación del oferente*, ya que al presentar la plica a la Administración se entiende *obligado* o sometido al ordenamiento legal propio de esta negociación.

*Art. 10: En virtud de la participación en cualquier procedimiento de contratación administrativa, el oferente queda plenamente sometido al ordenamiento jurídico costarricense, en especial a los postulados de esta ley, de su reglamento ejecutivo, del reglamento institucional correspondiente, del cartel del respectivo procedimiento y, en general a cualquier otra regulación administrativa relativa al procedimiento de contratación de que se trate.*

Este error es fácil de subsanar, pues basta con darle la ubicación correcta a esta disposición, que claramente no es un derecho de la Administración, sino una obligación del oferente.

Tales derechos de la Administración son:

- 1) De rescisión y resolución unilateral (*art. 11*)
- 2) Modificación unilateral (*art. 12*)
- 3) Fiscalización (*art. 13*)
- 4) Ejecución de garantías (*art. 14*)

## **15. OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA**

- 1) De cumplimiento contractual (*art. 15*),
- 2) De tramitación (*art. 16*).

En el *numeral 15* se establece el principio negocial de la colaboración, por cuanto se tiene que el contratista es un colaborador con la Administración; y, no su enemigo.

En el *numeral 16* se indica el silencio positivo (el que calla, otorga) cuando el contratista formula una gestión ante la Administración y ésta guarda silencio por 30 días hábiles. Esta disposición es importante siempre y cuando la Administración y sus agentes públicos cumplan con el principio de la sana gestión administrativa; y, no se queden callados para favorecer por omisión los intereses de los contratistas.

## **16. DERECHOS DE LOS CONTRATISTAS**

- 1) A la ejecución del contrato (*art. 17*)
- 2) Al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato (ecuación financiera del convenio) (*art. 18*)
- 3) Derecho al reconocimiento de intereses (*art. 19*)
- 4) Derecho a la ampliación del plazo de ejecución del contrato, de acuerdo al contenido del *numeral 20*.

## **17. OBLIGACIONES DE LOS CONTRATISTAS**

- 1) Cumplimiento de lo contratado o pactado (*art. 21*)
- 2) Verificación de procedimientos contractuales así como de la ejecución negocial (*art. 22*).

## **18. PROHIBICIONES**

En los *artículos 23 al 27* del proyecto se da una serie de normas relativas a las prohibiciones que pesan sobre determinadas personas en punto a la participación en los procedimientos y adjudicaciones de contratos públicos.



## 19. CUADRO DE LOS MONTOS DE CONTRATACION<sup>(\*)</sup>

ADMINISTRACIONES PUBLICAS (Art. 28 del Proyecto)

MODALIDAD DE CONTRATACION

PRESUPUESTOS ORDINARIOS (Colones)

<i>Licitación pública</i>	Contratos superiores a ₡600 millones	Contratos superiores a ₡300 millones	Contratos superiores a ₡150 millones	Contratos superiores a ₡75 millones	Contratos superiores a ₡45 millones	Contratos superiores a 20 millones
	Superiores a ₡40.000 millones	Inferiores a ₡40.000 millones y superiores a ₡20.000 millone	Inferiores a ₡20.000 millones y superiores a ₡10.000 millones	Inferiores a ₡10.000 millones y superior a ₡5.000 millones	Inferiores a ₡5.000 millones y superiores a ₡1.000 millones	Inferiores a ₡1.000 millones
<i>Licitación por registro</i>	Contratos entre 20 millones y 600 millones	Contratos entre 20 millones y 300 millones	Contratos entre ₡10 millones y ₡150 millones	Contratos entre ₡5 y ₡75 millones	Contratos entre ₡5 y ₡45 millones	Contratos entre ₡2 y ₡20 millones
<i>Licitación restringida</i>	Contratos entre 2 y 20 millones	Contratos inferiores a ₡20 millones	Contratos inferiores a ₡10 millones	Contratos inferiores a ₡5 millones	Contratos inferiores a ₡5 millones	Contratos inferiores a ₡2 millones

(\*) Ver punto 30 *infra*.



## 20. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y SU FACULTAD DE AUMENTAR LOS MONTOS DE CONTRATACION

De acuerdo con el *numeral 28*, párrafo 3 le corresponde a la Contraloría General de la República aumentar (teóricamente, es ajustar hacia arriba o hacia abajo; en práctica, los precios y la inflación suben) cada año los montos citados de conformidad con la inflación de los doce meses (un año) anteriores. Así, en la primera quincena del mes de febrero de cada año, la Contraloría dictará una resolución incorporando tales incrementos y especificando los parámetros vigentes para cada uno de los órganos y entes comprendidos por esta ley (se refiere al proyecto).

## 21. PROCEDIMIENTOS ABIERTOS (NUMERUS APERTUS)

Las administraciones públicas podrán usar procedimientos más calificados o rigurosos a que corresponda según el objeto o monto del contrato., cuando ello convenga mejor a la satisfacción del fin público (*art. 29*).

Esta puerta abierta para que se utilicen otros procedimientos de selección del contratista público es completamente inconveniente y viola el principio de la seguridad jurídica. Se vuelve a insistir que no estamos en el campo de la contratación privada. Esta materia es propia de la contratación administrativa pública.

## 22. SUBSANACIONES DE LA OFERTA (NUMERUS APERTUS)

El *numeral 33*, párrafo segundo indica que: la garantía de participación legitima la oferta que aquella garantice *aunque contenga defectos subsanables* tales como FALTA de:

- \* Firmas
- \* Poderes
- \* Autenticaciones
- \* Certificados de origen
- \* Copias
- \* Timbres
- \* Propiedad de las acciones
- \* Sistemas de unidades

Y OTROS (puerta abierta para cualquier tipo de ausencias o faltas).

En la práctica *todo* se puede subsanar, entonces ¿cuándo se podrá apelar ante la Contraloría General de la República por incumplimientos o faltas?

¿Qué sentido tiene, práctico, decir –luego de esa puerta abierta de incumplimientos subsanables– “que no cambien el contenido de la oferta en cuanto a bienes y servicios ofrecidos, sus precios, plazos de entrega y garantías”?

