

BIBLIOTECA, FACULTAD
DE DERECHO

LA CONTRATACION DIRECTA DE LA ADMINISTRACION
PUBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático Facultad de Derecho, Universidad de Costa
Rica, Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Profesor de Derecho Administrativo

SAYEG-HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, ciudad de México: Cultura y Ciencia Política A.C., *Prólogo* de Jorge Gabriel GARCÍA-ROJAS, 4 vols., 1972-1975.

SCHEUING, Dieter-Helmut, "La protection des droits fondamentaux en République Fédérale d'Allemagne", en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del Siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, *Préface* de Marcel WALINE, t. III, pp. 307-359.

SCHEUING, Dieter-Helmut, *Les aides financières publiques (aux entreprises privées en droit français et européen)*, París: Berger-Lévrault, *Préface* de Prosper WEIL, 1974, 381 pp.

SCHEUNER, Ulrich, "Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neuen Staatslehre" en HESSE, Konrad; REICKE, Siegfried; SCHEUNER, Ulrich, (directores), *Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, Tubinga: Mohr, 1962, 466 pp., esp. 225-260.

SILVA-CIMMA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 3a. ed., 2 vol., 1968-1969.

SILVA-CIMMA, Enrique, "Panorama y perspectivas de la crisis institucional chilena" *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del Siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, *Préface* de Marcel WALINE, 1969, t. IV, pp. 553-551.

SILVA-HERZOG FLORES, Jesús; GONZÁLEZ-AVELAR, Miguel y CORTIÑAZ-PELÁEZ, León, directores, *Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda (Cometido del Poder Público en la segunda mitad del siglo XX)*, ciudad de México: Porrúa, S.A., *Prólogo* por Jesús SILVA-HERZOG FLORES, 1977, 788 pp.

WOLFF, Hans-Julius, "Fundamentos del derecho administrativo de prestaciones", en el *Homenaje a Sayagués-Laso*, precitado *supra*, t. V, pp. 349-382.

ZANOBINI, Guido, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Milán: Giuffrè, 1935.

SUMARIO

Siglas más usadas

Resumen

- I. Introducción
- II. Definición
- III. Sistema de autorización caso por caso ("sistema de excepciones a la licitación")
- IV. Análisis de los casos
 - 1) Primer caso
 - 2) Segundo caso
 - 3) Tercer caso
 - 4) Cuarto caso
 - 5) Quinto caso
 - 6) Sexto caso
 - 7) Sétimo caso
 - 8) Octavo caso
 - 9) Noveno caso
- V. Otras situaciones y normativas
 - 1) Donaciones
 - 2) Permuta de bienes y sustitución de equipo
 - 3) Fajas de terrenos nacionales o municipales
 - 4) Transporte de empleados y funcionarios públicos
 - 5) Autorizaciones de la Contraloría
 - 6) Necesidad de la autorización Contralora
 - 7) Solicitud de autorización
 - 8) Presentación de plicas
 - 9) Consultas y negociación ventajosa
 - 10) Garantía; y, documentación necesaria
 - 11) Caso especial del Tribunal Supremo de Elecciones (Inconstitucional e inadmisibile)
 - 12) Tarifas y compensaciones económicas
- VI. A modo de conclusiones

Bibliografía de referencia

Siglas más usadas

LAP	Ley de administración pública
LARF	Ley de administración financiera de la República
C	Contraloría General de la República
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas
RJ	Revista Judicial
D	Decreto ejecutivo
H	Ministerio de Hacienda
RCA	Reglamento de la contratación administrativa
Art.	Artículo
Plan	Ministerio de Planificación
LCE	Ley de contratos del Estado
J	Ministerio de Justicia
CP	Constitución Política
L	Ley

RESUMEN

Lo relativo a la contratación directa implica que el Estado puede contratar directamente (en un mercado monopólico) de conformidad con la Ley y en casos sumamente excepcionales, ya que la regla o la norma es la licitación, tal y como lo dispone el artículo 182 de la Constitución Política:

los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas (se debe decir "descentralizadas" y no "autónomas" (1)), las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.

Se trata de una temática controversial, ya que siempre se discute acerca de las deficiencias de estas vías para evadir la licitación, como camino idóneo para la negociación de la Administración Pública.

(1) Cf. nuestro estudio *Estado y derecho administrativo. La descentralización a debate* (San José: Facultad de Derecho. UCR. 198).

I. Introducción

Si bien es cierto que la contratación directa se presenta como una vía de excepción en la contratación de la Administración Pública, también lo es que tiene importancia cualitativa y cuantitativamente.

Se analizarán aquí los supuestos o casos en los cuales procede la negociación directa dentro de esa óptica de constituir sendas no regulares para que el Estado contrate.

II. Definición

La negociación directa del Estado, de acuerdo con los procedimientos legales, es la excepción a la licitación o concurso público⁽²⁾.

Por esta vía la Administración Pública está facultada para contratar (sin concurso, sin licitación) con un oferente, *como si se tratara de un particular*, que con fondos privados, negocia con otro sujeto de derecho privado al amparo de la legislación común o civil. Sin embargo, esa es mera apariencia, ya que sustantivamente, lo que se está dando es un contrato público sujeto al derecho administrativo llevado a cabo por un ente no-privado, sino público.

Claro está que esa negociación directa debe y tiene que sujetarse a las reglas de excepción que establece el dercho administrativo.