Agrega este numeral 33 tan complaciente que la “Administración podrá pedir al oferente la subsanación de estos defectos y en este caso de negativa del oferente su oferta será descalificada”.

En el fondo, se estableció lo mismo en la modificación que se le hizo al *Reglamento de la contratación administrativa* (Decreto Ejecutivo No. 23.699-H del 28 de setiembre de 1994, Gaceta No. 199 del 20 de octubre de este año), artículo 121:

*Art. 121 a):* Una vez finalizado el acto de apertura, la Administración procederá sin demora al análisis de los *aspectos formales* de las ofertas y concederá un plazo de 5 días hábiles para que se subsane cualquier *defecto formal trascendente* que advierta, de oficio o por señalamiento de alguno de los participantes o del propio interesado, siempre que con ello no se modifiquen o alteren las condiciones establecidas en la oferta.

Si la prevención de subsanar no es atendida en tiempo, la Administración procederá a descalificar al oferente de que se trate, siempre que la naturaleza del defecto lo amerite.

Todo quedará para ser calificado por la Administración, dando lugar a las arbitrariedades del caso, máxime cuando se trata de contrataciones directas y licitaciones privadas.

Igualmente queda claro que la Administración calificará, a su gusto y antojo, cuando cree que hay defectos en los *aspectos formales* (¿qué son?) y además la Administración (es decir, los empleados públicos) darán un plazo de 5 días hábiles para que los oferentes subsanen los *defectos formales trascendentes* (obviamente “a criterio” de esos empleados públicos). Y, luego viene la contradicción de la norma al establecer que:

*Siempre que con ello no se modifiquen o alteren las condiciones establecidas en la oferta.*

La contradicción se “resuelve” en virtud de la arbitrariedad de los empleados públicos (“la Administración”) ya que todo queda a voluntad de ellos; ¿y, los administrados el interés público? Bien, gracias.

El antecedente directo de la norma reglamentaria comentada como la del proyecto de ley, está en la Resolución No. 82-93 como de la Contraloría General de la República de las 13 hs del 11 de mayo de 1993, la cual es recomendable estudiar para comprender de mejor manera las disposiciones que comentamos.

Una norma similar la tiene la *legislación colombiana* citada: Art. 25, párrafo 25, párrafo 15: las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, *salvo* cuando en forma preteroria y expresa lo exijan leyes especiales.

## 23. CLASES DE OFERTAS

La Contraloría apunta (oficio 3396 cit., págs. 6 y 7), en el conjunto de formas posibles de clases de ofertas, se pueden indicar:

### **Ofertas conjuntas:**

Presentadas por 2 o más empresas que se unen para proponer, mediante una sola propuesta y sin crear una persona jurídica con capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones, distinta de las firmas que lo conforman, la necesidad de determinado requerimiento administrativo.

En esta modalidad, en una sola oferta, varias empresas se comprometen solidariamente a atender la totalidad del objeto del negocio que interesa, conservando cada una, internamente, su individualidad respecto de las otras (desde un enfoque estrictamente jurídico), pero comprometiéndose –frente a la Admianistración en forma solidaria.

### **Ofertas en consorcio:**

Se le asigna el carácter de *oferta conjunta* y por ello conllevan la responsabilidad solidaria de cada una de las empresas que lo conforman.

### **Ofertas complementarias:**

Aquellas en las que un grupo de empresas se une para presentar una sola oferta, pero con la particularidad de que, en este caso, cada una de las empresas responde, exclusivamente, por la prestación por la que se compromete expresamente en la propuesta u oferta (plica).



En el proyecto, señala la Contraloría (oficio 3396 cit.) se crea confusión por cuanto en los *numerales 38 y 39*, se separan las *ofertas en consorcio* de las *conjuntas* y se deja por fuera las *ofertas complementarias*.

## 24. CESION DEL CONTRATO

El *numeral 36* se refiere a la cesión del contrato administrativo público en estos términos:

Los derechos y obligaciones del contratista no podrán ser cedidos sin la *autorización previa* y expresa de la Administración contratante, mediante acto debidamente razonado.

Varias observaciones se pueden hacer aquí:

- a) La cesión del contrato tiene que ser autorizada (ex-ante) por la Administración y la Contraloría General de la República, ya que el ente público puede ser complaciente en contra del interés público, siendo oportuna y necesaria la fiscalización previa del ente constitucional contralor;
- b) Es impropio decir “autorización previa”, ya que la autorización por su propia definición siempre es previa; siendo la aprobación *exp post*, es decir posterior a la generación del acto administrativo; y,
- c) El acto administrativo siempre tiene que ser motivado, razonado o fundamentado; por ello es impropio decir que el acto administrativo debe ser debidamente razonado, como si pudieran haber (legítimamente) actos del Estado sin fundamentar.

## 25. LICITACION PUBLICA

Aquí en primer lugar hay que afirmar que el rango de la licitación pública es *constitucional*, artículo 182.

Hay que recordar que el rango constitucional de la *licitación pública* responde a los hechos históricos de la década de 1940 que culminaron con la guerra civil de 1948 y la Constitución Política de 1949, ya que la oposición a las Administraciones de Calderón Guardia y Picado (1940 a 1948) consideró que los contratos administrativos sin licitación eran parte de la corrupción de esos gobiernos, además de los fraudes electorales de esa época (al respecto ver los



libros que he escrito sobre esta temática: *La social democracia en Costa Rica*, UNED, San José, 1982; *El Partido Acción Demócrata*, San José, Ed. Nueva Década, 1983; *Partidos, poder y derecho*, San José: Ed. Universidad de Costa Rica, 1985).

Al ponerle el rango constitucional a la licitación pública se pensó que la corrupción en materia de contratos administrativos se eliminaba, pero la historia confirma que con licitación o sin ella, el negociado permanece. Claro está que con la Contraloría, también con rango constitucional por las mismas razones que la licitación pública (*artículos 183 y 184*) las corrupciones se hacen demostrando más habilidad y mejor manejo de la expresión "hecha la ley, hecha la trampa".

En el proyecto de ley en comentario se debilita sustancialmente la licitación pública, y el papel de la Contraloría General de la República, como se prueba en este trabajo.