El artículo 197 del RCA se refiere al tema en cuestión de la siguiente manera:

La contratación mediante los procedimientos de concurso que establece la ley, constituye la forma normal o idóneo para obligar a la Administración. Consecuentemente, la contratación directa, resulta, en los casos autorizados que seguidamente se regulan, la excepción a los referidos procedimientos.

Esa redacción requiere, en nuestro criterio, una modificación, así:

la contratación por medio de los procedimientos del concurso público o licitación pública, establecidos por la Ley, constituyen la

(2) Máximo Bezzi, Osvaldo *El contrato de obra pública* (Buenos Aires. Ed. Ebeledo-Perrot, 1982, pp. 92 y 93).

manera regular de negociar el Estado. De conformidad con lo anterior, la contratación directa es una forma excepcional de negociación de la Administración Pública, sujeta a la autorización expresa y respectiva.

III. Sistema de autorización: caso por caso

El RCA establece un sistema de autorización casuístico; es decir, caso por caso. *Prima facie*, estaríamos ante un modelo cerrado, empero, esos casos —como estructura— no es cerrado, ya que presenta una brecha importante, como lo señalaremos *infra*.

IV. Análisis de los casos

1) Primer caso

El artículo 198 del RCA manda que como primera excepción a los procedimientos del concurso o licitación, queda expresamente autorizada la contratación directa *cuando* el monto estimado del negocio o contrato sea *inferior* a los siguientes límites a los cuales hace referencia el numeral 24 de este mismo reglamento⁽³⁾.

Primer grupo	Q 10.000
Segundo grupo	Q 5.000
Tercer grupo	Q 3.750

(3) *Artículo 24 RCA*: para los efectos de la determinación del procedimiento de selección a seguir en la contratación administrativa, los entes estatales se clasifican en tres grupos conforme al monto del presupuesto ordinario originalmente autorizado; entendiéndose por éste, el presupuesto financiado con los recursos propios y normales del ente para la satisfacción de sus necesidades ordinarias. Tales grupos son:

- I Administraciones con un presupuesto superior a diez millones de colones.
- II Administraciones con un presupuesto entre uno a diez millones de colones.
- III Administraciones con un presupuesto inferior a un millón de colones.

A los indicados fines, las dependencias del Poder Ejecutivo y de los demás Poderes y órganos del Estado, en cuanto servidas en la contratación administrativa por la Proveeduría Nacional, se entenderán incluidas en el primer grupo.

Se trata de una clasificación empírica y muy débil en estas épocas, devaluación monetaria y en, fin, de crisis en el sistema económico.⁽⁴⁾ Se trata, pues, de un caso regido por el criterio del monto de los presupuestos de las entidades públicas.

2) Segundo caso

Como segunda excepción a los procedimientos de la licitación, se da la negociación directa en el supuesto de que el negocio que se quiera efectuar sea la *actividad ordinaria* del ente contratista.

Se entenderá por *actividad ordinaria*, únicamente la que realiza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia mediante una actividad o servicio (que es la prestación última para el cumplimiento de sus objetivos) cuya materialización o realización comercial regular, constante, permanente o frecuente con los llamados usuarios (del servicio⁽⁵⁾ o actividad pública), tanto como el dinamismo que la naturaleza de su tráfico (mercantil o comercial) le impone, resultan incompatibles con el procedimiento de la licitación o concurso.

Tal es el mandato del artículo 199 del RCA, en lo que atañe al concepto de *actividad ordinaria* o servicio público esencial de la Administración Pública, como por ejemplo: la venta de pólizas de vida, derechos telefónicos, pajas de agua, por los respectivos entes de la Administración.

Ese mismo numeral expresa que no se tienen por incluidos en la definición anterior de *actividad ordinaria*, entre otros (es decir, "por ejemplo", se trata de *numerus apertus*, por mera vía ilustrativa):

* los contratos que la Administración celebre *para su instalación* =

compra o arrendamiento de edificios, mobiliario, construcción de obras, etc.;

* *para su funcionamiento* =

arrendamiento o compra de equipos, vehículos, materiales, útiles, combustibles, etc.

* *para el transporte de productos para su uso o comercio; y,*

(4) Cf. nuestras investigaciones *algunas notas sobre los diversos enfoques acerca de la crisis* (Costa Rica) (San José: Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, 1985). *La deuda externa: un debate crucial* (en prensa, 1987).

(5) Nuestro estudio sobre *El servicio público* (San José: Facultad de Derecho, 1984. UCR).

* *la información y prestación ajenas a la finalidad inmediata de su servicio público asignado.*

La Contraloría General de la República (CGR) tendrá a su cargo y responsabilidad de delimitación y fijación de la *actividad ordinaria*⁽⁶⁾ propia de ciertos entes públicos, por medio de un acuerdo que se publicará en La Gaceta (Diario Oficial).

En última instancia, es la Contraloría (CGR) la que calificará cuando se está en presencia de un servicio público, como actividad ordinaria del ente, para los efectos de que se ubique en este supuesto y pueda la Administración negociar directamente (en forma legal) los trámites de la licitación.

3) Tercer caso

Se trata del supuesto de un mercado monopólico del lado de la oferta o del oferente.

A él se refiere el numeral 200 del RCA cuando manda que se autorizará la negociación directa en el supuesto que se constate que *solo una persona* está en condiciones de comprometerse (o de negociar), de acuerdo a la naturaleza del contrato y las circunstancias propias de la negociación.

A continuación el numeral citado, señala varios supuestos, dentro del sistema de *numerus apertus*, ya que se trata de ejemplos; y, por ende, se admiten otros posibles casos o situaciones.

Los casos por vía de ejemplo que se dan, son los siguientes:

1) *compra de mercadería exclusivas.*

Es decir, aquellos bienes que en razón de patente de invención sólo sean elaborados, manufacturados o producidos por una empresa, siempre que no existan en el mercado mercaderías análogas sustitutivas.

2) *Adquisición de repuestos genuinos.*

Es el supuesto de la compra de dichos repuestos manufacturados por la propia fábrica de los equipos principales; y, que en el país solo exista un distribuidor autorizado por la citada fábrica.

(6) Cf. nuestra investigación sobre *el concepto e implicaciones de la actividad ordinaria* (San José: inédito, 1987).

3) *Compra de inmueble.*

Las razones que pueden justificar la adquisición de un inmueble mediante la contratación directa, vienen dadas por su ubicación o localización, naturaleza, condiciones y otras características de la propiedad que configuren el supuesto de que es único para la finalidad que tiene la Administración.

Por lo que se refiere al *precio* del inmueble, la Contraloría (CGR) no autorizará la negociación directa por una cantidad de dinero mayor que la fijada por la Dirección General de la Tributación Directa (DGTD).

Añade este numeral, que si por el mayor precio de la propiedad (respecto del indicado por la DGTD), el negocio no se puede llevar a cabo, la Administración gestionará la vía de la *expropiación*.

4) *Bienes o servicios "únicos".*

También se puede negociar por el canal de la negociación directa, la adquisición de bienes o de servicios que por su naturaleza intelectual o artística, o por su carácter (razón ontológica); o, por sus medios técnicos exclusivos, se estimen al margen de la competencia de mercado.

Parte de las circunstancias que indujeron a incluir este caso, se centra en el interés de algunos bancos estatales de comprar pinturas elaboradas por artistas costarricenses muy bien cotizados en el mercado.

Una de las razones que se argumentaron a favor de este supuesto fue que el Estado como tutor de la sociedad, por medio de sus bancos, se encargaría de adquirir esos cuadros o pinturas para proteger el patrimonio nacional y que no salieran del país.

5) *Unico fabricante.*

La adquisición de bienes y servicios elaborados por empresas nacionales a precio de mayorista (al por mayor), para aquellas situaciones en que exista solo un fabricante.

4) *Cuarto caso*

Aquí se está ante el supuesto de *seguridades específicas*. El numeral 201 lo expresa de la siguiente manera:

se admitirá la negociación directa cuando la contratación necesite de *seguridades* determinadas que hagan que no exista interés en convocar o invitar a otros oferentes. Se participa en el negocio a aquel aplicante que llena esos requerimientos de *seguridad* y que a la vez la garantiza.

El numeral entra a detallar lo que enunció en el primer párrafo expresando que una negociación necesita de esas *seguridades* cuando se trata, *fundamentalmente* de:

- 1) *Sistemas de protección* para reducir las posibilidades de violación o robo en lugares de trabajo, de almacenamiento o de custodia de bienes, valores o documentos.
- 2) *La confección e impresión de moneda*, especies fiscales u otros valores similares, los cuales la Administración no suele confiar a cualquier empresa, sino a determinada sociedad mercantil.
- 3) *Compra de armas*, municiones y pertrechos para uso de los cuerpos de orden y seguridad nacional o cuerpos de vigilancia institucional.
- 4) *Reparación de maquinaria*, cuando sea necesario el desarme de la misma para realizar trabajos imprevisibles que se deven llevar a cabo en un "taller de reparación" bien conocido por su calidad, garantías técnicas, eficiencia, responsabilidad; teniendo como una base un *precio alzado*; o bien, una estimación (aquí lo que agrega el numeral: "aproximada", sale osbrando, ya que toda "estimación" es "aproximada") del *precio* con el fin de pagarlo en su oportunidad de cauerdo a una liquidación precisa y detallada.

5) *Quinto caso*

Contratos inter-institucionales

Se permite la contratación directa entre instituciones de derecho público, agregando el numeral 202 que sin más limitación que la determinada por su competencia.

Este numeral señala una salvedad a esa negociación, al decir que con la excepción que se encuentra en el *artículo* 208 (que después indicaremos) *no se podrán* efectuar operaciones entre esas instituciones cuando signifiquen una condonación de un 10% o más del valor de las obras, bienes muebles o servicios contenidos en el contrato, de conformidad con el estudio económico o peritaje correspondiente. Por supuesto, aclara este artículo, que quedan advertidas las autorizaciones de la Asamblea Legislativa en esta materia, ya que tienen rango de Ley y prevalecen sobre lo que disponga este reglamento.

Finalmente, este numeral agrega que en lo que al *precio de venta* de inmuebles entre las citadas personas de derecho público, rige lo que establece el artículo 26 RCA, el cual manda:

La estimación del precio de base para la venta de inmuebles del dominio público o privado del Estado o de sus instituciones, se hará por medio del avalúo reciente de la oficina especializada de la Dirección General de la Tributación Directa (DGTD). Dicha base sólo podrá ser rebajada con autorización de la Contraloría General (CG), en un nuevo procedimiento de *concurso*, hasta en un 20% en el supuesto de una *licitación*⁽⁷⁾ fallida o infructuosa.