Esta licitación deja de ser el medio idóneo y preferencial para los contratos administrativos, no solo por su definición en el *numeral 41*:

*La licitación pública es el procedimiento de contratación obligatorio en los casos que se indican.*

Realmente, la definición de la licitación debe referirse a que es el medio idóneo de selección del contratista público con el fin de llevar a cabo el contrato administrativo público.

Como lo veremos, también, por los montos tan altos para realizar la licitación pública como para apelar ante la Contraloría, este medio de selección del contratista público (licitación pública) queda marginado y convertido en la excepción para la citada contratación, mientras que los otros medios de elección del contratista público (cuyos actos de adjudicación no tienen apelación ante la Contraloría) se convierten en la regla de la negociación, lo cual viola el *artículo 182 de la Carta Magna* y fomenta la corrupción administrativa, ante la ausencia de controles efectivos y reales.

La Contraloría en su Oficio No. 3396, afirma que la licitación pública, por los montos tan altos para su procedencia, pasaría de ser el procedimiento ordinario para convertirse en *un trámite de excepción* (p. 10). Así, la licitación pública desaparecería pues quedaría para contratos de elevadísima cuantía. De este modo se da el quebranto constitucional, art. 182 de la Carta Magna (p. 11).

## **26. LICITACIONES POR REGISTRO Y RESTRINGIDA**

En el proyecto se introducen las figuras de selección del contratista público, de licitación por registro y la restringida, cuyos actos de adjudicación carecen de apelación ante la Contraloría General de la República (en adelante,

Contraloría). Mediante estas vías se hace la gran mayoría de contratos del Estado sin fiscalización efectiva, lo cual posibilita el incremento de la corrupción administrativa.

Estimo que es innecesario variar la licitación privada en el país, conocida y asentada por años en el país. Lo recomendable es fortalecer y modernizar esta figura y no hacer introducciones de licitaciones por registro y restringida, que en lugar de simplificar los mecanismos de contratación administrativa, los hacen más complicados, sin necesidad (*ver artículos 44 a 48 del proyecto en comentario*).

## 27. PRECALIFICACION

Parte de los argumentos de quienes impulsan este proyecto es que buscan simplificación y flexibilidad en los procedimientos. Ya dijimos que con las licitaciones por registro y restringida se complica más el procedimiento contractual de marras.

Y con esta figura de la *precalificación*, que en su uso queda a criterio de la Administración, pasa de ser la excepción que la Contraloría tenía que autorizar para casos especiales, a la generalidad o regla al solo juicio de la Administración respectiva que hoy se requiere.

En la normativa actual la precalificación es un mecanismo en el proceso contractual de *excepción* (para casos muy calificados).

El *artículo 34 del RCA* (reglamento de la contratación administrativa) manda que la licitación con precalificación debe ser autorizada por la Contraloría General de la República, en casos muy calificados, conforme a la naturaleza del negocio.

De acuerdo con el *numeral 53 del proyecto* la precalificación queda no como excepción, sino como un medio general de pre-selección del contratista público. Asimismo, en la normativa actual puede ser impugnada ante la Contraloría (artículo 35-e, del RCA). En el artículo 53, 3 del proyecto también tiene apelación ante el ente constitucional contralor.

Lo cierto del caso es que este proyecto se mueve bajo la presión de los organismos financieros internacionales con el apoyo político de la cúpula de poder en el país; a espaldas de las necesidades y conveniencias nacionales, como es la regla en las políticas neoliberales y privatizadoras prevalecientes e impuestas por dichos organismos foráneos y los países desarrollados. De ahí la redacción y orientación general de este proyecto de 1994.

## 28. TIPOS ABIERTOS DE CONTRATOS (NUMERUS APERTUS)

El *numeral 55* repite el *artículo 3*, párrafo dos: los tipos de contratación regulados en este capítulo no excluyen la posibilidad para la Administración de definir reglamentariamente cualquier otro tipo contractual que contribuya a la satisfacción del interés general, dentro del marco general y los procedimientos fijados por esta ley.

*Numerus apertus*, como si se tratara de la contratación civil o privada. En el campo de la contratación administrativa pública, por razones de seguridad jurídica y de que los fondos que se invierten son públicos y no particulares es que existe la exigencia de que tanto los tipos o clases de contratos como los procedimientos de selección del contratista público son *numerus clausus*, cerrados.

## 29. CUADRO QUE MUESTRA EL CRITERIO DE *NUMERUS APERTUS*

Artículo	Numerus apertus
3, párr. 2	Contratos abiertos
55	Contratos abiertos
29	Procedimientos abiertos

## 30. OBRA PUBLICA

Los *numerales 57 a 61* se refieren al contrato de obra pública. En el *artículo 58* se introduce la novedad de la exigencia del estudio de impacto ambiental que defina los efectos que en ese campo tendrá la respectiva obra pública.

Por su parte el *numeral 61* atañe a que el contratista no podrá *subcontratar* por más de un 50% del total de la obra pública. En todo caso, será necesaria la autorización de la Administración.

En nuestro criterio, se hace necesaria también la autorización de la Contraloría.

Se recomienda la consulta de las leyes Nos. 7329 del 9 de febrero de 1993 y 7404 del 3 de mayo de 1994 sobre *la concesión de obra pública* y su reglamento (Decreto Ejecutivo N° 23.878-MOPT del 12 de diciembre de 1994).



### 31. SUMINISTRO DE BIENES

El contrato de suministro de bienes se regula en el *artículo 62* del proyecto en comentario.

### 32. CONTRATACION DE SERVICIOS PROFESIONALES Y TECNICOS

Son los *artículos 63 a 66* los que regulan esta materia.

En el proyecto publicado en La Gaceta No. 194 del jueves 13 de octubre de 1994 era el *artículo 64* el que se refería concretamente a la contratación de notariado y abogacía, estableciéndose la renovación del 50% de esas contrataciones, cada año. En la edición del proyecto de enero de 1995 (que es la que analizamos) estamos ante el *numeral 66* que atañe a los servicios profesionales a sueldo fijo (que es un título más genérico), rebajando la renovación de esas contrataciones, cada año, a un 25%. Ese mismo artículo manda que el reglamento establecerá las reglas objetivas de la citada renovación anual del 25% de las "plazas" contratadas.