6) Sexto caso

Este sexto caso se refiere a los contratos que la Administración realice con:

- * gobiernos o entidades de otros países,
- * organismos nacionales o extranjeros de utilidad pública o bien social, ajenos al espíritu de lucro.

Con el fin de realizar el negocio directo (sin concurso, sin licitación), la Administración Pública que el gasto por ese concepto *no* exceda los *límites de lo razonable* (concepto jurídico indeterminado) de acuerdo a los precios que se establezcan (por el mercado) en negocios análogos, ya fuere en el mercado nacional o en el internacional, al tenor del numeral 203 RCA.

7) Séptimo caso

Negocio sin lucro para el co-contratante con el Estado

Este supuesto se refiere a los negocios con personas físicas o entidades privadas que, en el caso concreto de esa negociación, carezcan del ánimo de lucro (*animus lucrandi*). Es decir, se trate de una ayuda evidente y tangible para el Estado o sus instituciones.

Añade el numeral 204 RCA que se está en este supuesto cuando el valor del negocio sea inferior al precio real de mercado en un tercio o más. El *modus operandi*, para determinar el valor real de mercado lo fijará la Dirección General de la Tributación Directa (DGTD) cuando se trate de adquisición de bienes inmuebles. Cuando se está ante la compra de otro tipo de compra o contrato (de bienes o de servicios), la propia Administración interesada, mediante un perito, establece ese precio real de mercado.

(7) Los términos *licitación* y *concurso* son sinónimos.

8) Octavo caso

Supuesto de la urgencia

Este es el caso más antiguo o el que dio lugar a las excepciones, ahora ya clasificadas y sistematizadas a lo largo del tiempo. Las vías fuera del concurso o licitación (que es lo mismo), nacieron a raíz del argumento de la "urgencia". Después, como no era suficiente el pretexto de la "urgencia", le agregó la Administración interesada "apremiante", lo cual era innecesario, desde el punto de vista del idioma, ya que se supone que toda urgencia es apremiante.

Ante esta situación, el mismo numeral trata de precisar un poco este caso, al decir que se entiende por "urgencia apremiante" aquella *imperiosa* en razón de los *intereses graves* que encierra y de manera especial la que se relaciona con situaciones de emergencia nacional o local (regional), en donde la necesidad de negociación no se pudo prever o financiar con la anticipación debida o necesaria en punto a observar o seguir los trámites normales del concurso o la licitación. El numeral usa una expresión más genérica aquí: para seguir los trámites normales de la contratación administrativa.

Interesante aquí es destacar que ese estado de emergencia nacional o regional, lo puede establecer la Contraloría sin necesidad que así lo indique el Poder Ejecutivo (mediante decreto) o la Asamblea Legislativa (por medio de una ley).

Se trata de un estado de emergencia advertido y admitido por la Contraloría, sin que medie una declaratoria oficial de parte del Estado.

9) Noveno caso

Licitación fallida o infructuosa

En síntesis se trata del supuesto de un concurso que no llegó a su objetivo: la selección del contratista público.

El numeral 206 lo manda del siguiente modo:

Se autorizará la contratación directa cuando se de una licitación fallida o infructuosa. Se entenderá por esa clase de licitación aquella en la que no se presentaron ofertas o plicas en el plazo indicado por el cartel para ese efecto; o, en el supuesto de que se recibieron ofertas o propuestas, pero se rechazaron todas porque la Administración estimó que perjudicaban sus intereses o no convenían a los mismos.

El numeral indicado expresa que existe una *salvedad* a ese enunciado general:

Cuando en el criterio de la Contraloría General (aquí cabe hacer la observación que hay un error de impresión, pues se lee "contratación", cuando debe decir "Contraloría") deba repetirse el procedimiento licitatorio para conseguir plicas sobre las mismas bases (teniendo en juego el mismo cartel); o, cuando tales bases del concurso deban cambiarse para facilitar una mayor concurrencia de ofertas.

10) Décimo caso

Se admite la negociación directa en los supuestos de construcción, instalación o provisión de oficinas o servicios en el exterior (embajadas, consulados, sucursales, etc.) en aquellos casos en que por la distancia o por otras razones de carácter jurídico, técnico o práctico, no es ventajoso o posible realizar un concurso o licitación en Costa Rica para esos efectos.

En esos supuestos, la Contraloría General podrá ordenar (más bien, se debe decir "autorizar", ya que la Contraloría en esta materia no puede "ordenar" su tarea se circunscribe a "autorizar") cierto tipo o clase de concurso o selección que se realizaría en el país donde se necesite hacer esa negociación.

¿Qué podrá ser "cierto tipo de concurso"?

Ello queda librado al criterio de la Contraloría. Consideramos, que aquí ese numeral se refiere a un concurso privado, en el cual se invitan a participar, por carta o medio de comunicación privada (particular) a dos o más empresas. Esto choca o contradice la autorización para negociar directamente establecida en este numeral 207 RCA, pero, ante la ausencia de controles eficaces en esta clase de negocios, se tiene a que al menos se haga una disimulada contratación directa, previendo —en lo posible— los posibles abusos que pudieran darse en estas contrataciones.