Mucho se ha discutido sobre estas contrataciones de notarios y abogados, entre otros profesionales, por parte de la Administración Pública, por cuanto (en la realidad) son parte del botín político del partido que gana las elecciones. En la práctica ya veríamos cómo funciona esa tal "renovación anual del 25%", apenas la cuarta parte del total de las contrataciones.

En la actual normativa se establece el conocido concurso de antecedentes (*artículos 174-183* del RCA).

En el proyecto hace falta que expresamente se indique lo mismo: que el cartel de un concurso de antecedentes (contratación de servicios profesionales y técnicos) tiene recurso de apelación ante la Contraloría como el acto de adjudicación de este concurso, por la naturaleza del contrato en sí. Sugerimos la redacción del *artículo 63* así:

*La contratación de servicios técnicos o profesionales (concurso de antecedentes) a cargo de personas físicas o jurídicas, se efectuará mediante licitación pública.*

En este concurso, el aspecto económico es secundario. Lo importante es que se trata de contratar recursos humanos mediante personas físicas o jurídicas. En todo caso, debe existir la posibilidad de impugnar el cartel y el acto de adjudicación ante la Contraloría. Además, ante la fatal experiencia en estos concursos tiene que mantenerse el criterio de la Contraloría. Es decir, la aplicación del *artículo 175* del RCA.

La selección del profesional o técnico en este concurso público tiene que hacerse de acuerdo a la calificación total de cada oferta. O sea, la oferta con más

puntaje debe ser la adjudicada (y, cada renglón deberá tener un puntaje adscrito, dado a conocer en el cartel) siendo arbitraria e ilegal, la selección de una oferta con puntaje inferior, para evitar las componendas políticas y la corruptela. Sobre este tema hay abundante jurisprudencia de la Contraloría, principalmente, en el campo del concurso de antecedentes para contratar notarios y abogados para los bancos del Estado.

### 33. URGENCIA

La urgencia está comprendida en los casos de contratación directa con la respectiva autorización de la Contraloría (art. 205 del RCA).

En el proyecto, *numeral 77* se refiere a la urgencia, que funcionaría por medio de la contratación directa, siendo su párrafo segundo contradictorio y una burla a la efectiva fiscalización de la Contraloría, pues la Administración que haga esas contrataciones directas por “urgencia” lo único que tiene que hacer es NOTIFICAR a la Contraloría (informarle).

Es una perfecta ironía pues ese párrafo segundo comienza diciendo que “para los efectos del control y fiscalización correspondientes, la Administración estará obligada a *notificar* inmediatamente a la Contraloría General de la República sobre las contrataciones efectuadas”.

¿Para qué llenar de *notificaciones* a la Contraloría acerca de las contrataciones de urgencia? De lo que se trata –si se respetara el rol constitucional de la Contraloría– es la necesaria autorización de esta Contraloría para los efectos de proceder a llevar a cabo las contrataciones so pretexto de “urgentes”. Aquí hay otra prueba más de la forma en que se debilita a la Contraloría en este proyecto.

Recordamos el abuso, –durante la Administración Calderón Fournier– de la comisión de emergencias nacionales de ese pretexto de “urgencia” para contratar con fondos públicos. Tanto la Sala IV como la Contraloría afirmaron la ilegalidad de esas contrataciones.

### 34. OBJECION AL CARTEL

*La objeción al pliego de condiciones o bases (cartel)* la puede interponer ante la Contraloría, si la licitación es pública, cualquier potencial oferente. Además, también puede interponer ese recurso ante la Contraloría y ante la Administración respectiva (según corresponda) toda entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad en la cual vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual ésta vaya a surtir efectos (*numeral 79*).

Lo interesante es que con esta disposición aumentarán, sin duda, los recursos de objeción al cartel.



### 35. SILENCIO POSITIVO EN LA OBJECCION AL CARTEL

En el artículo 80 se establece el silencio positivo. Se indica que si la objeción al cartel (en una licitación pública) no es resuelta por la Contraloría en el plazo dado por ley (10 días hábiles siguientes a su presentación) o en el mismo plazo en una licitación por registro ante la Administración pertinente, se tendrá por acogida favorablemente esa objeción.

### 36. CUADRO DE APELACIONES DE ACTOS DE ADJUDICACION EN LICITACIONES PUBLICAS(\*)

Presupuesto ordinario	Licitación pública (Colones) ¢	Apelación/ adjudicación
Superior a ¢40 mil millones	Contratos superiores a ¢600 millones	Superior a ¢50 millones
Menos de ¢40 mil millones y más de ¢1.000 millones	Contratos superiores a ¢300 millones	Superior a ¢40 millones
Menos de ¢20 mil millones y más de ¢10.000 millones	Contratos superiores a ¢150 millones	Superior a ¢30 millones
Menos de ¢10.000 millones y más de ¢5.000 millones	Contratos superiores a ¢75 millones	Superior a ¢20 millones
Menos de ¢5.000 millones y más de ¢1.000 millones	Contratos superiores a ¢45 millones	Superior a ¢10 millones
Menos de ¢1.000 millones	Contratos superiores a ¢20 millones	Superior a ¢5 millones

(\*) Ver punto 19 *supra*.

Es el numeral 81 el que se refiere a estas apelaciones.



### 37. PLAZO PARA INTERPONER ANTE LA CONTRALORIA LA APELACION CONTRA EL ACTO DE ADJUDICACION DE UNA LICITACION PUBLICA

El plazo es de 10 días hábiles siguientes a la publicación en el Diario Oficial (Gaceta) del acuerdo de adjudicación respectivo (*artículo 81*, párrafo tercero).

En esos 10 días hábiles, la Contraloría tramitará el recurso de apelación; o caso contrario, lo rechazará por inadmisibile o por improcedencia manifiesta, lo cual no obsta para que esta facultad pueda ser ejercida por la Contraloría en cualquier etapa del procedimiento en que se comprueben (determinen) esos supuestos (*numeral 83*).