V. Otras situaciones y normativas

1.—Donaciones

Los salvamentos, artículos en desuso y los de desecho, con un valor en libros de contabilidad o de acuerdo al peritaje respectivo, que no exceda de mil colones (₡ 1.000) por unidad, podrán ser donados por las entidades públicas a otras entidades igualmente públicas (de derecho público), cooperativas o a organismos de bien social o de interés comunal (advertimos aquí el uso de tales conceptos jurídicos indeterminados).

Por lo que atañe a bienes de la misma naturaleza de los *supra* indicados (manda este numeral 208 RCA) de un precio mayor a los ₡ 1.000 y hasta los ₡ 10.000 podrán ser vendidos a aquellas mismas entidades indicadas por la mitad de su valor.

In fine, este numeral, expresa que aquellos negocios entre entes de derecho público que no se encuentren ubicados en este artículo, quedan comprendidos en la quinta excepción a la licitación o quinto caso de contratación directa, al tenor del numeral 202 *supra* mencionado.

También este artículo remite al decreto ejecutivo N° 8539 del 25 de abril de 1978, reglamento a la ley N° 6106 de noviembre de 1977 relativo a los bienes confiscados, caídos en comiso o no retirados por sus dueños.

2. Permuta de bienes y sustitución de equipo

Aquella permuta de bienes y la sustitución de equipo que se realice mediante contratación directa, al tenor de la normativa respectiva, tiene que contar con la autorización de la Contraloría General.

Aclara este artículo 29 RCA que los bienes o servicios objeto de la permuta que haga la Administración, serán exclusivamente aquellos de su propia industria o que sean excedentes.

3. Fajas de terrenos nacionales o municipales

Por lo que respecta a estas fajas (fracciones o pedazos) que existan en la orilla de una vía pública y que se quiera vender (no afectadas a un fin público ni a futuras ampliaciones de la vía), se le ofrecerán al dueño del bien inmueble colindantes con esas fajas, por el precio del avalúo que para ese efecto haga la Dirección General de la Tributación Directa (DGT), por medio de su oficina especializada.

Expresamente señala este numeral 210 RCA, que únicamente si ese dueño colindante de la respectiva faja, no manifiesta interés por adquirirla dentro del plazo de 30 días siguientes a la notificación formal del correspondiente acuerdo, se estará o se cumplirá con los trámites de la licitación o del remate, con la advertencia de que si el citado colindante de la faja de marras concurre o participa en la licitación o en el remate, tendrá derecho de preferencia en igualdad de condiciones.

Aún más, la Administración Pública del caso, está facultada —en casos especiales— darle facilidades económicas al particular colindante para que adquiera la faja, mediante un plazo de cinco años para pagar esa deuda, aval hipotecario, intereses del caso, luego de que el particular le muestra al ente público su deseo de comprar la faja dicha o que resulte adjudicatario en el concurso efectuado.

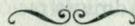
4.—Transporte de empleados y funciones públicas

El Estado está facultado para tomar en alquiler, como si fuera una *actividad ordinaria* (claro que, estrictamente, no es tal actividad, pero para los efectos de este reglamento queda equiparada), servicios de transporte de empleados y funcionarios públicos (agentes) *suos* con vehículo propio que, se vieren obligados a desplazarse para cumplir con su trabajo, de acuerdo a estas condiciones:

- * que exista un sistema de control interno eficiente que garantice el uso racional e impida abusos.

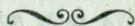
En la letra parece bien, pero en la práctica, podrá cumplirse con este requisito?

- * que se emita una reglamentación que regule ese tipo de servicios, incluyendo las correspondientes tarifas o régimen remunerativo; y,
- * que la implantación del sistema, tanto como su reglamentación, cuenten con la autorización de la Contraloría General.



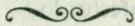
La Contraloría únicamente autorizará esta clase de contratación directa, como si fuere *actividad ordinaria* de la Administración, cuando:

- * se origine o nazca de una verdadera, real y efectiva necesidad de la entidad pública, y
- * que sea un factor o elemento de economía debido a que se evitan gastos o erogaciones innecesarias en la compra de vehículos, combustible, seguros, servicios personales, viáticos, repuestos, etc.



El ente contralor podrá cancelar las autorizaciones dadas para esta negociación directa, cuando:

- * a su juicio se han cometido abusos; o,
- * si se comprueban inadecuadas o inconvenientes situaciones o circunstancias administrativas (vicios o insanas prácticas) así lo justifiquen o señalen.



Por supuesto, que la Contraloría podrá sentar las responsabilidades respectivas por esos vicios administrativos, abusos o faltas graves.

Este numeral 211 presenta un *transitorio*, que ya tiene que haber jugado su papel jurídico, por cuanto manda que las Administraciones Públicas que han venido usando esta clase de negociación directa con sus agentes, tienen que haber cumplido con los requisitos de esta disposición dentro de los tres meses posteriores a la publicación de este decreto (o, reglamento=RCA).

5.—Autorizaciones de la Contraloría

En este numeral 212 es de suma importancia, por cuanto faculta a la Contraloría General de la República (CGR) a autorizar otros casos *no* contemplados en este reglamento (RCA. En otras palabras, los casos que en esta normativa se indican son a título de ejemplo y están expresamente indicados.

Observación importante:

La Contraloría tiene la facultad de conceder autorizaciones para negociar directamente, de acuerdo a su criterio y bajo circunstancias muy calificadas.