### 38. LEGITIMACION PARA APELAR ANTE LA CONTRALORIA

Los que están legitimados para apelar ante la Contraloría un acto de adjudicación de una licitación pública son:

- a) Toda persona que ostente (tenga) un interés legítimo, actual, propio y directo;
- b) El que presentó una plica u oferta a nombre de un tercero ostentando cualquier tipo de representación (*numeral 82*).

Aquí cabe indicar el tema de los *representantes de casas extranjeras*, que por definición del *Código de Comercio* es un colocador de órdenes de venta.

*Artículo 360 del Código de Comercio: Se denominan representantes o distribuidores de casas extranjeras o de sus sucursales, filiales y subsidiarias, toda persona natural o jurídica, que en forma continua y autónoma, con o sin representación legal, actúe colocando órdenes de compra o de venta directamente a las firmas importadoras o exportadoras locales sobre base de comisión o porcentaje, o prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta de mercaderías o servicios que otro comerciante o industrial extranjero venda o preste.*

Efectivamente, considero que el *representante de casas extranjeras* no califica para esta clase de legitimidad por la propia definición del *Código de Comercio*.

Cuando el *numeral 82* se refiere a "cualquier tipo de representación", ello no elude el punto que concierne al *poder*, toda representación requiere de un poder (apoderado) y de acuerdo a nuestra legislación hay poderes especiales, generales y generalísimos (*artículos 1251 a 1260 del Código Civil*).

### 39. SISTEMA BANCARIO ESTATAL

De acuerdo al artículo 7 de la Ley N° 7107 del 4 de noviembre de 1988) de modernización del sistema financiero de la República (mejor llamarla ley de privatización de la banca estatal, ya que ese es su objetivo y contenido, pero los tecnócratas neoliberales al servicio de los organismos financieros internacionales le ponen esos nombres de despiste completo de la verdadera finalidad) las *licitaciones públicas* que son las que tienen apelación (de sus respectivos actos de adjudicación) *sobrepasan los 53 millones de colones.*

Agrega este artículo 7 que cada dos años de oficio o a solicitud de cualquiera de los bancos del Estado, mediante acuerdo que se publicará en La Gaceta, la *Auditoría general de entidades financieras* podrá elevar los montos de contratación indicados en este numeral.

Impropia mente, se le quita a la Contraloría General de la República esta función de incremento de los montos citados (artículo 119 de la Ley de Administración Financiera de la República, LAFR, que le otorga esa facultad al ente contralor, (ver ley No. 6807 del 6 de setiembre de 1982, Gaceta No. 202 del 21 de octubre de 1982), para dársela a la indicada auditoría de entidades financieras. *Recuérdese que la Contraloría tiene rango constitucional* para ejercer el control jurídico-contable de la hacienda pública. Claro está que en el proyecto (art. 28, 3) esta facultad de incremento pertenece a la Contraloría. Esta disposición de la ley (No. 7107 de 1988) de privatización de la banca estatal forma parte de la ola neoliberal en perjuicio del Estado y de la función constitucional de la Contraloría; y, por ende, de la liquidación de la licitación pública (con rango constitucional) como medio preferencial, idóneo y prioritario de la selección del contratista público.

### 40. PERDIDA DE LA GARANTIA DE PARTICIPACION

El numeral 84 del proyecto establece que si la Contraloría, en la resolución administrativa dice que la apelación presentada carece de motivo suficiente para la impugnación, el recurrente pierde el monto de la caución de participación.

Se mantiene la tesis de castigo para el que impugna un acto de adjudicación en una licitación pública (que de por sí serán pocos por los montos tan altos para poder apelar –ver los cuadros respectivos–). Se trata de intimidar a los potenciales apelantes, amenazándolos con perder el monto de la garantía de participación.

Los defensores oficiales del proyecto hacen a un lado el hecho de que las apelaciones a los actos de adjudicación de las licitaciones públicas representan un porcentaje muy pequeño respecto de la totalidad de las licitaciones públicas



hechas cada año (consultar los informes anuales que la Contraloría le da el Poder Legislativo como prueba de esta afirmación). Además, *comprobable en la Dirección de la Contratación administrativa, de la propia Contraloría*, los casos en los cuales se apela sin fundamento son sumamente escasos. Es decir, *es falso* lo que se afirma superficialmente de que las apelaciones en las licitaciones públicas ante la Contraloría son abundantes y que también son muy frecuentes las apelaciones a los actos de adjudicación de esas licitaciones que no tienen fundamento. Esta *falsedad* se repite por los sectores que les incomoda o les estorba la Contraloría y el régimen de apelaciones citado, cuya finalidad es el control del gasto público por razones de legalidad y moralidad administrativas.

Es una irresponsabilidad e ignorancia seguir haciéndose eco de esa *falsedad*, sabiendo que con sólo estudiar los informes anuales de la Contraloría a la Asamblea Legislativa pueden llegar a la verdad fácilmente. Pero, la verdad aquí peca e incomoda.

#### **41. RECURSO DE APELACION AL ACTO DE ADJUDICACION DE UNA LICITACION PUBLICA**

El *numeral 85* del proyecto establece que cuando se discrepe de las valoraciones técnicas o apreciaciones científicas que sirven de motivo a la Administración para adoptar su decisión, el apelante deberá rebatir razonadamente dichos antecedentes, *de ser posible* mediante la presentación de dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados para opinar sobre la pericia que se trate.

Evidentemente, las apelaciones tienen que ser razonadas o no caprichosas o arbitrarias. La tónica generalizada de las impugnaciones en comentario es que son fundamentadas. Ahora bien, queda en nada la pretendida obligatoriedad de la norma 85, ya que la expresión "*de ser posible*" implica que es *voluntaria* esa disposición, no pudiendo la Contraloría rechazar de plano una apelación que no acompañe esos dictámenes o estudios. Tales dictámenes no son necesarios en la actualidad como requisito de admisibilidad.

#### **42. SILENCIO POSITIVO EN LAS APELACIONES**

El *artículo 86* del proyecto manda que si la Contraloría en el plazo para resolver (un máximo de 45 días hábiles), no emite la sentencia administrativa respectiva, se da el silencio positivo, pero en favor de la Administración pues la *adjudicación queda confirmada*; saliendo perjudicado el recurrente a quien se le rechaza su recurso de apelación y se confirma esa adjudicación por el hecho de que la Contraloría no resuelva en tiempo, perdiendo la competencia para resolver.



#### **43. SANCIONES**

El capítulo X del proyecto se refiere a las sanciones. *Son los numerales 90 a 97 los que atañen a este régimen sancionatorio. En este terreno la pregunta es: ¿se aplicarán estas sanciones?*

#### **44. INFORMACION PARA LA CONTRALORIA**

Al igual que en el *numeral 77* (enviar papeles a la Contraloría) del proyecto, en el artículo se le rebaja al ente contralor su rol constitucional en el *artículo 98* cuando se dice:

*La Administración mandará a la Contraloría, cada 3 meses un reporte sobre la actividad contractual. ¿Para qué tanto papel hacia la Contraloría?*

Se atenta contra el rango constitucional de la Contraloría y sus funciones de fiscalización y control jurídico contable de la hacienda pública.

#### **45. REGLAMENTOS POR DOQUIER**

Al tenor del *numeral 106* además del reglamento del Poder Ejecutivo, que tendrá que hacerse dentro del plazo de 3 meses siguientes a la publicación de la ley de contratación administrativa; cada uno de los órganos y entes públicos sujetos a esta futura ley podrán promulgar los reglamentos complementarios que sean necesarios.

Es decir, además de la enorme cantidad de carteles o pliegos de condiciones, existirán una multitud de reglamentos en este campo de la contratación administrativa. De esa manera se atenta contra la seguridad jurídica, fomentándose la anarquía procedimental y sustantiva.

#### **46. ARBITRAJE**

El *artículo 107* del proyecto modifica el numeral 508 del Código Procesal Civil (CPC).

*Texto actual del art. 508 del CPC:* El Estado, sus instituciones y las municipalidades podrán también someter a la decisión

de árbitros o de peritos, conforme con los trámites de este capítulo, previa autorización (la autorización siempre es previa) de la Asamblea Legislativa o del Poder Ejecutivo, según corresponda, las pretensiones patrimoniales en que figuran como partes interesadas.

*Texto propuesto por el proyecto:*

eliminan lo de autorización del Poder Legislativo o del Ejecutivo, según corresponda.

La tendencia hacia la privatización del neoliberalismo debe ser completa; o sea, ya no solo que se usen los árbitros, sino también que desaparezca la autorización de los Poderes Públicos.

#### 47. CONCLUSIONES

Lo *positivo* en este proyecto es que ya existe voluntad política para contar con una ley de contratos del Estado o de contratación administrativa. Es realmente necesaria esta legislación.

Lo *negativo*, que se puede corregir si hubiera voluntad en este sentido, entre otras cosas indicadas en este trabajo, son las siguientes:

- 1) Violación de las funciones constitucionales asignadas a la Contraloría General de la República en la fiscalización jurídico-contable de la hacienda pública;
- 2) Violación del rango constitucional de la licitación pública, ya que el proyecto la equipara a los otros medios de selección del contratista público; y, además, queda reducida a los pocos casos en que, al ser los topes de utilización tan altos (consultar los cuadros respectivos) se puede utilizar;
- 3) Las posibilidades de apelación de los actos de adjudicación de las licitaciones públicas (por lo anterior) son reducidas, con lo cual la corruptela administrativa se facilita más ya que el grueso de la contratación administrativa no es susceptible de apelada ante la Contraloría;
- 4) La inseguridad jurídica y la anarquía administrativa tienen vía libre pues, como si se tratara de la contratación privada o civil (que tienen dineros de los particulares) se permite usar cuanta clase de procedimientos y de contratos se le ocurra a las Administraciones Públicas (es decir a los empleados del Estado, en sentido genérico).

Estos gruesos defectos del proyecto pueden ser eliminados, ganando el país y este proyecto.

**48. GRAFICOS**

FUENTE: Contraloría General de la República, Oficio No. 3396 de 15 de marzo de 1995).

<b>Límites económicos del Régimen de Contratación Administrativa. 1/</b>					
<b>Monto del Presupuesto Ordinario (por rangos)</b>	<b>Tipos de contratación</b>			<b>Clasificación institucional por rangos, según Presupuesto ordinario</b>	
	<b>Licitación Pública</b>	<b>Licitación por Registro</b>	<b>Licitación restringida</b>	<b>Institución</b>	<b>Presupuesto Ordinario 1995 (millones de colones) 2/</b>
<b>Superior a ₡ 40 mil millones</b>	Contrataciones superiores a ₡ 600 millones	De ₡ 20 a ₡ 600 millones	Inferiores a ₡ 20 millones	<b>Total (6 instituciones)</b> Caja Cost. de Seguro Soc. Inst. Cost. de Electricidad Ref. Cost. de Petróleo Ministerio de Educ. Pública Instituto Nacional de Seg. Comp. Nal. de Fuerza y Luz	<b>584.582.6</b> 173.966.9 159.837.7 80.315.8 68.569.6 60.842.4 41.050.2
<b>De ₡ 20 a ₡ 40 mil millones</b>	Contrataciones superiores a ₡ 300 millones	De ₡ 20 a ₡ 300 millones	Inferiores a ₡ 20 millones	<b>Total (6 instituciones)</b> Fondo de Des. y Asig. Fam. Min. de Trab. y Seg. Soc. Banco Nal. de Costa Rica Ministerio de Hacienda Inst. Cost. Acued. Alcant. Junta Protec. Social	<b>180.008.7</b> 38.480.0 34.684.0 34.626.0 29.873.0 21.774.5 20.570.5
<b>De ₡ 10 a ₡ 20 mil millones</b>	Contrataciones superiores a ₡ 150 millones	De ₡ 10 a ₡ 150 millones	Inferiores a ₡ 10 millones	<b>Total (8 instituciones)</b> Banco Pop. y Des. Comu. Banco de Costa Rica Min. Obras Púb. y Transp. Consejo Nal. Prod. Banco Central de C. R. Poder Judicial Universidad de Costa Rica Fertilizantes de Centroam.	<b>117.833.7</b> 17.998.3 12.271.2 16.000.0 14.002.2 13.751.0 13.690.0 12.738.7 12.382.3