Esta potestad de uso discrecional, por parte de la Contraloría es muy delicada y riesgosa, ya que (teóricamente) los entes públicos podrían tratar de abusar de ese "portillo" para pretender evadir fácilmente la licitación o el concurso.

6.—Necesidad de la autorización Contralora

El numeral 213 manda lo siguiente:

con la *salvedad* de lo indicado en los artículos 198, 199, 202, 203 y 204 de este RCA, será necesaria la autorización de la Contraloría General para toda clase de negociación directa cuya erogación o gasto pase (o, se exceda) de estos límites:

* ₡ 30.000

* ₡ 15.000 y

* ₡ 5.000

por su *orden* (respectivamente) y en relación a los tres grupos regulados por el artículo 24 del RCA⁽⁸⁾.

Por lo que atañe a la enajenación de bienes inmuebles al amparo de la excepción prevista en el numeral 202 (ya indicada), serán necesarias las autorizaciones que establecen en el numeral 25⁽⁹⁾.

Este mismo numeral 213 RCA, manda que las negociaciones directas por sumas inferiores a las señaladas *supra* (¢ 30.000, ¢ 15.000 y ¢ 5.000), pero mayores —respectivamente—, de acuerdo al grupo presupuestario dado, a ¢ 10.000, ¢ 5.000 y ¢ 3.750 será autorizadas y justificadas por la Proveeduría Nacional o por la Administración negociante, correspondiente, de conformidad a las excepciones a la licitación o concurso, que se regulan en este capítulo de la contratación directa, haciendo constar en el expediente la informativa del caso.

Antes de iniciar el negocio, se deberá contar con la autorización de la Contraloría. Sin esta autorización, cualquier negociación es nula y acarrea responsabilidades para los agentes públicos involucrados.

7.—Solicitud de autorización

Se le planeará una solicitud de contratación directa a la Contraloría, para que ésta la estudie y declare si procede o no tal autorización para que la Administración negocie directamente.

Tal solicitud tendrá los siguientes requisitos:

- a) indicación clara de lo que se quiere contratar (objeto de la negociación),
- b) fundamento jurídico de la solicitud (señalando el numeral de este RCA),
- c) detalle de las razones para pedir que la negociación directa proceda (razones de hecho y de derecho)
- d) en el expediente correspondiente constará el documento en el cual el experto o profesional afirma (con razones técnicas) por qué debe proceder la negociación directa. Si no hay profesional o experto, ese documento lo firmará el agente público (empleado o funcionario) encargado de esa tramitación,
- e) cuando se trate de la compra de bienes inmuebles, deberá acompañarse el avalúo de la Dirección General de la Tributación Directa (DGTID),

(8) Ver *supra*, análisis del primer caso de contratación directa.

(9) En este artículo 25 del RCA quedan fijados los requisitos para la enajenación de bienes inmuebles del Estado o de sus instituciones.

f) documento público en el cual se haga constar que hay fondos suficientes, disponibles y debidamente presupuestados para enfrentar esa contratación directa, si es que se pagará al *contado*. Si el pago es a *crédito*, en forma total o parcial, también se adjuntará esta información,

g) acompañar, cuando proceda las declaraciones o certificaciones a que hacen referencia los numerales 94, 95 y 96 (impuestos directos, imposibilidad legal para arnegociar con el Estado, y naturaleza y propiedad de las acciones, respectivamente); *salvo*:

* respecto de los casos de empresas extranjeras; y,

* aquellas situaciones contempladas en el numeral 200 RCA (*tercer caso* en el cual se autoriza la negociación directa, ya ya indicado *supra*).

h) si el monto de la contratación directa supera los ¢ 10.000, se deben adjuntar los documentos referidos en el numeral 98 RCA (este artículo manda que cuando el co-contratante con el Estado se presente a *nombre y por cuenta propia* de distribuidores exclusivos, será necesaria la presentación de los precios de catálogos o proformas recibidas del fabricante o exportador, según sea lo pertinente. Añadiendo este numeral que en el caso de que intervengan representantes de casas extranjeras, éste lo único que hará es presentar la plica u oferta del principal. Está permitido cotizar *propuestas conjuntas*,⁽¹⁰⁾ bajo la condición de que cumplan con estos requisitos).

Este numeral 214 RCA tiene un agregado que permite no cumplir (omitir) con algún(os) requisito(s) de los ya indicados, cuando afirma:

“La Contraloría General puede dispensar cualquier omisión en cuanto a información no indispensable o que se pueda suplir u obtener por otro medio”.

Con ello debilita este numeral 214, pero a la vez lo hace flexible, a criterio del ente contralor, que es el que tiene a su cargo la facultad de otorgar la autorización.

In fine, se presenta otra circunstancia más calificada. Aquella en la cual se da una *situación de emergencia*, que no admita dilatorias o retrasos, vinculada con graves intereses sociales o económicos, locales (regionales) o nacionales.

Esta *emergencia* (comprobada, real, efectiva) dará lugar a una solicitud ante la Contraloría por vía telefónica o por cualquier otro medio

(10) Cf. nuestro trabajo sobre *la oferta*, vid. bibliografía *infra*.

compatible (cualquiera que sea) con dicha *urgencia*. La Contraloría, por esa misma vía o por otra (igualmente espedita), podrá otorgar la autorización.