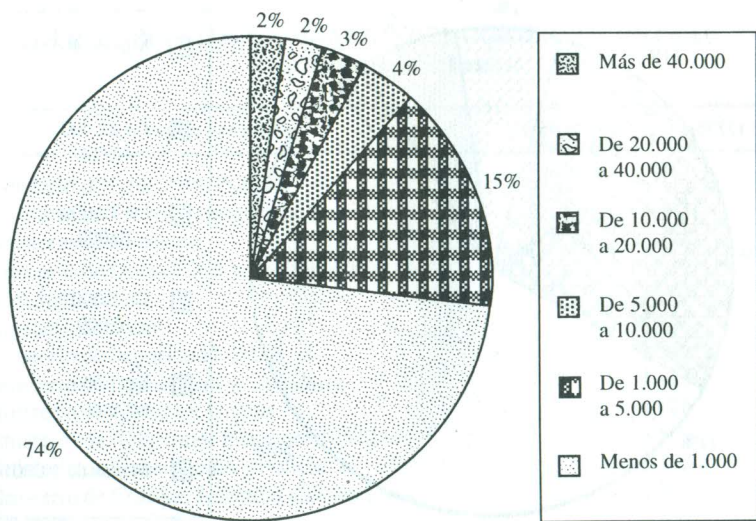
## Límites económicos del Régimen de Contratación Administrativa. 1/

Monto del Presupuesto Ordinario (por rangos)	Tipos de contratación			Clasificación institucional por rangos, según Presupuesto ordinario	
	Licitación Pública	Licitación por Registro	Licitación restringida	Institución	Presupuesto Ordinario 1995 (millones de colones) 2/
De ¢ 5 a ¢ 10 mil millones	Contrataciones superiores a ¢ 75 millones	De ¢ 5 a ¢ 75 millones	Inferiores a ¢ 5 millones	<b>Total (10 instituciones)</b>	<b>73.877.22</b>
				Régimen no Cont. (CCSS)	9.283.6
				Ministerio de Salud	8.949.0
				Inst. Nal. Viv. y Urb.	8.902.5
				Min. Seguridad Púb.	7.900.0
				Inst. Nal de Aprendizaje	7.689.4
				Banco Créd. Agr. Cartago	7.626.7
				Inst. Mixto de Ayuda Soc.	6.923.7
Japdeva	6.246.5				
Fáb. Nal. de Licores	5.250.5				
Cons. Nal. de As. Méd. Soc.	5.105.4				
De ¢ 1 a ¢ 5 mil millones	Contrataciones superiores a ¢ 45 millones	De ¢ 5 a ¢ 45 millones	Inferiores a ¢ 5 millones	<b>Total (39 instituciones)</b>	<b>71.441.4</b>
Inferior a ¢ 1 mil millones	Contrataciones superiores a ¢ 20 millones	De ¢ 2 a ¢ 20 millones	Inferiores a ¢ 2 millones	<b>Total (186 instituciones)</b>	<b>22.244.77</b>
				<b>Total General</b>	<b>1.049.988.5</b>

1/ Según expediente legislativo No. 11.480 (Dictamen unánime afirmativo del Proyecto de Ley de Contratación Administrativa).

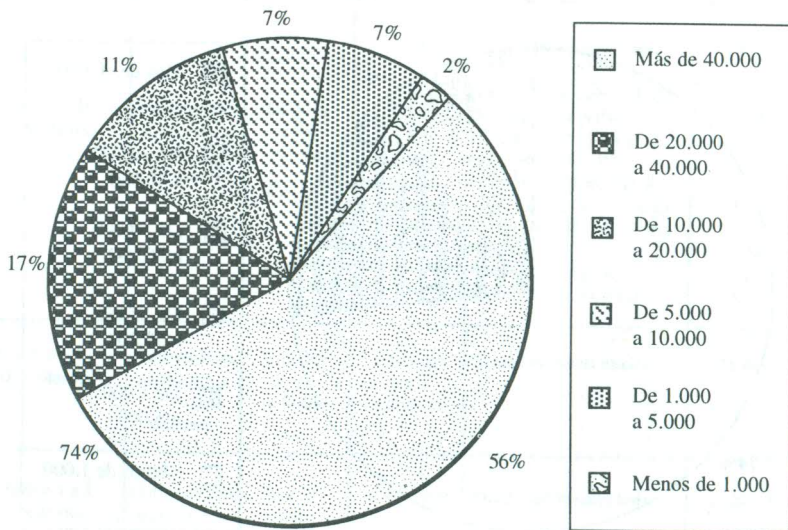
2/ Información basada en datos de la Contraloría General de la República

**GRAFICO NO. 1**  
**Número de Instituciones por Rangos,**  
**según Presupuesto Ordinario**  
**- Porcentajes -**



Este gráfico muestra la desuniformidad que producirán los rangos propuestos en el Proyecto de Ley de Contratación Administrativa, puesto que dentro de los primeros cuatro rangos se situarían solamente 30 instituciones, en tanto todas las demás quedarían dentro de los últimos dos rangos, a saber, 225 instituciones.

**GRAFICO NO. 2**  
**Sector Público: Participación de cada rango dentro del total**  
**de Presupuestos Ordinarios**  
**- Porcentajes -**



El gráfico número dos es elocuente con respecto a la participación de cada rango dentro del total de Presupuestos Ordinarios donde prácticamente los primeros tres rangos (de 10 mil a más de 40 mil millones de colones) abarcan el 84% de ese total, lo cual implicaría que dicho porcentaje se manejaría con límites de contratación sumamente amplios, lo cual podría resultar perjudicial para el manejo eficiente y eficaz de los fondos públicos.