Claro está, que posteriormente se tendrá que cumplir con la tramitación requerida, para efectos de sujetarse, en lo posible, a lo que dispone este numeral 214 RCA.

8.—Presentación de plicas

A juicio de la Administración, las ofertas que se presenten bajo la modalidad de contratación directa, en lo posible, se sujetarán al capítulo VI del Título III de este RCA, relativo a la oferta, artículos 81 a 108.

9.—Consultas y negociación ventajosa

A pesar de que la ley autorice la negociación directa o que la Contraloría le de el visto bueno, ello no obsta o impide que la Administración tenga el deber de efectuar consultas por teléfono acerca de precios y otras condiciones contractuales para determinar que la contratación directa que va a realizar no es dañina a sus intereses. Lo anterior cuando se esté ante las circunstancias de *urgencia* (ya visto) o de otras razones que no impidan la competencia y en la *medida de lo posible* (concepto jurídico indeterminado). Incluso tiene el deber de negociar con el co-contratante hasta llegar a una negociación que le sea a la Administración ventajosa.

10.—Garantía; y, documentación necesaria

Tanto la Administración, como la Contraloría (cuando autoriza la negociación directa) podrán exigir cuando así lo estimen conveniente, necesario y posible, una *garantía de cumplimiento* por el 5% del monto de la contratación del caso. También se les puede requerir a los particulares negociantes cotizaciones originales, catálogos de precios, facturas y demás documentos o información que se consideren necesarios y convenientes para que el Estado tenga una clara idea y un cierto respaldo de lo que está comprando.

Es decir, contratar directamente, no implica comprar a ciegas, menos entratándose de fondos públicos.

11.—Caso especial del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE)

Este caso es especial por el posible abuso y privilegio que encierra. Lo vamos a explicar del siguiente modo:

el numeral 218 RCA expresa que durante la época preelectoral, la Contraloría General queda autorizada para facilitar los procedimientos de contratación que necesite el TSE para el cumplimiento de sus funciones constitucionales a cabalidad.

Esta es una norma reglamentaria, subordinada a la normativa legislativa.

El Código Electoral, en su artículo 175 expresaba lo mismo que el numeral 218 RCA, en cuanto a que *un año* de las elecciones tendrían, prácticamente vía libre para celebrar contrataciones directas, de modo generalizado para cualquier compra que hicieran. Esto de por sí era un abuso normativo, ya que la disposición debía estar centrada en el concepto de *material electoral*; pero, no. Era para toda clase de adquisiciones de bienes y de servicios, lo cual constituía una brecha muy amplia para posibles usos y abusos de esa disposición. Lo esperable era que esa puerta se cerrara. Pero, ocurrió todo lo contrario, se abrió de par en par, pues por reforma del 30 de noviembre de 1984, ese artículo se modificó para que el TSE pueda negociar directamente *lo que quiera y en cualquier momento*. Se trata de una norma absurda, peligrosa y groseramente atentatoria contra la norma constitucional del numeral 182 que establece la licitación pública como la vía normal, regular y adecuada de la negociación administrativa.

Esa cláusula legislativa *inconstitucional*, expresa:

Artículo 175 del Código Electoral

“El Poder Ejecutivo deberá tramitar, en el término máximo de diez días naturales, las solicitudes de mercaderías y reservas de crédito que formule el Tribunal Supremo de Elecciones, *sin entrar a calificar la conveniencia u oportunidad del gasto*.”

A juicio del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), las adquisiciones podrán hacerse mediante *licitación privada* que hará la Proveeduría Nacional o la Proveeduría del TSE, *cualquiera que sea el monto* de la adquisición. La adjudicación se hará sin dilación y sin trámite, a la oferta que el TSE indique como la más conveniente y contra la resolución así recaída *no cabrá recurso alguno*” (los subrayados son nuestros).

Se trata de un trámite privilegiado que no se justifica. Además, el párrafo anterior se refiere a una “licitación privada”, que en el fondo es una contratación directa, pues se puede hacer la pantomima

12.—Tarifas y compensaciones económicas

La Administración (debido a ciertas y específicas razones) se pueden interesar en establecer tarifas o compensaciones económicas fijas para pagar ciertas obras o determinados servicios, también para el suministro o alquiler de específicos bienes con el fin de negociar, sobre tales bases, en forma abierta y equitativa con los negociantes u oferentes adecuados que expresen formalmente su deseo después de que el ente administrativo ha realizado una invitación o llamado por los medios de comunicación colectiva, especialmente escrito (prensa).

Añade este numeral 219 RCA que por vía de ejemplo (numerus apertus) se pueden ubicar en este artículo, que autoriza:

- * transporte de cargas específicas o determinadas
- * servicio de tractor o maquinaria similar
- * ciertos servicios de taxi
- * construcción de viviendas que tengan planos y especificaciones debidamente establecidos
- * suministro de traviesas para ferrocarriles
- * suministro de pupitres u otros muebles sobre modelo bien establecido.

La Contraloría General de la República (CGR) tiene la función de aprobar, en este trámite o procedimiento, las tarifas o precios que se determinen, al igual que sus modificaciones o cambios. Tales pagos o compensaciones económicas se fijarán, según el caso, por:

- * kilómetro
- * tonelada por hora
- * horómetro
- * persona
- * precio alzado
- * unidad,
- * etc.