# DONACION

## CLASIFICACIÓN INSTITUCIONAL POR RANGOS, SEGÚN PRESUPUESTO ORDINARIO 1995

– En millones de colones –

Rangos de presupuesto (en millones de colones)	Cantidad de Instituciones	%m	Monto de los Presupuestos	%
Más de 40,000	6	2,35%	584.582,6	55,68%
de 20,000 a 40,000	6	2,35%	180.008,7	17,14%
de 10,000 a 20,000	8	3,14%	117.833,7	11,22%
de 5,000 a 10,000	10	3,92%	73.877,2	7,04%
de 1,000 a 5,000	39	15,29%	71.441,4	6,80%
menos de 1,000	186	72,94%	22.244,7	2,12%
<b>Total</b>	<b>255</b>	<b>100,00%</b>	<b>1.049.988</b>	<b>100,00%</b>

## PRESUPUESTOS ORDINARIOS DEL GOBIERNO CENTRAL

– En millones de colones –

INSTITUCIÓN	LEY DE PRESUPUESTO 1995
Ministerio de Educación Pública	68.570
Ministerio de Trabajo y Seguridad Social	34.684
Ministerio de Hacienda	29.873
Ministerio de Obras Públicas y Transportes	16.000
Poder Judicial	13.690
Ministerio de Salud	8.949
Ministerio de Seguridad Pública	7.900
Ministerio de Agricultura y Ganadería	4.875
Ministerio de Justicia y Gracia	4.026
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto	3.513
Ministerio de Gobernación y Policía	3.115
Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes	2.995
Asamblea Legislativa	2.567
Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos	2.310
Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas	2.030
Contraloría General de la República	1.979
Tribunal Supremo de Elecciones	1.841
Ministerio de Economía, Industria y Comercio	1.785
Presidencia de la República	1.091
Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica	669
Ministerio de la Presidencia	515
Ministerio de Ciencia y Tecnología	419
Defensoría de los Habitantes de la República	304
Ministerio de Comercio Exterior	288

## 49. BIBLIOGRAFIA BASICA

Arias, Nancy et al. *Comentario a la resolución de la Contraloría No. 82-93 del 11 de mayo de 1993*. (San José: posgrado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994).

Cámara de Comercio. *Principales problemas en la contratación administrativa*. (San José: Revista de la Cámara: **Actualidad Económica**, 30 de mayo, 1994).

Campos, Rodrigo. *Las compras del sector público en el tratado de libre comercio, México - Costa Rica*. (San José: posgrado en Derecho. Universidad de Costa Rica, 1994).

Contraloría General de la República. *Comentarios al proyecto de ley de la contratación administrativa*. (San José: Asamblea Legislativa, Comisión de Asuntos Jurídicos, exp. 11. 840, 9-VIII - 1994).- *Documento enviado al Presidente de la Asamblea Legislativa*. (San José: 15 de marzo de 1995).

Franco, Omar. *La contratación administrativa*. (Ley No. 80, 1993). (Bogotá: Ed. Abogados, 1994).

ONU. *Informe de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional*. (New York, ONU, 1994).

Rodríguez, Gustavo. *Nuevos contratos estatales*. (Ley No. 80, 1993). (Bogotá: Librerías jurídicas, Wilches, 1994).

Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Los contratos del Estado*. (San José: UNED, 2ª ed. 1993).

*La licitación pública en Costa Rica*. (San José: Universidad de Costa Rica, 1975. Agotado).

*Concesión de obra pública*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 76, 1993).

*Exposición y comentarios ante la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de la Contratación* (San José: Asamblea Legislativa, setiembre 1994).

*¿Licitaciones?* (San José: La República, 1º de julio 1994).

*Proyectos de contratos del Estado*. (San José: La República, 5 de octubre 1994).

*Compras del sector público.* (San José: La República, 24 de noviembre 1994).

*Conferencias en CRECEX –Cámara de Representantes de Casas Extranjeras– sobre el proyecto de contratación administrativa.* (San José setiembre-octubre 1994; y, en la Federación de Colegios Profesionales. (San José: setiembre de 1995).

*Exposición y comentarios sobre el proyecto de ley de la contratación administrativa.* (San José: Unión de Cámaras, octubre 1994).

*Licitaciones.* (San José: La República, 9 de marzo, 1994).

*Conferencia sobre el proyecto de ley de la contratación administrativa.* (San José: Colegio de Abogados, octubre 1994, panel sobre este proyecto).

Saborío, Rodolfo. *Hacia la racionalización de la contratación administrativa.* (San José: La República, 15 y 16 de octubre de 1994).

*Documento enviado al Presidente de la Asamblea Legislativa.* (San José: 17 de marzo de 1995).

Soley G., Elías. *Un nuevo marco para la contratación administrativa.* (San José: La República, 8 de agosto 1994).

Soto, Jorge. *El artículo 100 de la Ley de Administración Financiera de la República y la jurisprudencia constitucional.* (San José: posgrado en derecho, Universidad de Costa Rica, 1994).

Vargas, Carlos. *Proyecto de la Ley de Contratación Administrativa.* (San José: posgrado en derecho, Universidad de Costa Rica, 1994).

Villalobos, Iván. *Análisis del artículo 7 de la ley de modernización del sistema financiero de la República.* (San José: posgrado en derecho, Universidad de Costa Rica, 1994).

#### *Votos de la Sala Constitucional*

*Nos.*

1027 - 90

1605 - 90

1563 - 91

— 000 —

Documentación sobre el GATT. (San José: Asamblea Legislativa, 1994).

Proyecto de ley de la contratación administrativa (expediente No. 11.840, Comisión de Asuntos Jurídicos, en debate actual).



Proyecto de ley de contratación administrativa (enviado al archivo, publicado en el alcance No. 1 a La Gaceta No. 13 del miércoles 19 de enero de 1994, firmado por el exdiputado Ovidio Pacheco).

— OOO —

Tratado de libre comercio de América del Norte. (México: Ed. Porrúa. Texto oficial, 1993).

#### LEYES:

No. 7374: Aprobación de los contratos de préstamos suscritos entre el BID y el Gobierno de Costa Rica. (Alcance No. 1 a La Gaceta No. 13 del miércoles 19 de enero de 1994).

No. 1279: Ley de Administración Financiera de la República.

No. 7329 y 7404: Ley de concesión de obra pública. (1993 y 1994 respectivamente).

No. 7428: Ley de la Contraloría General de la República, 1994.

No. 6227: Ley General de la Administración Pública.

No. 7474: Aprobación del tratado de libre comercio. (México-Costa Rica). 1994.

Nueva ley de adquisiciones y obras públicas (México: 1995).

#### REGLAMENTO:

Reglamento de la Contratación Administrativa.

Reglamento de la concesión de obra pública, 1994.