ACTIVO

de invitar dos oferentes (o, incluso más) y se le adjudica a uno solo, máxime que la misma norma afirma que contra esa selección del contratista público "no cabe recurso alguno"; cuando —cabalmente— una de las características fundamentales de la licitación o concurso privado es que el recurso de revocatoria, reposición o reconsideración *si cabe* contra el acto adjudicatario respectivo. En esta norma, se elimina tal recurso. Sin duda es una disposición que irrita por lo abiertamente violatoria de los principios y normas generales en que se fundamenta la contratación pública.

Ya los últimos dos párrafos de este inconstitucional artículo 175 del Código Electoral, sin enmascaramiento alguno, expresa:

"Para la adquisición de los materiales para preparar la documentación electoral de que trata el artículo 33⁽¹¹⁾, el Poder Ejecutivo, mediante decreto, traspasará al TSE de los respectivos presupuestos anuales y de las partidas que éste indique, una suma global cuyo monto señalará el TSE para poder adquirir los bienes y servicios a que se refiere el citado artículo, por *contratación directa, cualquiera que sea el monto* de los mismos. En lo conducente, téngase por reformada la Ley de Administración Financiera de la República". (El subrayado es nuestro).

In fine, se vuelve a señalar la vía de la negociación directa como la vía privilegiada del TSE, para negociar:

"Tratándose de labor de propaganda por la prensa, radio, televisión, folletos, carteles o afiches volantes, el TSE podrá *contratar directamente*" (subrayado nuestro).

Observación importante:

Se debe reformar inmediatamente esa disposición por inconstitucional, absurda y violatoria de los principios y normas de la negociación administrativa como de lo que es una sana y ética administración.

(11) Artículo 33, Código electoral:

Se refiere al envío y detalle del material documentación electoral a las Juntas Cantonales.

VI. A modo de conclusiones

- 1.—La contratación directa es un medio excepcional de negociación de la Administración frente a la regla del concurso o licitación.
- 2.—Como tal medio excepcional tiene que estar sometido a controles adecuados, en este caso de la Contraloría General.
- 3.—Existe un caso de privilegio irritante e inconstitucional que es el artículo 175 del Código Electoral, que le da una vía abierta y casi sin control al Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) para realizar negociaciones al margen del procedimiento constitucional de la licitación. Esta situación debe desaparecer y someter, igualmente, al TSE a la fiscalización de la Contraloría, dejando con mucho cuidado el material electoral (un año antes de las elecciones nacionales y municipales) en la senda de la contratación directa, pero bajo la supervisión de los auditores de la Contraloría General de la República (CGR), para evitar posibles abusos bajo el pretexto de la "democracia electoral", ya que la sana administración y la ética en los negocios del Estado también son valores prioritarios en los negocios del Estado también son valores prioritarios en un Estado de Derecho.
- 4.—Se debe tener cuidado con el medio llamado "licitación privada", ya que el mismo tiende a ser usado (constituyendo un abuso) como una contratación directa disfrazada.
- 5.—La contratación directa se debe mantener en el sistema de contratación pública, pero sujeta a todos los medios de control posible. La argumentada rapidez de la negociación directa no puede tener prioridad frente a los valores que protege la licitación: sana administración, ética en los contratos del Estado, controles internos, etc.
- 6.—Se debe mejorar la normativa que atañe a la contratación directa y evitar al máximo puertas abiertas (*numerus apertus*) a una serie de casos o vías de excepción respecto de la licitación, con el fin de negociar monopólicamente, en un mercado que pretende ser competitivo.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

Agregamos esta investigación a los trabajos que ya hemos efectuado sobre la contratación administrativa.

- 1.—*La licitación pública en Costa Rica*.
(San José: Universidad de Costa Rica, tesis de doctorado Universidad Complutense de Madrid, 1975, agotado).
- 2.—*Contribución al estudio del contratista público*.
(Madrid: Revista de Administración Pública, N° 71, 1973, agotado; San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, 1975, agotado).
- 3.—*El concurso de antecedentes*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 40, 1980, agotado).
- 4.—*La contratación administrativa*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 48, 1982).
- 5.—*Reformas al reglamento de la contratación administrativa*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 52, 1985).
- 6.—*La oferta en el contrato administrativo*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 53, 1985).
- 7.—*Las garantías en la licitación pública*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 54, 1985).
- 8.—*El cartel del concurso*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 55, 1986).
- 9.—*La adjudicación del contrato público*.
(San José: Revista Judicial, N° 40, 1987).
- 10.—*El recurso de apelación en la licitación pública*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 56, 1986).
- 11.—*El concepto e implicaciones de la actividad ordinaria*. (San José: inédito, 1987)
- 12.—*El contrato administrativo y los medios de selección del contratista público*.
(San José: UNED, 1987).

Carteles o pliegos de condiciones:

- * ICE Instituto Costarricense de Electricidad
- * CCSS Caja Costarricense de Seguro Social
- * Proveduría Nacional
- * IFAM Instituto de Fomento y Asesoría Municipal

Revistas (Costa Rica):

- * de la Contraloría General de la República
- * de Ciencias Jurídicas
- * Judicial
- * Procuraduría General de la República
- * Iustitia

Archivo y documentación:

Departamento de Licitaciones, Contraloría General de la República.

UN METODO PARA LA REFORMA DEL LIBRO DE
DE LAS OBLIGACIONES DEL CODIGO CIVIL

Prof. Walter Antillón

Costarricense
Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica