

zan dentro del límite de la Constitución y respetando sus principios, aunque violen la ley.

Contra afirmación de esta naturaleza caben todos los argumentos ya esgrimidos para probar la imposibilidad de la doctrina de la urgencia en Costa Rica, salvo como principio doctrinario cuya consagración positiva —por vía de jurisprudencia o de legislación— podría ser conveniente. Pero resulta oportuno tomar en cuenta este argumento porque sería con toda seguridad uno entre los principales del Banco para defender su posición, si es que hubiera juicio.

ii.—Los límites del Banco Central en el uso de los controles de emergencia.

Debe advertirse que, en todo caso, el Banco Central está obligado a observar ciertos límites en el uso de los poderes de emergencia que le confiere el artículo 97, párrafo segundo, aun si se sostiene la tesis de que, por la urgencia, su indeterminación y falta de contorno legal son constitucionales y permitidos.

Esos límites son los que frenan cualquier poder discrecional de la Administración, para evitar que se convierta en arbitrariedad.

En primer término, la emergencia debe existir, tal como antes quedó definida.

Son muchos los economistas destacados del país que han sostenido que la crisis era inexistente; si esto es técnicamente comprobable, la medida es nula por ilegal y violatoria del artículo 97.

En segundo término, y aun existiendo la emergencia, procedería controlar si la medida era necesaria o, mejor dicho, indispensable, pues caso opuesto no debió tomarse, dado que la medida urgente debe tener ese carácter.

Y finalmente, procede controlar si cualquier otra medida hubiese sido peor, pues la Administración está obligada en esta condición a causar el menor daño posible al ciudadano, realizando sólo aquello que es inevitable dentro de la circunstancia y que represente prácticamente el único medio para actuar con éxito. Todo esto lo puede y tiene que controlar el Juez, aun si se admite que el artículo 97 es constitucional.⁽¹⁷⁾

F.—Dictamen final:

El juicio es posible y hay buena probabilidad de obtener un resultado favorable. No podemos garantizarlo; actúan en contra el carácter obviamente político del negocio y la posibilidad de una interpretación auténtica del artículo 97 de la ley, aplicable retroactivamente, que venga a eliminar los vicios de indeterminación acusados en la delegación legislativa.

Creemos que, en todo caso, la violación del artículo 7 de la Constitución Política a través de la violación del Convenio con el Fondo Monetario Internacional es una base seria y sólida para el triunfo.

(17) André de Laubadere, op. cit. tomo I, pág. 223 y 224.

CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE LA SELECCION DEL CONTRATISTA PUBLICO EN COSTA RICA (*)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

SUMARIO

Parte I: Trayectoria histórica.— *Parte II:* Aportación al estudio de la selección de contratistas públicos.— *Parte III:* Comentarios a resoluciones de la Contraloría General de la República referidas a apelaciones contra actos de adjudicación de licitaciones públicas.— *Parte IV:* Caso especial de impugnaciones a los actos de adjudicación en donde la institución interesada es la Contraloría General de la República.— *Parte V:* Una modalidad específica de la contratación pública administrativa: el concurso de antecedentes.— *Parte VI:* ¿Tiene apelación, en vía jurisdiccional, el acto que declara desierta una licitación pública?— *Parte VII:* Comentario al Reglamento para la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.

(*) La Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica editó nuestro estudio titulado "La licitación pública en Costa Rica" (San José: 1975) que fue la monografía con la que obtuvimos el Doctorado en Derecho con la calificación de sobresaliente. Esta tesis fue premiada por el Instituto de Cultura Hispánica de Madrid en el Concurso "Tesis Doctorales Hispanoamericanas" según certificación de 28 de junio de 1973 extendida por el entonces Secretario de ese Instituto, Don Juan Ignacio Tena Ybarra.

PARTE I: TRAYECTORIA HISTORICA

SUMARIO

I.—INTRODUCCION.— II.—Evolución histórica: 1) *Código Fiscal de 1885*; 2) *Reglamento de organización de obras públicas nacionales del 21 de diciembre de 1889*; 3) *Acuerdo Ejecutivo N° 142 del 14 de mayo de 1910*; 4) *Creación de la Oficina de Control, por ley N° 8 del 26 de mayo de 1922*; 5) *Centro de Control a nivel constitucional, 1924*; 6) *Decreto Ejecutivo N° 4 del 19 de mayo de 1924*; 7) *Reglamento de compras por montos menores a los ₡ 500.00*; 8) *Acuerdo Ejecutivo N° 44 del 9 de setiembre de 1924*; 9) *Acuerdo Ejecutivo N° 144 del 2 de mayo de 1931*; 10) *Decreto Ejecutivo N° 1 del 9 de mayo de 1940*; 11) *Leyes de ordenamiento fiscal de 1945*; 12) *Ley N° 541 del 17 de junio de 1946*; 13) *Artículo 182 de la Constitución Política de 1949*; 14) *Ley de Administración Financiera de la República, ley N° 1279 del 2 de mayo de 1951*; 15) *Reglamento de la Prvoeduría Nacional de 1952*; 16) *Decreto Ejecutivo N° 18 del 30 de abril de 1968*; 17) *Normas de protección a las empresas constructoras nacionales*; 18) *Ley N° 5176 del 20 de febrero de 1973*; 19) *Ley N° 4574 (Código Municipal)*; 20) *Memorias Anuales de la Contraloría General de la República: 1971, 1972 y 1973*; 21) *Memorias Anuales del Ministerio de Hacienda: 1972 y 1973*; 22) *Pliego de condiciones generales para la construcción de caminos, carreteras y puentes*. III.—Conclusiones generales. IV.—Apéndice.

I

INTRODUCCION

En estas breves líneas trataremos de dar una idea de la evolución de la licitación en Costa Rica. El propósito es el de presentar los pasos por los que este sistema de selección de contratista público ha ido pasando hasta llegar a la actual legislación. Como todo desarrollo de una institución jurídica, hay en él inserta una problemática social, política y económica. Hay, pues, una situación histórica, insoslayable y sin la cual la institución jurídica en estudio no tiene sentido alguno. Por ello existe la necesidad de apuntar uno que otro detalle histórico. Pero, no se trata de "historiar" partes de la historia nacional, ya que esta intención no está dentro de nuestras expectativas. De lo que se trata es de plantear los hitos de la legislación criolla en materia de licitaciones.

Como se verá a lo largo de este escrito, la licitación en Costa Rica, viene del siglo pasado y se proyecta hasta nuestros días. Su principio medular del "contratista interpuesto", es un eco del liberalismo económico prevaleciente en la sociedad costarricense. Este enfoque y esta actitud ante el sistema económico han variado según los condicionantes ante los cuales se han visto enfrentados los empresarios nacionales, pero mantiene la tesis de fondo de la no-intervención estatal en sectores rentables para los particulares y en los que ellos quieran participar con fines de lucro.

Como es sabido, entre las aceptables y posibles definiciones de la voz "licitación", se puede decir que esta palabra denota el procedimiento que utiliza la Administración Pública para escoger el mejor postor y asignarle un determinado contrato. Leyendo a MARIENHOFF, vemos que este autor manifiesta que la licitación es un procedimiento de selección del contratante de la Administración Pública que, sobre la base de una 'previa' justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el 'precio más conveniente' para aquella Administración.⁽¹⁾ Como se observa en Argentina, es el factor precio

(1) MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo. Contratos administrativos*. (Abeledo-Perrot. Buenos Aires. T. III-A. - Pág. 163).

el que decide la adjudicación del contrato público administrativo. En España, ocurre lo mismo, cuando se piensa en la 'subasta' y en el 'concurso subasta'; en cierto tipo de contratos. En su origen, el contrato citado nace con la figura del contrato de obra pública. Tanto en Argentina como en España, para citar sólo estos dos países, la adjudicación de este contrato recaía sobre aquella oferta que cotizaba el precio más bajo de todos los presentados en las respectivas propuestas. Se trata del sistema de la 'puja a la baja' o 'puja a la llana'; es decir, los oferentes se esfuerzan por cotizar precios lo más bajos posibles, con la finalidad de convertirse en contratistas de la Administración. La tesis predominante en nuestro país ha sido, y es, la de estimar como "mejor oferta" aquella cuyos elementos globalmente considerados, le propone a la Administración condiciones atractivas e idóneas, que la hacen merecedora de la correspondiente selección. Por ello, no se está en el caso de una 'puja a la llana' ya que todos los elementos o factores integrantes de una propuesta se toman en cuenta para los efectos de la selección pertinente o de la declaratoria de concurso desierto, según actúe la Administración.

Volviendo a lo que el autor mencionado expresó, el mismo añade que en ese sistema de adjudicación de la 'puja a la baja', se da el fenómeno de la "adjudicación automática", ya que se contrata con aquel que ha ofrecido el precio más bajo, jugando un papel pequeño la discrecionalidad administrativa en este acto de selección de cocontratante.⁽²⁾ Al contrario, en nuestro sistema legal, la discrecionalidad de la Administración sí desempeña un "rol" importante, ya que, luego de ponderar todos los elementos conformantes de una oferta, decide seleccionar una de ellas que califica como "mejor propuesta"; o, si lo prefiere, declara desierto el concurso. En relación con este aspecto de la cuestión, se polemiza acerca de si basta que la entidad licitante indique que declara desierto el concurso por "razones de interés público"; o, por "no convenir a los intereses del Fisco"; o, porque "pudieran conseguirse condiciones más ventajosas para el Tesoro". La costumbre se ha institucionalizado en el sentido de admitir como buena la declaratoria de concurso desierto, mediando sólo la mera expresión de la Administración consignada en el acta correspondiente de que se da ese acto administrativo en ese sentido por los motivos ya señalados (interés público; protección al Fisco; posible obtención de ventajas futuras al Tesoro). Aquellos, que quieren que la Administración razone exhaustivamente el acto de comentario, impugnan este proceder de la licitante, diciendo que puede darse el caso real en que la Administración hace tal declaratoria de acuerdo con arreglos "bajo cuerda", con un determinado postor (o postores), dejando burlados a los otros oferentes y al espíritu de la licitación pública. Asimismo, agregan que el acto administrativo de declaratoria de desierto un concurso está constreñido, como cualquier acto administrativo —en este caso "discrecio-

(2) Apud MARIENHOFF, Págs. 165 y 166; T. III-A.

nal"— a las reglas del acto administrativo discrecional; o sea, a la lógica, a la moral y a la sana gestión administrativa. En otras palabras, que el acto en cuestión, rechazando todas las ofertas, esté permitido, ello no implica que ese acto sea arbitrario. Sabido es que arbitrariedad y discrecionalidad no son sinónimos. Ahora bien, si en lugar de frases ambiguas, que a la vez son una salida fácil, como las indicadas, se obliga a la Administración a dar razón minuciosa de por qué declara desierto un concurso determinado, entonces la licitante se verá en la circunstancia de estudiar todas las plicas presentadas y decir por qué las rechaza todas. Esto significa trabajo de parte del burócrata público respectivo, que por el momento, por lo general, prefiere no hacer, ya que, como conocen quienes ven de cerca estos procedimientos, una vez que las ofertas son conocidas, la Administración selecciona una o varias (según el caso) y las demás, marginadas, son vistas superficialmente. Por ello, cuando un oferente apela del acto de adjudicación, la Administración se ve en la necesidad de auscultar la oferta del recurrente para buscarle vicios y defectos, y poder así tener armas con qué defender su adjudicación, y a la vez contraimpugnar. Pero, esta tarea de análisis profundo de la plica, se viene a realizar cuando un postor dado impugna la selección de mérito. Generalmente, el marginado del concurso, no sabe por qué lo rechazaron, y la Administración tampoco tiene muchos criterios en la mano como para decirle al marginado por qué es tal. Esto ocurre, generalmente, en la práctica. Así, pues, es una salida fácil manifestar que se declara desierto el concurso del caso, por "razones de interés público", o "para proteger al fisco", o ya que se "esperan cambios favorables para la Administración". Esta vía de escape puede apantallar arbitrariedades y ocultar actuaciones insanas de los administradores públicos. Por este motivo, estimamos que la declaratoria de desierto un concurso público debe ser detalladamente razonada, para obligar así a la licitante a estudiar minuciosamente las propuestas, evitando —de este modo—, y en lo posible, que se den arreglos y maniobras de los administradores públicos con ciertos proponentes poco escrupulosos. En fin, así se protege la gestión pública, y, por supuesto, los fondos de la colectividad. Y, este es un problema que debe ser resuelto, para evitar prácticas insanas y ayunas de moralidad administrativa.

Indudablemente, que no se pretende que la Administración contrate contra su voluntad o en contra de sus intereses; de lo que se trata es que so pretexto de "protección a los intereses públicos", se lleven a cabo arreglos dañinos para el Estado, sus finanzas y la comunidad. La práctica, por ejemplo y como dicen, "para mayor abundamiento", informa de casos en los que la Administración ha seleccionado un oferente dado; y, posteriormente, revoca su acto de adjudicación, ante la presión de otro postor que se encuentra entre los marginados. En esta circunstancia, la Administración ha recurrido a la senda de la declaratoria de desierto el concurso en cuestión. En el supuesto de la revocatoria de un acto de adjudicación, la licitante puede readjudicar la oferta del otro postor que ha presionado,

en el caso de que este proponente se ajuste al cartel. Caso opuesto, cuando este oferente incumple con el pliego de condiciones, la Administración procede a declarar desierto el concurso, "por razones de interés público". Al menos, parte de estas actuaciones irregulares de la Administración se aminorarían o se harían más sutiles (y no tan burdas como en la actualidad), si se obligara a la licitante a razonar en detalle sus actos de declaratoria de desierto el concurso. La complejidad de la contratación pública administrativa y el monto cuantioso que se invierte en licitaciones públicas hace impostergable una solución a este problema práctico.

II

EVOLUCION HISTORICA

Después de las anteriores consideraciones, nos vamos a referir a la evolución del sistema de licitación nacional, en sus normas de más relieve.

1) Código Fiscal de 1885

Este Código fue emitido el 31 de octubre de 1885, durante el Gobierno de Bernardo Soto; siendo secretario del Despacho de Hacienda, Mauro Fernández. Ambos firmaron la puesta en vigencia de ese cuerpo legal. El artículo 747 de este Código expresa que todos los contratos que celebre el gobierno, sea para la compra de materiales y especies, sea para la construcción de una obra o edificio, deberán ser precedidos de licitación publicada por la Secretaría de Estado correspondiente, en el periódico oficial. Esta licitación, deberá publicarse con 15 (quince) días, lo menos, de anticipación, al día señalado para cerrar el contrato y explicará las condiciones en que el gobierno desea celebrarlo. Añadiendo que, el Secretario de Estado, o la autoridad o funcionario que éste comisione, será quien reciba las propuestas escritas y firmadas, y quien al día señalado haga la adjudicación del contrato al mejor postor.

Esta disposición merece aunque sea un breve comentario.

1º) La totalidad de los contratos administrativos deben ser llevados a cabo "bajo licitación"; es decir, mediante el procedimiento de concurso. En la misma norma, 747, se observa que quien redactó tal disposición quiso ilustrar la negociación de comentario, al hablar de los contratos de obra pública y de suministros. Como se sabe el contrato administrativo público original fue el de obra pública. Alrededor de esta figura nace el contrato indicado y toda la problemática a que ha dado lugar, como ejemplo, la de determinar las diferencias y las semejanzas entre el contrato civil y el contrato público

administrativo. Discusión que todavía se mantiene con todo vigor. José-Ramón PARADA VAZQUEZ, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna, en España, ha calificado esta polémica como "bizantina".

2º) El aviso de licitación debe ser publicado por la Secretaría correspondiente o interesada en ella, en el periódico oficial, por lo menos, con 15 días de anticipación al día indicado para cerrar el contrato. Esta disposición atañe a uno de los principios básicos de la licitación pública: la publicidad. Efectivamente, mediante la publicación señalada, los potenciales postores y los administrados se enteraban de la invitación a concursar. Los primeros, para incitarlos a presentar ofertas; y, los segundos, para que pudieran darse cuenta, de la gestión financiera de la Administración. Tanto la primera disposición de que todos los contratos de la Administración deben hacerse por medio de licitación, como esta segunda, de que el aviso de licitación debe ser hecho público en el periódico oficial, por supuesto que se mantienen en la licitación pública actual; cosa que es explicable, obviamente, que tales disposiciones forman parte, "per se", de la naturaleza de esta licitación.

3º) También, en ese artículo 747, se hace relación al pliego de condiciones, pliego de bases, instructivo, memorial de condiciones o bases, o "cartel". (3)

Este pliego de condiciones o "cartel", en el cual la Administración fija las cláusulas negociales, debía publicarse, de acuerdo con el citado artículo 747, "al menos", con 15 días de anticipación a aquel en que se efectuara la adjudicación respectiva. Es decir, que el plazo de recepción de ofertas, era de 15 días, "por lo menos". O sea, que el lapso de presentación de plicas (4) debía ser, como plazo mínimo, de 15 días. El numeral no explica si se trata de días naturales o hábiles; pero, la interpretación cede en favor de la tesis de que se trata de días hábiles, que son aquellos en los que, efectivamente, se pueden presentar propuestas en las correspondientes oficinas estatales, ya que es cuando están abiertas al público. De acuerdo con la redacción de ese artículo, el plazo de recepción de ofertas, podría ser de más de 15 días, para darle oportunidad a los potenciales licitadores de depositar sus ofertas en la oficina respectiva. Lo que ese numeral

(3) "Cartel" viene del francés, quien sufrió la influencia del italiano, en cuyo idioma se escribe "cartello", derivado de "carta". Su primera acepción es la de papel que se fija en un paraje público, para hacer saber alguna cosa. La voz "cartella", derivada —también— del italiano, y asimismo de "carta", significa el material en el cual se escribe alguna cosa. Tanto en Grecia como en Roma, en los contratos con el "gobierno", se usaban estos "carteles" o avisos llamando oferentes.

(4) La voz "plica" significa sobre cerrado y sellado en que se reserva algún documento o noticia que no debe publicarse hasta la fecha u ocasión determinada. Viene del latín "plica". En España, se usa como sinónimo de oferta en un contrato administrativo. Originalmente, implicó el sobre que contenía el documento; ahora, significa ambas cosas.

no precisa en lo referente al límite superior de ese lapso, ya que no dice cuántos días, como máximo, puede abarcar ese plazo de recepción de propuestas. Señala el límite inferior; pero no el superior.

4º) Las ofertas debían ser hechas por escrito y debían venir firmadas. Esto, trivialmente dicho, forma parte de lo que se define como plica u oferta en materia de licitación pública. Cabalmente, en la licitación, tanto en la privada como en la pública —en nuestro medio ambiente jurídico—, deben ser hechas por escrito, y, como cualquier documento, deben firmarse, para que tengan efectos legales, pues, de lo contrario, simplemente, no existe documento alguno, ya que es la firma la que, entre otras cosas, le otorga realidad legal y efectos jurídicos al mismo, no sólo en el aspecto material, sino además, en el ideológico o sustantivo.

Así, pues, en teoría documental, este documento privado que es la plica, propuesta u oferta del particular a la Administración, existe en el “mundo del derecho” si tiene firma; la cual, *lato sensu*, puede ser un signo gráfico convencionalmente aceptado como tal: rúbrica, iniciales, “recibido”, “visto bueno”, impresión digital o huella dactilar, “x”, etc. Claro está, que en el campo de las licitaciones, la firma debe ser el trazo abreviado de la denominación o nombre completo del correspondiente postor, ya se trate de una persona física o del representante legal de la persona jurídica o “moral”. (5)

Aquí se materializa el principio “licitatorio” (6) de que la oralidad no funciona en licitaciones, sino, el sistema escrito. El expediente debe recoger las actuaciones de las partes; y, el expediente no puede asimilar la comunicación oral o “verbal”. En el legajo correspondiente, se incluyen los documentos o papeles escritos, aquellos que manifiestan actos de voluntad o declarativos de las partes. Los que tienen relevancia jurídica; los que producen efectos legales.

En cuanto a la firma, con ella, la parte del caso, se supone que expresa su consentimiento y su conocimiento acerca de lo que firma. A propósito indicamos aquí el criterio de la Sala Segunda Civil, materializado en la sentencia N° 273, de las 15 horas y 15 minutos del 26 de setiembre de 1973, en la cual dijo que “el reconocimiento de una firma hace presumir que es cierto el contenido del documento, pues la firma al pie de éste, conforme a los usos oficiales, tiene tal significado”. (7)

(5) ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *La prueba de documentos en el proceso civil costarricense*. (Monografía doctoral dirigida por el Prof. Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. De próxima publicación. Págs. 275 a 280. 1973.— Un resumen de esta monografía se publicó en el *Anuario de Derecho Civil de España* (Madrid: Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas. 1975).

(6) La palabra “licitatorio” no existe en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española sin embargo, es una voz de uso común y que ha ocupado su lugar en el léxico de la contratación administrativa. Significa “relativo a la licitación”.

(7) Boletín informativo de la Corte Suprema de Justicia. 1º de octubre de 1973. N° 214 San José. Pág. 45.

5º) Interesante es hacer sobresalir la disposición contenida en el artículo 747, mencionado, en el sentido de que el día indicado como final para la recepción de plicas, se deben abrir las mismas y realizar la adjudicación al “mejor postor”. La norma no habla de que las ofertas deben presentarse cerradas; pero, ello debe suponerse, ya que se trata de una licitación pública, y en ella, el principio del “secreto de las ofertas” juega de modo sustancial. Pero, subrayemos el hecho de que la adjudicación debía realizarse de conformidad con el criterio de “mejor postor”, y no de quien ofrezca el precio más bajo. Así, pues, a partir de este Código Fiscal de 1885, la regla es que se adjudica tomando en consideración todos los factores y elementos integrantes de una plica, y no fijándose nada más en el factor precio. Implícitamente, se asumía que lo “barato, resulta, por lo general, caro”.

Esta expresión “adjudicación al mejor postor”, tiene plena vigencia como es sabido, en la licitación costarricense de hogaño. Es un concepto vital en nuestra licitación: resulta del análisis combinado e íntegro de todos los elementos y factores que componen la plica, como habíamos dicho. Así, en condiciones de paridad de tales elementos, aquel que sea distinto y favorezca a la administración puede decidir la adjudicación del caso. De acuerdo con este punto de vista, visible desde 1885, a nivel de ley, la adjudicación en Costa Rica no es “automática”; es decir, no se cristaliza sobre la plica de menor precio, sino que la Administración, una vez que decide negociar, vuelca su decisión de selección sobre la oferta que mejores condiciones le proponga. Así, pues, la licitación es “necesaria”, porque por medio de ella se debe efectuar la contratación administrativa, pero, no es “automática”, sino que es “opcional”, vale expresar: en virtud del estudio de los componentes globales de la plica. “Opcional”, porque se juega en un “set” de “opciones”, de posibilidades de elección entre los factores componentes de cada plica y entre las ofertas conjugadas en su relación recíproca. Este carácter “opcional” de la elección, en cuanto a decisión administrativa se refiere, juega —además— en lo atañente a la facultad que tiene la licitante de declarar desierto el concurso. Es una opción que tiene y que si quiere la realiza.

6º) Aquí, someramente, recordamos, que durante la década de 1880 a 1890, “en que gobernaron los Presidentes Próspero Fernández y Bernardo Soto, tuvo su mayor auge la ideología liberal, que se hizo sentir en una serie de medidas para limitar el poder de la Iglesia Católica y mejorar sustancialmente la educación popular”. (8)

También, como es sabido, el 18 de julio de 1884, Próspero Fernández expulsa de Costa Rica al Obispo Bernardo Augusto Thiel,

(8) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo. *Cartilla Histórica de Costa Rica* (Ed. Lehmann. San José. 1967, Págs. 119 a 125). GAMBOA G., Francisco. *Costa Rica Ensayo histórico*. (Ed. Revolución. San José, 1971. Pág. 59).

alemán, y a los jesuitas. Este obispo regresa al país, en 1886, durante el gobierno de Bernardo Soto. Ya, en tiempos de Bernardo Soto, Mauro Fernández, en el Despacho de Educación, el 22 de febrero de 1886, funda la Escuela Normal; y, el 26 del mismo mes y año, dicta la Ley General de Educación Común, con una orientación laica y liberal al sistema educativo. Esto ocurre luego de que, en 1885, se había dictado la Ley Fundamental de instrucción pública. Se establece la enseñanza primaria de modo gratuito, obligatorio y laico. Fruto de este liberalismo filosófico integral —ya que es una cosmovisión— se crean los centros de enseñanza siguientes: Liceo de Costa Rica, Colegio Superior de Señoritas, el Instituto Nacional de Alajuela, la citada Escuela Normal. Se elimina la Universidad de Santo Tomás, dejándola reducida a una Escuela de Derecho. También, se crearon el Museo y la Biblioteca Nacional.

Durante esa década de 1880 a 1890, los altos precios del café favorecieron la acción del gobierno y la economía del país. Esto nos recuerda lo que Ricardo Jiménez decía sobre el café: "El mejor ministro de Hacienda de Costa Rica es un buen precio para el café".

También en esta década a un contratista peculiar del Estado costarricense, se le da, en virtud del Contrato Soto-Keith de 1884, el 8% del territorio nacional. Minor Cooper Keith, realiza —entre otros— estos contratos administrativos: instalación del sistema de luz eléctrica en San José; además de la construcción de la red de cloacas y cañerías en esta ciudad. Construcción de los mercados centrales de Heredia y Cartago. Instalación del tranvía en la vieja metrópoli. Construcción de los baños públicos en Agua Caliente de Cartago. A propósito de este sujeto ilustrador de la tesis Joseph Alois SCHUMPETER, del desarrollo capitalista generado por los empresarios, (9) dice Watt STEWART que "existieron, en realidad, pocas formas de hacer dinero en las que no hubiera participado, a veces en gran escala". (10) Como se sabe John Keith Meiggs vino a nuestro país llamado por el Presidente Tomás Guardia para construir el ferrocarril al Atlántico. El y sus tres sobrinos murieron en Costa Rica. Por lo que respecta al cuarto sobrino, Minor Cooper, le correspondió la tarea de desempeñar un papel importante en la historia nacional. Lucró a expensas del gobernante de turno. Se casó con la hija número 11 de los 15 hijos que tuvo el hogar formado por el Dr. José María Castro y Pacífica Fernández de Castro. El matrimonio se celebró el 31 de octubre de 1883 en Brooklyn, Nueva York. Esto le facilitaba sus negocios con la anuencia y participación de la clase alta costarricense u oligarquía plutocrática.

Una de las notas relevantes del liberalismo, como actitud integral frente a la vida, que prevaleció en la década de 1880 a 1890, fue el espíritu laico en contraposición al lineamiento de grupos reli-

(9) SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoría del desenvolvimiento económico*. (Fondo de Cultura Económica. México. 3ª ed. 1963).

(10) STEWART, Watt. *Keith y Costa Rica*. (Ed. Costa Rica. San José. 1967. Págs. 154 y 155).

giosos u órdenes eclesiásticas. Un hecho que proyectó ese tipo de postura filosófica fue la masonería. Recordamos aquí al fundador de la logia "Caridad", el sacerdote Francisco Calvo, quien en 1865, llevó a cabo tal realización. (11) Buena parte de la oligarquía nacional fue, en la segunda mitad del Siglo XIX, simpatizante o miembro de las logias. La masonería fue (y todavía lo sigue siendo, aunque con otros matices) una corriente filosófica, con indudable influencia en las decisiones que se tomaban en el país. En parte, por los conflictos entre la maquinaria estatal y la maquinaria eclesiástica, movidas ambas por las élites de poder correspondientes, se ven nacer, en el tapete de fuerzas políticas y económicas en pugna, agrupaciones religiosas con proyección política; la masonería. Ambas en una lucha de intereses y de poder. Claro está, y; por supuesto que detrás de estas agrupaciones de poder, estaban los respectivos núcleos de la alta clerecía y de la plutocracia nacional e internacional; representada esta última en la persona de Minor Cooper Keith. En fin, anotar aquí que el poder lo ejercen los miembros de las oligarquías, en su beneficio, es una trivialidad. Pero, este hecho rutinario y cotidiano, cuántos distorsionantes "interesados" tuvo, tiene y tendrá! Precisamente, esos ideólogos al servicio, y pertenecientes, por lo general, a las oligarquías plutocráticas de nuestro país, hacen todo lo posible por disfrazar la realidad para proteger a "los que mandan", en lenguaje de José Luis DE IMAZ. (11a)

2) *Reglamento de organización de las obras públicas nacionales de 21 de diciembre de 1889*

También en la década de 1880 a 1890, se dictó este reglamento, durante el gobierno de Carlos Durán.

Los aspectos medulares, en lo que nos interesa de este reglamento son los siguientes:

1º) Todos los contratos nuevos que deban ejecutarse por cuenta del Gobierno y que demanden un gasto mayor de "quinientos pesos", se harán por contrato, previa licitación (Artículo 19). (11 b)

2º) La licitación se adjudicará al oferente que proponga las mejores condiciones para el Gobierno (artículo 19).

3º) El principio de "contratista interpuesto" no juega en las tareas de mera conservación de carreteras, edificios públicos, obras de arte y todos los trabajos nuevos cuyo costo sea inferior a "quinientos pesos". De acuerdo con este numeral 20, la Administración podría realizar por sí misma este tipo de trabajos. Aquí no se nece-

(11) OBREGON LORIA, Rafael. *Pbro. Dr. Francisco Calvo. Organizador de la masonería en Costa Rica*. (Imprenta Borrásé. San José, 1963. Págs. 79 a 86). BLANCO SEGURA, Ricardo. *Historia eclesiástica de Costa Rica*. (Ed. Costa Rica. San José. 1967. Págs. 306 a 322).

(11a) DE IMAZ, José Luis. *Los que mandan* (EUDEBA. Buenos Aires. 1969).

(11b) Al respecto, se puede ver —entre otras— la resolución de 9:50 horas del 30 de agosto de 1935 (Municipalidad de Cartago vs. Avila Santurce).

sitaba un particular que negociara con el Estado, sino que es el mismo gobierno quien se encarga de hacer esas labores.

4º) De conformidad con los artículos 19 y 20, citados, la licitación pública regía para contratos por montos superiores a los “quinientos pesos”; y, para sumas inferiores a ésta, le correspondía a la Administración la ejecución de las citadas tareas. La distinción se daba, como todavía ocurre, mediante sumas de dinero que hacían (y hacen) el papel de “barreras de permisión”; es decir, de límites dentro de los cuales, el Estado quedaba (y queda) habilitado para negociar de un determinado modo (licitación pública — Art. 19—; o ejecución de obras por el Gobierno).

5º) Este reglamento, llama lo que se conoce como “cartel”, con el nombre francés, traducido literalmente al castellano, de “cuaderno de condiciones” (“cahier des charges”). Se podría plantear a modo de hipótesis que en esa época, de fuerte influencia francesa en nuestra legislación, probablemente, contarían los redactores de esta norma con algún texto francés relativo a la contratación administrativa, del cual tomaron algunas o muchas ideas. Nos inclinamos a pensar que fueron “muchas ideas”, ya que en el texto de tal Reglamento aparecen una serie de disposiciones muy apegadas a la tesis del ‘contrat administratif’.

6º) En los artículos 66, 67 y 68 del citado Reglamento, se dice que los contratos administrativos se ejecutarán por “ajuste o precio alzado”, por “serie de precios”, y por “arrendamiento”.

7º) Cada proyecto de ejecución de obras debería acompañarse, entre otras cosas, de un presupuesto del costo del trabajo proyectado y de una explicación escrita de las obligaciones para la ejecución del contrato, al tenor del artículo 12. Estas obligaciones contractuales escritas, constituyen el pliego de condiciones o “cartel” de la licitación correspondiente.

8º) Las obras públicas nacionales estaban a cargo de una Dirección General e Inspección superior, cuyo titular, el Director e Inspector General, era nombrado por el Poder Ejecutivo; y, dependía, directamente, de la Secretaría de Fomento (artículo 12).

9º) Todos los proyectos y documentos preparados por el Departamento de Estudios debían ser sometidos a la aprobación del Director General, mencionado, de acuerdo a la disposición contenida en el numeral 11. Este Departamento se encargaba de la tarea de análisis acerca de la futura obra pública nacional que se pensaba realizar en el futuro.

3) Acuerdo Ejecutivo N° 142 del 14 de mayo de 1910

Este Acuerdo es del Presidente Ricardo Jiménez, durante su primer gobierno.

Los rasgos esenciales de este Acuerdo son estos:

1º) La motivación del mismo fue la siguiente:

“Atendiendo a la conveniencia de regularizar el servicio de compras para los diferentes departamentos de la Administración Pública, y como medida de buen manejo, de orden y de economía”, procedía a dictar el citado Acuerdo.

El decreto ejecutivo N° 4 del 19 de mayo de 1924, emitido durante el segundo gobierno de Ricardo Jiménez, presentó la misma redacción en cuanto a la motivación se refiere.

2º) Todas las compras que haga el Gobierno, así como todas las erogaciones a que esas compras den lugar, serán hechas por la Secretaría de Hacienda, a la cual deberán remitir, los jefes de Departamentos y Oficinas, nota detallada de lo que necesiten, con expresión del uso y destino que se les daría.

3º) La Secretaría de Hacienda, cuando se trate de compras en plaza, cuyo valor exceda de cien colones (¢ 100.00), llamará a licitación a los vendedores, por medio de un aviso publicado en el Diario Oficial.

Como se observa fácilmente, se está frente al contrato de suministros. En lo que a este contrato atañe, operaba la licitación pública, para montos superiores a los cien colones, en cotizaciones en plaza.

4º) Este anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial, debería señalar el plazo de recepción de ofertas; el cual se determinaba de acuerdo con la naturaleza del respectivo contrato de suministros. Al tenor de la redacción del Acuerdo dicho: “señalando como término para oír ofertas, el que cada orden por su carácter especial demande”. Con respecto de esta expresión, anotamos que en la Ley N° 201 o Ley Orgánica de Tesorería Nacional y Proveeduría Nacional del 6 de setiembre de 1945, en su artículo 23 se da una redacción similar. Veamos: “Para las compras mayores de mil colones, deberá proceder licitación pública *con mayor o menor plazo, según la importancia y naturaleza de la compra*”. El artículo 97 de la Ley de Administración Financiera de la República, en vigencia, expresa que “salvo lo establecido en el artículo anterior, para toda otra clase de contratos o compras mayores de cinco mil colones (¢ 5.000.00), deberá procederse a licitación pública *con mayor o menor plazo, según la importancia y naturaleza de la obra o de la compra*”. En el fondo, la idea en la misma: el plazo de recepción de plicas, se supeditaba a la naturaleza del contrato que se deseaba celebrar.

Cuando analicemos la Ley de Administración Financiera de la República nos referiremos a un caso en el cual la Contraloría le señaló, en Resolución anulatoria del respectivo acto de adjudicación, que esa expresión “con mayor o menor plazo”, no podía ser interpretada por la licitante de un modo arbitrario en contra de los intereses de los oferentes y de los principios que rigen la licitación pública. Con estas ideas, nada más quisimos subrayar que la citada expresión tiene un antecedente en el Acuerdo N° 142 de comentario.

5º) Cuando se trata de pedidos no en plaza, como en el supuesto anterior, sino al exterior, la Administración invitará a participar en la licitación a las fábricas o casas comisionistas.

Como se ve, las tales "casas comisionistas", es lo que el actual Código de Comercio, llama "representantes de casas extranjeras", o simples colocadores de órdenes de compras.

6º) La adjudicación recaerá sobre la oferta que ofrezca mejores condiciones a la Administración.

Con esta afirmación termina el Acuerdo de marras. Aquí, también se reafirma la tesis de la licitación pública costarricense: seleccionar al postor que propone mejores condiciones a la licitante. Ya habíamos dicho que la elección de la mejor oferta, de aquella que le ofrezca a la Administración las "mejores condiciones", implica el estudio global de cada plica, la ponderación de todos y cada uno de sus elementos integrantes de la propuesta correspondiente.

7º) Así, pues, el contrato de obra pública lo regulaba el Reglamento de 21 de diciembre de 1889, ya comentado; y, el contrato de suministros estaba normado mediante este Acuerdo N° 142. De esta suerte, los contratos administrativos clásicos venían a estar sujetos a derecho por medio de tales ordenaciones legales. Todo esto sucedía en la década de 1880.

8º) El procedimiento de la licitación pública era necesario, en el contrato de obra pública, en montos de negociación superiores a "quinientos pesos"; y, en los contratos de suministros, para sumas de transacción mayores de cien colones. Esta distinción respondía a la diferente naturaleza de ambos contratos, ya que la ejecución de obras públicas requería sumas de dinero muy altas comparadas con las que necesitaba el contrato de suministros para su cristalización. Esta matización todavía se mantiene en la legislación actual y responde a esa situación relativa a la complejidad y cuantía de la ejecución de los contratos de obra pública.

9º) Ya a estas alturas del desarrollo histórico de nuestro país, el poder de los "cafetaleros" y de los "bananeros", se había afianzado y robustecido en la estructura económica y política costarricense.

Con estas notas relevantes de las élites de poder radicadas en suelo costarricense, nuestro país acentuaba su carácter de enclave colonial, con una oligarquía supeditada a los centros de poder ingleses, franceses y estadounidenses. Tal es parte de la historia de nuestro país "subdesarrollado" y explotado por las metrópolis de ayer, de hoy, y de mañana. ¿Es posible que la historia costarricense sea la historia de la presencia de los imperialismos vigentes en cada época dada? Primero, el ibérico,⁽¹²⁾ luego, el franco-anglosajón; y, posteriormente, el de aquella nación "superdesarrollada" de turno. Es que, acaso, las páginas de la historia de Costa Rica, serán escritas

(12) Stanley, J. y, Bárbara H. STEIN. *La herencia Colonial América Latina*. (Siglo XXI. México. 1970).

por la dialéctica relación colonialismo-imperialismo omnipresente? Es este el pasado, el presente y el futuro de un país pequeño, como el nuestro, sujeto a la "fábula del tiburón y las sardinas",^(12a) como otrora dijera Juan José Arévalo? Si, parte significativa de las élites de poder ubicadas en territorio "nacional", son turcos, libaneses, españoles, italianos, cubanos, estadounidenses, judíos, etc.; ¿qué se puede esperar del porvenir de Costa Rica, si sus destinos están controlados por núcleos humanos provenientes de otros países, sin más arraigo en el nuestro que el deseo del lucro?

Con estas palabras estamos entrando en el campo de la sociología política. Pero; ¿cómo hacer un auscultamiento de la contratación administrativa costarricense, sin ubicar la problemática en su contexto real y cotidiano? Escribir un ensayo jurídico sobre especulaciones ceñidas a la exégesis de la letra de la norma legal no tiene sentido, es un absurdo. Sencillamente porque las normas están referidas a realidades concretas. A realidades perfectamente visibles. Los contratistas, los oferentes, los administradores públicos, son seres humanos, de carne y hueso. No categorías abstractas, jugando en el vacío. De lo que se trata es de una lucha por el Poder!

4) Creación de la Oficina de Control, mediante Ley N° 8 del 26 de mayo de 1922

La Oficina de Control es creada durante el Gobierno de Julio Acosta, sobrino de Braulio Carrillo, ex mandatario nacional.⁽¹³⁾

El Artículo primero de esta ley, entre otras cosas, decía que se creaba esta oficina para "vigilar la adjudicación que se haga de todas las licitaciones para servicios, construcción o provisión del Estado". Por su parte el numeral segundo, manifestaba que todo giro contra la Tesorería Nacional, debía llevar, necesariamente el "refrendado" de la Oficina de Control, sin cuyo requisito sería nulo el pago que se efectuase.

La motivación que Durán le dio a esta ley fue que "ha sido una necesidad vivamente sentida la creación de una Oficina de Control que encarrile y ordene todas las entradas y erogaciones de la Hacienda Pública".

Por lo que se refiere al nombramiento del Jefe de la citada Oficina, el mismo estaba a cargo del Poder Legislativo; y, el resto del personal lo nombraba el Poder Ejecutivo, de acuerdo con la redacción del artículo tercero.

El muy citado, a propósito de estos temas, Tomás Soley Güell, nos dice que la Oficina de Control empezó a funcionar a partir del 1º de julio de 1922, pero para convertirse en Ley definitiva tenía

(12a) AREVALO, Juan José. *Fábula del tiburón y las sardinas*. América Latina estrangulada. (Buenos Aires. Ed. Meridión. 1956).

(13) NUÑEZ, Francisco María. *Julio Acosta*. (Ed. Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes. San José. 1973. Pág. 13).

que recibir la sanción de una nueva legislatura y "en el entretanto vivir en situación precaria, expuesto a derrumbarse en el primer choque con el Ejecutivo".⁽¹⁴⁾ A Juan Bautista Quirós le correspondió la labor de organizar la mencionada oficina y de encuadrarla, adecuadamente, en la gama de instituciones estatales.

Mario Alberto Jiménez nos refiere sobre este punto de Julio Acosta, en su Mensaje del 1º de mayo de 1924, había dicho que su Gobierno había iniciado la creación de la Oficina de Control, al presentarle al Congreso un proyecto de empréstito. El Congreso recogió la iniciativa y le dio forma, un tiempo después, introduciendo una reforma constitucional.⁽¹⁵⁾ Acosta se refiere al proyecto de reforma a la fracción 11ª del artículo 73 de la Constitución Política de 1871; la cual formuló el Congreso el 25 de junio de 1923. En dicho Mensaje, Acosta, expresa que le parece bien que la Oficina de Control, creada por "ley especial", esté presente en la Carta Magna.

A su vez, Tomás SOLEY GÜELL, nos informa sobre este aspecto que para aliviar la situación fiscal, el Poder Ejecutivo (Carlos Durán, en ese entonces), envió al Congreso un contrato de empréstito por un millón de dólares. Precisa este autor que "corto era el remedio", ya que la deuda interna era de "cuarenta millones", los cuales "consistían, en su mayor parte, en giros, vales a pagar y contratos bancarios; todo de plazo vencido".⁽¹⁶⁾ Dice el citado escritor que no fue la insuficiencia del empréstito lo que motivó su rechazo en la Cámara sino las condiciones de la negociación, y, entre ellas, especialmente, la "impuesta por el banco prestamista para cobrarse, como buena, una deuda que el Estado no reconocía". Es decir, la representada por el millón de colones en "billetes sábanas que el Royal Bank guardaba en sus arcas". El contrato, en mención, obligaba al pago de esa suma y de sus intereses. Además, imponía la obligación de darle al indicado banco los dólares del empréstito a un tipo de cambio (350%) inferior en cincuenta puntos al tipo que regía en la plaza. Los intereses se fijaban al 10%; y, el pago de ellos y del capital debía hacerse en cuatro cuotas trimestrales, lo cual implicaba un plazo sumamente corto.⁽¹⁷⁾

El contrato señalado llevaba las cláusulas en las cuales se proponía el establecimiento de una Auditoría y Contraloría fiscalizadora de los gastos públicos y celadora del cumplimiento de la ley de presupuesto.⁽¹⁸⁾ El Congreso aprovechó la ocasión, nos cuenta SOLEY GÜELL para no aceptar la idea de la contraloría tal como la proponía el citado Banco extranjero. Eso sí, los legisladores estimaron conveniente que nuestro país contara con un ente contralor de la Ha-

(14) SOLEY GÜELL, Tomás. *Historia económica y hacendaria de Costa Rica*. (Ed. Universitaria. San José. 1949. T. II. Págs. 199 y 200).

(15) JIMENEZ, Mario Alberto. *Obras completas*. (Ed. Costa Rica. San José. T. II. Págs. 251-252).

(16) Apud. SOLEY GÜELL. T. II, pág. 181.

(17) *Idem.*, pág. 181-182.

(18) *Ibídem.*, SOLEY GÜELL. Pág. 182.

cienda Pública. Así, pocos meses después, es ley de la República. El Poder Ejecutivo, al ver el sentido que tomaba la discusión del contrato de empréstito, optó por retirar del concurso tal proyecto negocial.

Como efecto de esa medida, Carlos Durán se vio forzado a efectuar empréstitos con la United Fruit Company, Minor Cooper Keith y otros empresarios más, como los Collado, los Sasso, Pirie, etc.⁽¹⁹⁾

Cabe hacer notar que toda esta política estatal, en materia de hacienda pública, se llevaba a cabo dentro de los cánones del liberalismo económico y político. Lo cual es una perogrullada, pero resulta conveniente hacerla resaltar. Como bien señala ARAYA POCHE, la influencia del capital extranjero, se hace sentir de un modo muy marcado sobre el país en general.⁽²⁰⁾ Así, los señores —extranjeros y nacionales— del café y del banano, controlan la maquinaria estatal en su beneficio y en su política de robustecimiento de sus posiciones dentro de la estructura de poder de nuestra nación.

Esta ley N° 8, le tocó sancionarla a Ricardo Jiménez, en su segundo mandato presidencial, debido a la específica tramitación legal correspondiente, ya que para convertirse en "ley definitiva tenía que recibir la sanción de una nueva legislatura".⁽²¹⁾ como se dejó sentado antes.

5) El Centro de Control a nivel constitucional en 1924

Como se ha escrito, la Oficina de Control o Contraloría (entidad pública encargada del control o de la fiscalización jurídico-contable de la Hacienda Pública, se origina en la imposición de contar con "una Auditoría y Contraloría fiscalizadora de los gastos públicos",⁽²²⁾ como uno de los requisitos para otorgar el préstamo al Gobierno costarricense, en tiempos de Julio Acosta García. Ahí está el nacimiento de la entidad de derecho público, conocida como la "Contraloría":⁽²³⁾ en una imposición del capital extranjero; como las cláusulas que se observan ahora en las licitaciones públicas promovidas por el Estado, y con fondos de la Agencia Internacional del Desarrollo (A.I.D.). Ahora bien, en lo que a estas cláusulas del cartel atañe, es conveniente señalar que una institución como el contrato público

(19) SOLEY. *Op. cit.* Págs. 182 y 183.

(20) ARAYA POCHE, Carlos. *El desarrollo económico y social de Costa Rica a partir de 1821*. En el libro "El desarrollo nacional en 150 años de vida independiente". Universidad de Costa Rica. San José. 1971. Págs. 92-93.

(21) SOLEY GÜELL. *Op. cit.* Pág. 199. T. II.

(22) *Idem.* Pág. 182. T. II.

(23) En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, aparece la palabra "Contralor", con el significado siguiente: 1. Oficio honorífico de la casa real, según la etiqueta de la Borgoña, equivalente a lo que, según la de Castilla, llamaban veedor. Intervenia las cuentas, los gastos, las libranzas... 3. En algunos países de América es el funcionario encargado de examinar la contabilidad oficial. La voz "contraloría" no aparece en este libro.

administrativo, enraizado en Costa Rica, con una tendencia francesa ("contrat administratif"), se ve influenciada por el Common-Law por medio de estos carteles redactados en los Estados Unidos. Es este un fenómeno interesante, ya que se está dando una simbiosis entre el derecho francés y el derecho anglosajón, que confluye en la discutida y ambigua figura del contrato administrativo. Pero esta idea apenas la dejamos esbozada aquí, ya que en páginas posteriores nos ocuparemos de ello, con un poco de detalle.

Le corresponde a Ricardo Jiménez elevar a rango constitucional, a través de la reforma (propuesta por Julio Acosta García, y tramitada en su Gobierno, como ya se dijo),⁽²⁴⁾ por Ley N° 6 del 26 de mayo de 1924 (recordemos que Acosta García estuvo en el poder del 8 de mayo de 1920 al 8 de mayo de 1924), de la fracción 11ª del artículo 73 de la Carta Magna de 1871. Tanto la Ley N° 8 del 26 de mayo de 1922, por la que se creaba la Oficina de Control, como esta reforma constitucional, se gestaron en el tiempo de Julio Acosta, como se indicó anteriormente.

En el texto constitucional, aparece con el nombre de "Centro de Control", y no de "Oficina de Control". La Ley N° 200 del 6 de setiembre de 1945, relativa al "Centro de Control", mantuvo, obviamente, ese mismo nombre. Posteriormente, en la Constitución Política de 1949, se le cambió por el de "Contraloría General de la República".

Es interesante señalar aquí lo que nos dice RODRIGUEZ VEGA, acerca de esta época:

Ricardo Jiménez estaba al frente del Partido Republicano y Alberto Echandi comandaba el Partido Agrícola. Jorge Volio se les enfrenta, con su partido Reformista. Volio y Jiménez se entienden y este último sube a la silla presidencial por segunda vez. Así, este representante de la generación de "los hombres de 1889", toma las riendas del poder nuevamente; y, con ello se plasma el liberalismo "a lo costarricense": "es decir, la separación nítida del Estado y la Iglesia".⁽²⁵⁾ Como bien indica este autor, Volio hizo Presidente, otra vez, a Jiménez, tiene dos Ministros y cinco Diputados, "muchas de sus ideas se han metido para siempre entre los electores, pero, precisamente por eso, el movimiento ha ido perdiendo parte de su impulso general".⁽²⁶⁾

También SOLEY GÜELL nos habla de estos episodios, cuando nos refiere que el Congreso le manifestaba una política contraria a Ricardo Jiménez. La cual se explicaba por el hecho de que la mayoría de los Diputados del Congreso pertenecían al bando de Alberto Echandi, "vencido en las elecciones por corto número de votos y por componendas electorales no muy limpias".⁽²⁷⁾ En una ocasión, estos Di-

(24) JIMENEZ, Mario Alberto. Op. cit. Págs. 252 y 253. T. II.

(25) RODRIGUEZ VEGA, Eugenio. *Los días de Don Ricardo*. (Ed. Costa Rica. San José. 1971. Págs. 97 a 121.

(26) Idem. Pág. 113.

(27) SOLEY GÜELL. Op. cit. T. II. Pág. 223.

putados "echandistas", trataron de vengarse de la derrota, cuando el Jefe de Control, General Quirós, preparaba un viaje al exterior. Esta circunstancia trató de aprovecharla la tendencia "echandista" contra Ricardo Jiménez, pues, nombró como sustituto de Quirós, "a un político, seriamente agraviado contra el Presidente".⁽²⁸⁾ Ante esta situación, Quirós anuló su viaje y se mantuvo "al frente de la Contraloría".⁽²⁹⁾ Termina diciéndonos el escritor de marras, que la actitud de los "echandistas" varió ante la "fructuosa labor de reconstrucción económica y hacendaria que caracteriza esta segunda administración de Don Ricardo Jiménez".⁽³⁰⁾

6) Decreto Ejecutivo N° 4 del 19 de mayo de 1924

La motivación que dio Ricardo Jiménez para emitir este Decreto es una copia literal de la que ya había dado en el Acuerdo N° 142 del 14 de mayo de 1910, al cual se hizo relación: que atendiendo a la conveniencia de regularizar el servicio de compras para los diferentes departamentos de la Administración Pública, y como medida de buen manejo, de orden y de economía, procedía a dictar el siguiente Decreto.

Lo fundamental de los cinco artículos que componen este Decreto N° 4, es que la licitación pública es obligatoria en compras cuyos montos sean superiores de los quinientos colones (₡ 500.00). La diferencia de este Decreto con el Acuerdo N° 142, es que en este del año de 1910, la licitación pública era necesaria para el contrato de suministros por montos superiores a los cien colones (₡ 100.00); mientras, que en 1924, la suma, a partir de la cual tal licitación era obligatoria, era la de quinientos colones (₡ 500.00). Se trataba, como en la actualidad, de una simple adecuación de los montos al poder adquisitivo de la moneda en el mercado respectivo.

7) Reglamento de compras por montos menores a los ₡ 500.00

El mismo Ricardo Jiménez dictó este Reglamento relativo a las adquisiciones por sumas inferiores a los ₡ 500.00 mediante Decreto N° 6 del 21 de mayo de 1924.

Este Reglamento contiene seis artículos. Lo más relevante de él, es que se regula la licitación privada, al prevenir al administrador público que debe invitar a este concurso privado, al menos, a tres oferentes; prefiriendo, al momento de adjudicar, en igualdad de condiciones, al importador o al fabricante en lugar de cualquier intermediario o revendedor (artículo tercero).

De este modo, en este Gobierno de Ricardo Jiménez, se daban normas para el contrato de suministros: regía la licitación pública

(28) Idem., misma página y tomo.

(29) Ibidem.

(30) Apud SOLEY GÜELL. T. II. Pág. 223, 'in fine'.

para compras superiores a los ₡ 500.00 (Decreto N° 4 del 19 de mayo de 1924, ya citado); y, la licitación privada, debía usarse para negocios por sumas inferiores a la indicada, de conformidad con este Decreto N° 6 del 21 del mismo mes y año).

SOLEY GÜELL nos ilustra sobre estos tópicos, al manifestarnos que Ricardo Jiménez "centralizó en la Secretaría de Hacienda todas las compras del Gobierno, las cuales se hicieron en lo sucesivo por medio de licitaciones públicas. Para ello, creó la Sección de Compras y liquidó el Almacén Nacional, fuente —este último—, de constantes pérdidas para el erario".⁽³¹⁾

8) Acuerdo Ejecutivo N° 44 del 9 de setiembre de 1924

Mediante este Acuerdo en el segundo gobierno de Ricardo Jiménez, se le dio a la Municipalidad de San José el Reglamento de administración local. El capítulo XI de este Reglamento se dedicaba al "Almacén". Su artículo 49, le asignaba al Jefe del Almacén, entre otras tareas, la de practicar licitaciones privadas para la provisión de materiales o efectos que necesite la Municipalidad.

9) Acuerdo Ejecutivo N° 144 del 2 de mayo de 1931

Fue en el segundo gobierno de Cleto González Víquez, en el que se dicta este Acuerdo. Lo llamaron "Reglamento de licitaciones". Por este Acuerdo se reformó el artículo 52 del Reglamento de Administración local, citado o Acuerdo N° 144 del 9 de setiembre de 1924.

Este Acuerdo N° 144 mandaba que procedía la licitación pública, en adquisiciones por montos superiores a los doscientos colones; y, licitación privada, en montos de negociación inferiores a tal suma.

Sobre la gestión, en el campo de la Hacienda Pública, de González Víquez, SOLEY GÜELL apunta que, por ejemplo, en los contratos para la construcción de carreteras, se originaron diferencias entre el Gobierno y los contratistas por el monto del costo de las obras, por la calidad del trabajo y por la recta inversión de los fondos que afrontaba el Estado.⁽³²⁾

10) Decreto N° 1 del 9 de mayo de 1940

En esta época la Presidencia la ocupa Rafael Angel Calderón Guardia, nacido el 10 de marzo de 1900. Médico y político nacional. Su figura, como expresa AGUILAR BULGARELLI, "será muy con-

(31) SOLEY GÜELL. Op. cit. Pág. 212.

(32) Apud SOLEY GÜELL. T. II. Pág. 276.

tradictoria".⁽³³⁾ Efectivamente, este discípulo de Galeno, se introduce en el campo político. Su destino tropieza con el de un súbdito español, nacionalizado costarricense hasta los 32 años de edad:⁽³⁴⁾ José María Figueres Ferrer, nacido en San Ramón el 25 de setiembre de 1906. Hijo del médico Mariano Figueres Forger y de la maestra Paquita Ferrer Minguella, ambos catalanes.⁽³⁵⁾ "Calderonismo" y "figuerismo", serán las corrientes políticas (de corte *populista*) patentes en el destino del país. Todavía hoy, aunque ya esté muerto Calderón Guardia, sus partidarios siguen aglutinados sobre un tapete de postulados ideológicos —más o menos perfilados— que persisten en llamar "calderonismo", cuyo aspecto melular es la actitud del mencionado médico con respecto de las denominadas "reformas sociales" (promulgación del Código de Trabajo, establecimiento del Seguro Social, etc.). Por su parte, los "figueristas", presentan dos aristas, entre otras: la de tener una adhesión a un líder carismático, en el sentido de lo que Max Weber entendía por tal,⁽³⁶⁾ fruto de haber resultado el dirigente vencedor de la guerra civil de 1948; y, la de participar de una social democracia, no muy bien definida, más bien imprecisa y vaga, a veces equívoca y zigzagueante, propuesta por el Partido Liberación Nacional.

Si Calderón Guardia plasmó un cierto tipo de líder carismático, fundado, esencialmente, en "sus buenas y caritativas obras como médico"; José María Figueres cristalizó el carisma del caudillo militar vencedor, que a la vez, gracias a los "glostoras"⁽³⁷⁾ o "centristas", ofrecía una tesis política, bajo la denominación de "social democracia". De este modo el Partido Republicano, jefeadado por dicho médico no contuvo una "programática" ideológica, propiamente dicha; fue más bien una "praxis", que una "theoria".

La motivación del Dr. Rafael Angel Calderón Guardia, al citado Decreto N° 1, fue que el mecanismo de la Administración de la Secretaría de Fomento y Agricultura requería, para su mejor funcionamiento una mayor "expedición y estricto control".

Sus aspectos básicos fueron los siguientes:

1º) Se creó la auditoría general de la Secretaría de Fomento y Agricultura. Adscritas a esta auditoría, se crearon la Sección de Compras; y, la Sección de Cuentas, de acuerdo al artículo primero del mencionado Decreto N° 1.

(33) AGUILAR BULGARELLI, Oscar. *Costa Rica y sus hechos políticos de 1948. Problemática de una década.* (Ed. Costa Rica. San José. Pág. 27).

(34) GONZALEZ VIQUEZ, Cleto. *Personal del Poder Ejecutivo de Costa Rica.* (Edición actualizada por el Instituto Geográfico Nacional. San José. 1969. Pág. 25).

(35) CASTRO ESQUIVEL, Arturo. *José Figueres Ferrer. El hombre y su obra.* (Tomo. San José. 1955. Págs. 13 a 15).— González Víquez. *Idem.*

(36) Entre las obras de este intelectual alemán (1864-1920), se puede consultar, fundamentalmente, "Economía y Sociedad" (Fondo de Cultura Económica. México. 1964) y "Ancient Judaism" (A Free Press U.S.A. 1967).

(37) CHASE, Alfonso. *Actualidad de los glostoras.* (Periódico "Pueblo" del 16 de febrero de 1974; págs. centrales. San José).

2º) Se exceptuó del procedimiento de la licitación pública, las compras de la Secretaría de Fomento y Agricultura; con lo que se reformaba el numeral primero del Decreto N° 4 del 19 de mayo de 1924, indicado. Al mismo tiempo se mandaba que las compras de esta secretaría, se harían por intermedio de la Sección de Compras, suprasedalada, adscrita a esta Secretaría, según se lee en el artículo tercero de este Decreto N° 1.

Sobre la labor de este Presidente, FERNANDEZ GUARDIA, nos dice que a los dos años de su mandato, la gestión de Calderón Guardia había perdido mucho de su prestigio por la liberalidad y el desorden administrativo que se le atribuía, principalmente, en la Secretaría de Fomento. (38)

Como se observa con facilidad, el Decreto en comentario fue el primero de la Administración del Presidente en cuestión, y lo firmó al día siguiente de su toma de posesión. Esto nos hace pensar que, probablemente, fue en el Gobierno de León Cortés Castro, de "eficiencia fachistoide", (39) durante el que empezó a tramitarse tal Decreto.

11) Las leyes de ordenamiento fiscal de 1945

Ya durante el Gobierno de Teodoro Picado, se procedió a dictar las llamadas "leyes de ordenamiento fiscal". Para este fin, el Secretario de Estado, en el Despacho de Hacienda, Alvaro Bonilla Lara, contrató los servicios profesionales del economista salvadoreño, Dr. Manuel Enrique Hinds. Este técnico investigó los campos del presupuesto, de control, de tesorería y contabilidad nacionales. Realizó, pues, un análisis íntegro de nuestra hacienda pública. Fruto de su diagnóstico fue la emisión de las indicadas leyes: Ley de Presupuesto, N° 199; Ley del Centro de Control, N° 200; y, Ley de la Tesorería y Proveeduría Nacionales, N° 201.

Aquí nos referiremos a la Ley N° 201.

Los aspectos más sobresalientes de la misma, en el área de nuestro interés, son los siguientes:

1º) Los artículos 1º al 18 se relacionan con la Tesorería Nacional; y, del numeral 19 al 28, atañen a la Proveeduría Nacional. Los restantes contienen disposiciones tanto para una como para otra entidad, según corresponda.

2º) Su artículo 19 manda que se cree la Proveeduría Nacional y se le encomienda la función de comprar todo cuanto requieran las dependencias y empresas del Estado. La de controlar las existencias en las dependencias oficiales, y tramitar las licitaciones de toda clase de contratos.

(38) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo. *Cartilla Histórica de Costa Rica*. (Lehmann. San José. 1967. Pág. 154).

(39) Apud CHASE, págs. centrales.

3º) Las compras que requiera hacer la municipalidad de San José, por sumas mayores a los mil colones (¢ 1.000.00), se realizarán por medio de la Proveeduría Nacional. En sentido inverso, el ente local, podrá negociar sin la intervención de la citada proveeduría, cuando los montos de los contratos sean inferiores a tal suma (artículo 19).

4º) La Tesorería Nacional y el Centro de Control, de común acuerdo, podrán disponer, cuando lo estimen conveniente, que esta disposición se haga extensiva a otras Municipalidades e instituciones que administren fondos de la comunidad (artículo 19).

Es interesante esta disposición, ya que la misma facultaba a esos entes a ampliar el radio de acción de la licitación pública a aquellas entidades "que administren fondos de la comunidad". Como luego comentaremos, a propósito del Instituto Costarricense de Electricidad (I.C.E.) y del Banco Popular, este criterio para someter a un organismo al concurso público, nos parece adecuado, pues, cuando una institución administra fondos públicos, debe estar sometida al procedimiento de la licitación pública.

5º) Lo expuesto en el punto inmediato anterior, se debe complementar con lo que dispone el artículo 34, en el que se exceptúa del procedimiento de la licitación pública a estas instituciones: Universidad de Costa Rica, Banco Nacional de Seguros, Banco Nacional de Costa Rica, y a la Caja Costarricense del Seguro Social. Este mismo numeral añade que tales entidades "deben dar cuenta del movimiento completo de fondos al Centro de Control y a la Tesorería Nacional, por lo menos, una vez al año". Los Bancos citados debían realizar esta obligación mediante la superintendencia de Bancos.

6º) Todas las dependencias de los poderes públicos, a excepción de las que contempla el inciso cuarto del artículo 15 de la Ley Orgánica del Presupuesto, N° 199, (40) cuando necesiten realizar compras de equipo, materiales o mercancías, enviarán a la Proveeduría Nacional, la especificación completa, que contendrá:

- descripción de los artículos;
 - cantidad y calidad requeridas;
 - uso a que se destina;
 - casas proveedoras, marcas de fábrica, etc., correspondientes a las compras de los últimos cinco años;
 - precio y condiciones obtenidos para los pedidos del mismo período;
 - especificación técnica y un proyecto de licitación si fuere el caso;
 - plazo para la entrega de lo pedido; y,
 - partida de presupuesto a que corresponde la erogación.
- Ello al tenor del numeral 20.

(40) Artículo 15, inciso 4º de la Ley N° 199.

7º) Los contratos de provisión de materiales no podrán comprender sino las necesidades del año fiscal como máximo (numeral 20). (41)

8º) A la solicitud para que se saque a licitación un contrato de ejecución de obras, deberá acompañarse el estudio técnico completo y el presupuesto tan detallado como sea posible, de los materiales y mano de obra; y, sus precios, los cuales se mantendrán en secreto (numeral 21).

9º) Las mismas formalidades que se apuntaron en el punto octavo, anterior, rigen para las obras mayores de mil colones que se hagan por administración, antes de dar principio a ellas (numeral 21).

10) La licitación privada prevalece para las compras menores de mil colones. Se invitará a los comerciantes patentados, especializados, e importadores, con intervención de la dependencia administrativa interesada.

11º) La licitación pública funciona en compras por montos superiores a los mil colones: "para las compras mayores de mil colones, deberá proceder licitación pública con mayor o menor plazo, según la importancia y naturaleza de la compra". (42)

Lo que hemos subrayado ha provocado problemas prácticos, ya que en algunas ocasiones, la Administración ha indicado plazos de recepción de ofertas muy pequeños, con el fin, suponemos, de favorecer a un determinado postor y perjudicar a los demás proponentes, quienes en un lapso tan ínfimo no pueden cotizar. La expresión subrayada, como casi toda la Ley Nº 201, de comentario, se trasplantó a la actual LAFR, quien en muy buena parte, sentó sus bases y su estructura en estas Leyes de Ordenamiento Fiscal, como ya detallaremos en su oportunidad. (43)

12º) Tanto los contratos de suministros como el de obras públicas, por sumas menores a los mil colones, se deben realizar por medio de licitación privada. La licitación pública rige para toda clase de contratos, por sumas mayores a los mil colones (numeral 23). Este mismo artículo añade que el contrato que se celebre sin la formalidad de la licitación, "será absolutamente nulo". (44)

13º) La tramitación de las licitaciones es la siguiente:

a) Recibido el proyecto de la dependencia oficial interesada en la compra, lo examinará y aprobará la Proveeduría Nacional.

(41) Con respecto del artículo 19 de la Ley Nº 199, es conveniente compararlo con el numeral 8 de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR). La redacción es muy similar. Con respecto del art. 20 de la Ley Nº 199, es idóneo confrontarlo con los arts. 89 y 94 de la LAFR; la redacción es muy parecida. Lo mismo vale con referencia al art. 21 de la Ley Nº 199 y el art. 95 de la LAFR.

(42) El subrayado es nuestro.

(43) Es conveniente tener presente este "trasplante" de normas.

(44) Ver, al respecto, los arts. 96 y 97 de la LAFR.

b) Si la Proveeduría, estima procedente tal solicitud, la trasladará al Centro de Control con dos objetos: primero: para que tome nota del posible gasto y autorice a su tiempo los pagos que implica la compra o contrato. Segundo: para recabar su parecer sobre las condiciones formuladas.

El primer aspecto atañe a la "reserva de crédito", destinada a hacerle frente a la correspondiente "orden de compra", la cual es una orden de pago que el contratista presenta al Estado para que éste le dé el precio convenido en el respectivo negocio. El segundo punto tiene relación con el análisis del pliego de condiciones o cartel. Es de suponer que por uno y otro extremo el Centro de Control podía devolver a la Proveeduría la solicitud en trámite para sujetarla a derecho.

c) Si se hubiere cumplido con los anteriores requisitos del punto b), se procedería a la publicación del aviso de licitación en el Diario Oficial.

d) El día y la hora señalados para presentar ofertas, serán recibidas y abiertas, en presencia de tres funcionarios: uno, de la Proveeduría; otro, del Centro de Control; y, el tercero, de la dependencia administrativa que solicitó la compra. A este acto de apertura de ofertas, tienen libre acceso los licitantes interesados.

e) El procedimiento de licitación se hará constar en una acta, que se escribirá en el libro destinado al efecto y suscribirán los asistentes.

f) La adjudicación la hará la Proveeduría Nacional con aprobación de la Tesorería, "en el mismo acto, salvo que la resolución para seleccionar al postor adecuado, requiera mayor estudio, en cuyo caso, podrá postergar la elección por seis días hábiles.

g) La Proveeduría está facultada para no aceptar ninguna proposición cuando no se ajuste a los términos de la licitación, o si, por razones fundadas, pudieran conseguirse condiciones más ventajosas para el Tesoro.

h) En todo el trámite puede apersonarse un delegado nombrado por la dependencia interesada en la licitación. (45)

i) De lo resuelto por la Proveeduría, puede apelar el interesado ante el Centro de Control, si interpone su recurso dentro de un plazo de tres días contados desde la publicación.

Para dejar sentado nuestro punto de vista, digamos que sólo el acto de adjudicación es apelable ante la Contraloría. Así, el acto administrativo que declara desierto el concurso no es recurrible ante ella.

Asimismo, nos interesa destacar aquí lo que el profesor ORTIZ ORTIZ escribiera en su oportunidad:

(Rogamos se nos excuse la cita larga, pero estimamos conveniente transcribirla, para los efectos de este aspecto de la cuestión tratada ahora).

(45) Redacción similar presenta el numeral 98 de la L.A.F.R.

"2) Diversos tipos de interés jurídico.

2-1) En primer lugar, el interés se da frente al destinatario del acto administrativo. El interés puede consistir en esta hipótesis y en una doble expectativa:

- a) En la obtención de un derecho nuevo;
- b) En la conservación de un derecho preexistente.

Ejemplo típico del primer caso (obtención de un derecho nuevo) es el de las licitaciones públicas, en que se disputa la obtención de un contrato con la Administración. La potestad de adjudicar no sólo depende de factores de apreciación discrecional, sino que es, en Costa Rica, casi totalmente libre por la llamada reserva para declarar desierto el concurso, a exclusivo juicio de la Administración. No hay un particular concursante que pueda tener derecho a la adjudicación, aún si es el mejor, si la administración juzga que tampoco llena —con todo y serlo—, el mínimo o el máximo de requisitos para un contrato adecuado al interés público. En esta hipótesis, sin embargo, todos y cada uno de los concursantes tienen interés en la observancia de la legalidad del trámite de la licitación, porque si otro resulta adjudicatario con violación de la misma, pueden recobrar su condición de concursantes, anulando la adjudicación y colocándose nuevamente en la posición de eventuales favorecidos.

Es aquí donde se revela claramente la existencia de deberes a cargo de la Administración que no corresponden a ningún derecho del particular. La Administración no está obligada a adjudicar a nadie, pero sí lo está a observar las formalidades legales del concurso. Este deber ha sido establecido a cargo de los órganos que dirigen la licitación, en beneficio de interés público y para asegurar la mejor adjudicación posible. Es el Estado mismo, a lo sumo, quien puede pretender un derecho a esa legalidad, no los participantes interesados. La irrelevancia de dicho trámite para cada uno de éstos se descubre cuando se advierte que el mismo puede conducir eventualmente a favorecer al competidor, si éste resulta legítimamente favorecido; y, todavía más, si se piensa que la anulación de una adjudicación ilegal tampoco garantiza por sí misma el interés del reclamante, porque la decisión nueva que sustituya la anulada puede darse en beneficio de un tercer competidor, que ha hecho mejor oferta que él. Puede llegarse al extremo de una nueva adjudicación en favor del primer adjudicatario, si la nulidad se fundó en simples violaciones de trámite que dejaron intactas en beneficio de éste las razones de fondo que llevaron a la primera decisión.

El deber de la Administración de observar la legalidad en el trámite no asegura la adjudicación del contrato a ningún concursante, sino la mera eventualidad de la misma. Es posible constatar, entonces, que el particular tiene una expectativa frente a la Administración en la hipótesis que analizamos, por doble razón: a) porque la ley de forma y de procedimiento no regula una conducta de la Administración capaz por sí misma para procurar una satisfacción al administrado; b) porque la conducta final de la Administración

que puede producir esa satisfacción y reputarse como bien autónomo para el administrado, es discrecional en cuanto a contenido o motivo y, por eso mismo, puramente eventual.

Puede admitirse que aquella expectativa es un interés legítimo del particular, la regla general, subyacente es la de que una de las formas del interés legítimo se da o bien cuando el particular puede exigir de la Administración una conducta que no le sirve directamente para llenar sus necesidades, o bien cuando puede eventualmente obtener sin exigir una conducta discrecional que sí tenga para él ese carácter de utilidad sustancial, exigiendo el cumplimiento de la ley que regula la organización de la Administración y el procedimiento y la forma de sus actos. El carácter discrecional y el carácter formal de estos últimos, en relación con un derecho nuevo solicitado o buscado por el particular, representa la causa del interés en ellos y en el derecho que de ellos puede surgir. (46)

También recordamos aquí lo que el maestro ORTIZ ORTIZ añade al respecto, en cuanto que la Administración tiene la posibilidad de declarar desierto el concurso. Se trata de una regla aplicable aún si no hay norma o cláusulas expresas que la consagren. La Administración tiene siempre y en todo caso libertad para no contratar, salvo abuso de discrecionalidad correspondiente. Para atacar una declaración de deserción es necesario contar con muy evidentes elementos de razón, de justicia y de oportunidad que revelen como totalmente inconveniente lo resuelto. Caso opuesto, debe estimarse que el ente licitante utiliza bien su potestad. De acuerdo con este principio de libertad en la contratación [que se aplica también en el derecho común, del que se traslada al contrato administrativo] tampoco está obligado a adjudicar al que sigue, en la graduación de concursantes, cuando otro mejor ha sido vencido o desechado por razones legales o de forma, ni tampoco a abstenerse de una nueva licitación, porque quedan candidatos elegibles. El ente público puede, a su libre voluntad, declarar desierta una licitación, y convocar otra nueva o no convocar ninguna. (47)

Cabe hacer una pequeña observación: 1º) que los principios del contrato privado se trasladan al contrato administrativo; 2º) que el sistema de licitación vale para ambos contratos; 3º) que, por ello, es explicable que las partes no están obligadas a negociar, ya se trate de cualquiera de tales negociaciones.

Así, pues, ya establecidos los criterios anteriores, podemos decir que hemos comprobado que funcionarios de la Administración prefieren que la redacción de este inciso diga que sólo el acto de

(46) ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Interés legítimo, Derecho subjetivo y reforma al Contencioso Administrativo*. Revista de Ciencias Jurídicas, N° 2. 1963. Ps. 158 a 160. San José).

(47) ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Derecho Administrativo*. (Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. T. II. San José. 1971. Lecciones del curso de Derecho Administrativo, cuyo titular es el profesor mencionado. Pág. 12 de la Tesis XXIII "Selección de Contratistas").

adjudicación es apelable ante la Contraloría. Tratemos aquí, la redacción del numeral 30 del Reglamento de la Proveeduría Nacional de 24 de enero de 1952, Decreto N° 5, en la que se dice que "respecto de una resolución de la Proveeduría, podrá presentarse ante el proveedor recurso de apelación para ante la Contraloría General de la República, dentro de un plazo de tres días contados a partir de la fecha en que sea publicada".⁽⁴⁸⁾ Esta redacción es pésima y fuente de constantes confusiones entre los interesados. La apelación exclusivamente se presenta ante la Contraloría. En su momento conveniente, al analizar la Ley de Administración Financiera y el Reglamento de cita, nos ocuparemos un poco más de este asunto. Baste, por ahora, esta leve indicación.

j) Para dictar y justificar su resolución, tanto el Tesorero Nacional como el Jefe de Control pueden aportar dictámenes de técnicos o acudir en consulta, a institutos y organizaciones especializadas.

Por ejemplo, diremos que el numeral 20 del Reglamento de la Proveeduría Nacional, ya citado, sostiene que esta dependencia debe consultar el parecer de las oficinas del Estado, interesadas en una licitación, con el fin de formar un mejor juicio en materia de adjudicaciones. Cuando una consulta de esta naturaleza se produzca, las dependencias evacuarán forzosamente dentro de la mitad del plazo que medie entre la apertura de las ofertas y la última fecha hábil para adjudicar. Dicho término será improrrogable; y, una vez transcurrido, la Proveeduría Nacional procederá a adjudicar conforme mejor convenga a los intereses del Estado. Agregando que, sin perjuicio de lo anterior, el Proveedor Nacional podrá asesorarse de personas técnicas sobre los distintos aspectos de una licitación, antes de proceder a la adjudicación. El asesor o asesores deberán ser escogidos entre personas que no tengan interés en la licitación, directa ni indirectamente.

k) Las licitaciones serán numeradas y su resultado se publicará semanalmente, con esa identificación.⁽⁴⁹⁾

l) Ningún contrato u orden, ni interés alguno en el mismo, podrá ser traspasado por la persona favorecida sin el consentimiento previo y expreso del Poder Ejecutivo y del Centro de Control.⁽⁵⁰⁾

Como se sabe, el contrato administrativo nace alrededor de la figura del contrato de obra pública. En ocasión de este negocio, el Estado prefería que el contratista con el que llevaba a cabo la operación mercantil, se mantuviera como su cocontratante, ya que si éste cambiaba podría perjudicarse la ejecución del contrato respectivo. Además, frecuentemente el Estado costarricense adjudicaba sus contratos a los allegados al gobernante de turno o por otra razón de índole personal.

(48) El subrayado es nuestro.

(49) Ver el art. 100, inciso i) de la LAFR, párrafo primero. Es muy similar.

(50) El párrafo segundo del inciso i) del art. 100 de la LAFR es muy semejante.

Lo dicho implicaba que el principio que regía, de modo preponderante, era el de que el contrato administrativo era "intuitu personae". Conforme la racionalidad jurídica del sistema capitalista se desarrollaba acorde con la racionalidad económica del mismo, tal regla se fue haciendo flexible, y con restricciones y controles, se acepta que se den los subcontratos.

m) Para que sea tomada en cuenta una propuesta en una licitación pública de compra, deberá acompañarse como garantía de cumplimiento un cheque bancario certificado por el 10% del precio de la oferta.⁽⁵¹⁾

De acuerdo con esta disposición, la caución de cumplimiento debía ser por un 10% del total adjudicado. La Contraloría General de la República ha venido sosteniendo que las cauciones tienen un monto máximo del 10%, pudiendo la Administración estipular un porcentaje inferior a ese; o, del todo no pedir en el cartel, caución alguna, si lo estima conveniente a sus intereses.

n) Adjudicada la licitación, se comunicará al Centro de Control para que él y la Tesorería Nacional tomen nota en firme de la erogación correspondiente.⁽⁵²⁾

El trámite de la licitación se inicia, entre otras cosas, con la llamada "reserva de crédito" que se hacen la partida respectiva del Presupuesto Nacional para hacerle frente a la erogación relativa a la licitación pública dada. El documento con el que el contratista puede cobrarle a la Administración el precio convenido, es conocido como "orden de pago" u "orden de compra."⁽⁵³⁾

Tales son los aspectos del numeral 24 de la Ley N° 201, en mención.

Con respecto de estas leyes de ordenamiento fiscal hay que hacer patente la observación de que en la emisión de las mismas hubo influencia de los "glostoras" o miembros del conocido Centro para el Estudio de los Problemas Nacionales ("Centro"). Efectivamente, al respecto Raúl HESS ESTRADA nos informa que el hecho más llamativo del "Centro", en el año de 1944 fue el de la toma de la dirección del Diario de Costa Rica. Se hicieron cargo de la Dirección y de la publicación de este medio de comunicación colectiva, cuyo Director y propietario Otilio Ulate Blanco, había tomado la decisión de retirarlo de la circulación como protesta contra los acontecimientos políticos que "culminaron con la elección presidencial

(51) Inciso k) del art. 100 de la LAFR tiene una redacción similar.

(52) El inciso l) del art. 100 de la LAFR, presenta un lineamiento parecido.

(53) Consideramos que la "reserva de crédito", responde al hecho de que en la partida presupuestaria respectiva, se destina un monto para pagar el precio de la futura negociación. La "orden de compra", es el documento público por el que la Administración manifiesta su intención de contratar determinados objetos en condiciones prefijadas. Por su parte la "orden de pago", es el documento público por el que se le paga, contra su presentación, al contratista el importe del contrato correspondiente. En la práctica, se les llama indistintamente "orden de compra" u "orden de pago". (Ver arts. 28, 38, 40 del Reglamento citado).

del 13 de febrero del citado año". Luego de varios días de suspensión, reaparece la indicada publicación, bajo la dirección de los "glosatoras". Es el 18 del mencionado mes y año, el día en que el Comité responsable, formado por Otón Acosta, Rodrigo Facio y Jorge Rossi, hace posible que el Diario de Costa Rica vuelva a la circulación. Por lo que se refiere a Rodrigo Facio, éste tuvo a cargo, preferentemente, tres secciones de ese periódico: "entérese y juzgue", "columna de humo" y el editorial. Agrega HESS, que como una victoria inicial, los del "Centro" lograron que el Presidente Picado les prometiera que la hacienda pública sería ordenada, "no haciéndose esperar el envío al Congreso Constitucional de las leyes llamadas de «Ordenamiento fiscal» que abrieron camino para una adecuada organización financiera del Estado Costarricense, y vigorizando los principios de control del manejo de los fondos públicos, con lo que aminoró el peculado que había caracterizado los años recientes de manejo de caudales públicos".⁽⁵⁴⁾

12) Ley N° 541 de 17 de junio de 1946

Mediante esta ley, promulgada durante el gobierno de Teodoro Picado, se reformó el artículo 23 de la Ley N° 201, indicada, en el sentido de que el principio general de que toda clase de contratos y compras superiores a ₡ 1.000.00, deben hacerse por medio de licitación pública, "con mayor o menor plazo, según la importancia y naturaleza de la compra o del contrato", no regía para los contratos que otorgara el Poder Ejecutivo para las "agencias de licores en provincias y para la alimentación de los cuarteles y cárceles".

13) Artículo 182 de la Constitución Política de 1949

El Partido Social Demócrata, cuyo padre espiritual fue Roberto Brenes Mesén,⁽⁵⁵⁾ del cual formaban parte "los glosatoras" "clases medias", con escrúpulos de clase burguesa, que los hace humanistas, "allí donde el humanismo se refiere al resguardo de la vida humana y las libertades burguesas, incluidas la propiedad privada y la libertad de prensa, que son para ellos la existencia misma del sistema", y cuya mano ejecutora —del 'socialdemocratismo' ha venido siendo José María Figueres Ferrer,⁽⁵⁶⁾— también jugó papel importante en la innovación constitucional que introdujo la licitación a este rango legal.

(54) HESS ESTRADA, Raúl. *Rodrigo Facio. El economista.* (Universidad de Costa Rica. San José. 1972. Págs. 44 y 45). También Francisco GAMBOA, en su monografía "Costa Rica", citada, págs. 121 a 130.

(55) Apud CHASE, Alfonso. Págs. centrales del Semanario "Verde y Blanco", publicado en el periódico "Pueblo".

(56) Idem.

Este grupo de clase media en ascenso, de burgueses con conciencia de clase y del papel histórico que jugaban contra las "viejas oligarquías", como las llamó el representante intelectual de "los glosatoras", Rodrigo Facio, plantea que la Carta Magna debe contener la obligación de que el Estado cumpla con el principio de "contratista interpuesto"; es decir, con el procedimiento "licitatorio".

El Acta N° 164 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949,⁽⁵⁷⁾ dice lo siguiente:

Se discutió el proyecto de artículo del Partido Social Demócrata:

"la ejecución o reparación de obras públicas, las compras que ejecuten con fondos del Estado, de las Municipalidades o de las instituciones autónomas y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos, se harán, tratándose de obras u operaciones cuyo valor y naturaleza señala la ley, mediante licitación pública. La ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adquisición".

Gonzalo Ortiz Martín, segundo secretario, del partido Unión Nacional, expresó que el artículo no era lo suficientemente claro, diciendo que por ejemplo, la reparación de un edificio de la Administración, que podría llevarse a cabo por el Taller de Obras Públicas, "deberá sacarse a licitación pública. ¿A cuáles reparaciones se refiere el artículo". Agregando que "en muchas ocasiones el Estado puede construir obras, locales escolares; reparar edificios, acudiendo a sus propios organismos. De mantenerse la moción como está, todas estas obras tendrían que hacerse mediante licitación pública. No está claro tampoco lo referente a municipalidades e instituciones autónomas".

El diputado Alvaro Chacón Jinesta, suplente del Partido Unión Nacional, expresó que por experiencia reconoce que no siempre el sistema de licitación pública produce los mejores beneficios. Si bien se trata de un sano principio, en la práctica las licitaciones no dan los buenos resultados que se espera. Lo más conveniente sería no decir nada al respecto en la Constitución.

A su vez, el diputado José Antonio Castro Sibaja, suplente del Partido Unión Nacional, indicó que el mismo compañero Chacón Jinesta reconoce la bondad del principio. Entonces. "por qué oponerse a consignarlo en la Constitución?". Enfatizando que era necesario llevar ese principio al texto constitucional para que no vuelvan a ocurrir "los llamados 'contratos sin licitación' del régimen pasado, que tanto criticara la Oposición".

Juan Rafael Arias Bonilla, del Partido Constitucional, expresó que el sistema de licitaciones era conveniente. Luego de esta in-

(57) Acta N° 164, publicada en el Alcance N° 47 a la Gaceta N° 197 del viernes 31 de agosto de 1951, págs. 2184 y 2185. Recogida, íntegramente, en el tomo III de la publicación que hizo la Imprenta Nacional, en 1957, de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, pág. 447.

tervención, Chacón Jinesta, volvió a tomar la palabra para decir que en muchos casos las licitaciones privadas daban mejores resultados que las licitaciones públicas; precisando que la fórmula que se debatía no contemplaba las licitaciones privadas. A esto le dio la razón Castro Sibaja, manifestando que por ello, proponía esta nueva fórmula.

“Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebran el Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas 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”.

“Sometida a votación la moción anterior, que fue acogida por los proponentes, fue aprobada”.

Por lo que se refiere al proyecto de Constitución Política, elaborada por la “Junta Fundadora de la Segunda República”, presentado ante la Asamblea Nacional Constituyente el 1º de febrero de 1949, en ella no venía incluida ninguna norma relativa a licitaciones.

Aquella redacción propuesta por José Antonio Castro Sibaja, se mantiene todavía en el artículo 182 de la Carta Magna de 1949.

Le correspondió esta iniciativa al Partido Social Demócrata; entre cuyos inspiradores estaba tanto Brenes Mesén como Alfredo González Flores.⁽⁵⁸⁾ Este fue un paso importante para “sanear” la Administración Financiera del país en la medida de lo posible.

14) *Ley de Administración Financiera de la República.*
Ley N° 1279 de 2 de mayo de 1951.

Esta ley está montada e inspirada sobre las leyes de ordenamiento fiscal, fundamentalmente, la N° 201 y la N° 199. Ello lo confirma la carta de remisión, del proyecto de esta ley N° 1279, de 18 de diciembre de 1950, firmada por el Ministro de Hacienda, Alfredo Fernández Volio, en la cual afirma que ese proyecto “tiene pocas modificaciones en relación con las leyes de Ordenamiento Fiscal”.⁽⁶⁰⁾ También los que elaboraron el Dictamen afirmativo (Mariano Sanz, Roberto Fernández Durán —miembro del “Centro”⁽⁶¹⁾ y Eladio Trejos) manifestaron que le hacían muy pocas reformas al proyecto enviado por el Poder Ejecutivo. Esta Comisión de Economía

(58) HESS ESTRADA, Raúl. *Rodrigo Facio. El economista.* (Universidad de Costa Rica. San José. 1972. Pág. 36).

(60) Expediente de la Ley N° 1279, depositado en el Archivo de la Asamblea Legislativa.

(61) ARAYA POCHE, Carlos. *Historia de los Partidos Políticos. Liberación Nacional.* (Ed. Costa Rica, San José, 1968, pág. 19).

y Hacienda de la Asamblea Legislativa, cuyo Dictamen presenta la fecha de 15 de enero de 1951, expresa que las mencionadas leyes de ordenamiento fiscal se dieron por motivos políticos, pero que el Gobierno de Picado no tuvo la intención de aplicarlas; a la vez, que tampoco se pudo “aplacar la inconformidad popular promovida por la convicción existente de que los bienes públicos habían derivado en el Gobierno anterior (el de Picado), y continuaban derivando hacia bolsillos particulares”.⁽⁶²⁾

Recordemos aquí el numeral quinto de la Ley N° 200, o Ley Orgánica del Centro de Control, en el cual se decía que el Jefe de todo Departamento de la Administración Pública que suscriba un contrato, debe remitir inmediatamente al Jefe del Centro de Control una copia oficial acondicionada para su archivo y en éste figurará también el ejemplar o ejemplares del Periódico Oficial que lo contenga. “Todo contrato debe publicarse en el Periódico Oficial, dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento, bajo pena de nulidad si no se hace”.

Relacionamos la segunda parte de ese artículo 5º, que hemos transcrito literalmente, con el inciso i) del numeral 100 de la LAFR. Comparemos redacciones:

Ley N° 200/1945

Art. 5º: Todo contrato debe publicarse en el Periódico Oficial, dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento, bajo pena de nulidad si no se hace”.

Ley N° 1279/1951

Art. 100, inciso i): el resultado de las licitaciones se publicará *inmediatamente después* de efectuada la adjudicación con su número correspondiente y los otros elementos de identificación que se crean convenientes.

Como se observa fácilmente, el art. 5º era muy claro y concreto: si la publicación no se hacía dentro de los 15 días citados, la adjudicación resultaba nula. En cambio, el inciso i) del art. 100, ha dado lugar, en la práctica a casos en los que la Administración se muestra negligente, y publica el acto de adjudicación cuando le apetece en daño de los intereses de una sana gestión administrativa y de los administrados. Increíblemente, la expresión “inmediatamente después”, ha sido interpretada, en casos reales, por la entidad pública, como sin plazo fijo y realizable a su gusto y capricho. Efectivamente el inciso i), en cuestión podría usar una delimitación precisa, al igual que la que contiene el numeral 5º de la ley N° 200 de 1945 y con el efecto de nulidad que ahí se indica.

Esa Ley N° 200, en su artículo 20 afirmaba que todo contrato que implique desembolso de fondos nacionales llevará inserta certi-

(62) Expediente citado.

ficación expedida de previo por el Centro de Control, de que existe la partida aplicable en cantidad bastante para cubrir la erogación. Declarando esenciales los requisitos establecidos por este artículo para la validez de los contratos, en cuanto a las obligaciones del Estado.⁽⁶³⁾

Esta misma ley N° 200, en su artículo 23 mandaba que era indispensable en la adjudicación de alquileres, contratos de construcción" suministros y demás servicios o provisiones que demande el Estado mediante licitaciones públicas, la intervención de un delegado del Centro de Control y la conformidad de éste en acatamiento al numeral 24 de la Ley N° 201 del mismo año de 1945.⁽⁶⁴⁾ Este mismo artículo 23, añadía que los contratos sólo pueden adjudicarse mediante licitación privada, si su valor es de "1000 colones o menos; pública en los demás casos".

Por su parte, el artículo 36 de la citada ley N° 200/1945 expresaba que toda persona física o legal que contrate con el Estado o con cualquier entidad pública, debería garantizar el cumplimiento del contrato y los daños y perjuicios eventuales. La garantía debería ser calificada y aceptada, previamente, por el Centro de Control y se otorgaría dentro del texto del contrato, bajo la pena de nulidad absoluta de éste. No pudiendo ser el monto de la garantía inferior al 10% del precio total estipulado.⁽⁶⁵⁾ Agregando que en contratos de ejecución de obras públicas, sería requisito ineludible el derecho de retención de un 10% de todo pago y que no será entregado al contratista, sino una vez recibida la obra a entera satisfacción de la Administración, pues en otro caso, quedaría definitivamente en poder del Estado o entidad contratante a cuenta de daños y perjuicios.

Las anteriores disposiciones han quedado incorporadas, de un modo o de otro a la actual LAFR. Esta no puede entenderse sin tener muy presentes estas leyes de ordenamiento fiscal de 1945.

Finalmente, en este mismo sentido de afirmar la importancia de tales leyes de 1945, deseamos cerrar estos breves comentarios, con la indicación que hacen los artículos 15, de la Ley N° 199 (ley orgánica del presupuesto) y el 34 de la Ley N° 201 (Ley Orgánica de la

(63) Debe entenderse que se trataba no sólo de la validez, y perfección del contrato, sino, además, de la eficacia jurídica del mismo.

(64) Art. 24, inciso d) de la ley N° 201 de 1945: las licitaciones se tramitarán de acuerdo con estos pasos: el día y hora señalados para presentar ofertas, serán recibidas y abiertas en presencia de tres funcionarios: uno de la Proveduría; otro, del Centro de Control y el tercero de la dependencia administrativa que solicitó la compra. A este acto tienen libre acceso los interesados oferentes. Los arts. 98 y 100, inciso d) de la LAFR tienen una redacción similar.

(65) La Contraloría General de la República viene sosteniendo que ese 10% es un tope máximo; de tal modo que, por ello mismo, la Administración puede fijar un porcentaje menor; o, del todo, si lo estima conveniente, eliminar este requisito. Esto, tanto en lo relativo a la caución de participación y en la de cumplimiento. Lo que no puede hacer el ente público es imponerle al oferente o al adjudicatario un porcentaje mayor a ese 10%. Tal es el principio general.

Tesorería Nacional y de la Proveduría Nacional), en los cuales se exceptuaba de los controles y exigencias de esas leyes a estas instituciones:

- Banco Nacional de Costa Rica
- Banco Nacional de Seguros
- Universidad de Costa Rica
- Caja Costarricense de Seguro Social

En ese entonces por unas razones; y, ahora, por otras, existían situaciones de privilegio o de excepción para ciertas entidades públicas. En estos momentos, injustificadamente en nuestro criterio, el Instituto Costarricense de Electricidad y el Banco Popular y de Desarrollo Comunal están fuera de la fiscalización de la Contraloría General en cuanto al trámite de la licitación se refiere. Nuestro punto de vista es que cualquier ente que maneje fondos públicos, dineros de la comunidad, debe y tiene que estar sometido al control jurídico-contable de la Contraloría General de la República. De lo contrario se estaría (y se está en el caso de esas instituciones) violando el principio medular de que el erario público debe y tiene que estar bajo la vigilancia de una entidad superior que ejerza la fiscalización de los mismos. En el caso de Costa Rica, esa entidad es la Contraloría.

15) Reglamento de la Proveduría Nacional.

Este es el Decreto N° 5 del 24 de enero de 1952, dado durante el Gobierno de Otilio Ulate Blanco.

Contiene 50 artículos; y, esencialmente, regula el procedimiento de la licitación. Su numeral 1° establece que para el desempeño de las funciones que la ley de Administración Financiera de la República le señala a la Proveduría Nacional, ésta tendrá dos departamentos denominados: Departamento de compras y Departamento de Registro de Inventarios. El primer departamento citado constará de dos secciones que se llamarán: sección de licitaciones públicas y sección de licitaciones privadas. Además, habrá una Secretaría para la atención de la correspondencia, servicio de información y todas las demás funciones que le son propias.

Cabe observar aquí que este Decreto N° 5 está plenamente vigente. Lo recalamos porque hemos oído de boca de algunos funcionarios y empleados públicos que este Reglamento es una "religión jurídica" o que es inoperante. La actitud de estos burócratas públicos es esa; pero no corresponde a la realidad legal, debido a que tal Reglamento es válido y eficaz. Pertenece al campo del derecho, al ordenamiento legal costarricense.

Dicho lo anterior, comentemos, rápidamente, algunos artículos de este Reglamento. Por ejemplo, el numeral 30. Este tiene una redacción inadecuada, ya que dice que la apelación se puede presentar "ante el Proveedor, para ante la Contraloría". La redacción co-

recta es ésta: "la apelación se presenta ante la Contraloría". Por ejemplo cuando se licitó "equipo y repuestos", uno de los postores recurrió, entre otros, del acto de adjudicación de la licitación en la cual se habían sacado a concurso tales bienes, ante la Proveeduría Nacional, creyendo que este órgano pasaría el escrito de apelación a la Contraloría General. Ante esta equivocación, provocada por la inidónea redacción del art. 30, comentado, se vio obligado el recurrente a hacer todo lo posible para presentar en tiempo el recurso ante la entidad fiscalizadora de la Hacienda Pública. El resultado fue que el postor desorientado logró hacer llegar su apelación ante la Contraloría. Este organismo resolvió todos los recursos interpuestos contra el acto de adjudicación correspondiente a la licitación pública promovida por la Dirección General de Vialidad del Ministerio de Transportes para "el financiamiento y suministro de equipo y repuestos para la construcción y mejoramiento de caminos públicos", recaído en favor de las firmas: Comercial Pegaso S.A.; Allis Chalmers Manufacturing Co.; Koehring Overseas Corporation S.A.; y, Toyota Motor Sales Co. Ltda., mediante la Resolución de las 13 horas del 29 de julio de 1971, la cual confirmó el acto de selección de contratistas. Fue éste un ejemplo real de los posibles perjuicios que puede originar esa redacción incorrecta.

Veamos, ahora, el artículo 40. Este manda que la Sección de Licitaciones Privadas llevará un registro de comerciantes o personas que deseen que se les tenga como interesadas en las actividades que realiza la Sección.

En Costa Rica no existe la obligación de una precalificación de oferentes para los efectos de participar en licitaciones públicas y privadas. Ese numeral se refiere a las licitaciones privadas nada más. Asimismo, el registro a que hace referencia es para los fines de referencia, pero de ninguna manera implica que los que no estén en él no pueden ser postores en un concurso privado. Se trata de un archivo administrativo que le sirve de orientación a la Administración, pero hasta ahí llega su papel. De ningún modo limita la concurrencia al concurso privado. Ello sería violatorio del principio de la libre participación en la licitación que rige el procedimiento "licitatorio" costarricense.

Ahora bien, actualmente el Ministerio de Obras Públicas y Transportes tiene un procedimiento de preselección de contratistas públicos elegidos mediante licitación pública. Este procedimiento es ilegal a la luz de la presente y vigente legislación en materia de contratación administrativa. Para la "construcción de carreteras, puentes. C R-72" se exige este requisito, el folleto que contiene las condiciones generales para tales construcciones dice, en su página 7 que la "precalificación de empresas" es un "proceso de selección de empresas interesadas y capacitadas para ejecutar una obra, lo cual demuestran mediante el aporte de información adecuada y completa de su capacidad". Y, en la página 9, en donde se piden los requisitos y condiciones para la licitación", se lee:

"Calificación de los contratistas. Antes de que una propuesta sea considerada para su adjudicación, el Gobierno le puede solicitar al proponente una declaración concerniente a su experiencia previa en la realización de trabajos comparables, su organización comercial y técnica, el equipo disponible para ser utilizado en la ejecución del trabajo, su estado financiero, presentando un balance de situación con un corte al último mes calendario anterior a la publicación de la licitación". (El subrayado es nuestro).⁽⁶⁶⁾

Esta condición es ilegal; salvo que una ley especial (por ejemplo: la relativa a empréstitos con organismos financieros internacionales) la legitime. En nuestro actual sistema de licitación el requisito de la selección previa del postor no existe. Este es el punto medular de la cuestión de acuerdo con la legislación costarricense. Esto debe quedar claro, ya que es de suma gravedad que esta cláusula tenga vigencia de hecho, cuando viola la normativa de la licitación nacional.

Otro punto y aparte es el relativo a nuestro criterio sobre la conveniencia o inconveniencia de que se le pida a los oferentes que precalifiquen para tales obras públicas.

Nuestro criterio es que conviene que exista el procedimiento de selección previa de postores para esas obras públicas. Ello no lesiona el principio de la libre concurrencia, en la medida en que el mismo no puede ni debe, como cualquier principio entenderse en términos absolutos. La competencia entre concursantes, en este tipo de licitaciones debe funcionar a partir de un conjunto de oferentes que llenen los requisitos de capacidad técnica, ética, económica y en recursos humanos para cumplir con el contrato de obra pública en cuestión. La naturaleza y la complejidad de esos contratos amerita esa selección preliminar. Tal es nuestro punto de vista. Ahora bien, esto requiere de una reforma a la ley de administración financiera o la

(66) La tesis que presentó Roque RIMOLO NAPOLITANO con el nombre de "Control administrativo e inspección de un proyecto vial otorgado a un contratista", a la Facultad de Ingeniería en noviembre de 1969 para optar al título de ingeniero civil ante el tribunal formado por los profesores ingenieros Manrique Lara Tomás (delegado del Decano y profesor guía), Carlos Luis Corrales Villalobos, Carlos Espinach Escalante y Max Settenfeld Röger, constituye un estudio muy interesante en el campo del contrato de obra pública, desde la perspectiva que el Ing. RIMOLO lo enfocó, de acuerdo con su especialidad y formación profesional. Este importante estudio consta de estos capítulos: I Generalidades: análisis de las ofertas, adjudicación de un contrato, presentación de plicas, análisis de ellas, trámite de licitación, etc. II Control administrativo: personal y equipo, libro de registro, planos, archivos, informes mensuales, etc. III Inspección: control de diferentes fases de la obra, drenajes, cunetas, construcción de alcantarillado, pavimento, muestreos, etc. IV Consideraciones finales: informes generales y específicos, cierre final, inspección final, etc. ANEXOS.

Esta tesis puede ser consultada en la Biblioteca de la Universidad de Costa Rica. Su número de identificación es el 2235.

emisión de una ley especial para esta clase de contratos administrativos públicos. Sin que esta norma se dé, la exigencia de la Administración es ilegal, pues no hay ley alguna que ampare o habilite este proceder del Estado. Precisamos, de acuerdo con la legislación presente y vigente, el requisito del Ministerio citado es ilegal. No hay duda alguna al respecto. En el otro aspecto —de nuestro modo de ver esta cuestión—, estimamos que esa cláusula es necesaria y se debe pedir al particular interesado en contratar con la Administración. Pero, ello precisa de una norma expresa que, con rango de ley, (debido a la importancia que tiene en relación con el principio relativo de la libre competencia), venga a permitirle al Gobierno el imponer tal requisito en los carteles de licitación.

Sobre la L.A.F.R. y el Reglamento de la Proveduría Nacional (RPN), estimamos que, la primera debe dar lugar a una ley general de contratos públicos; y, el segundo al reglamento general de esta norma sobre negociación administrativa. Los tiempos actuales así lo piden, dada la cantidad de licitaciones que se realizan y el monto sustancial que en ellas va implícito. Esta es una necesidad insoslayable que tal vez los políticos conviertan en realidad a corto plazo.

16) Decreto N° 18 de 30 de abril de 1968

El texto de este Decreto es el siguiente:

“Art. 1º: El plazo que deberá mediar entre la fecha de publicación en el Diario Oficial de carteles de licitación pública de cualquiera de los órganos o entes del Estado y la fecha señalada en el propio cartel como término para la recepción de ofertas, no será en ningún caso inferior a los siguientes límites:

- a) licitaciones para construcción de obras: un mes;
- b) licitaciones para suministros necesariamente de importación: 20 (veinte) días hábiles.
- c) licitaciones para otros tipos de contratación: 15 (quince) días hábiles.

(El subrayado es nuestro).

Es entendido que inmediatamente después de la hora y fecha señaladas como límite para la recepción de ofertas deberán éstas ser abiertas, conforme a la ley”.

Con respecto de este último párrafo, citamos aquí la redacción del inciso d) del numeral 100 de la LAFR:

“El día y la hora que se hubieren señalado como límite para presentar ofertas, serán abiertas las que se hubieren presentado, en presencia de los interesados que deseen asistir”.

A su vez, el numeral 10 del Reglamento de la Proveduría Nacional (RPN), en su párrafo segundo expresa que:

“Las ofertas presentadas después de la hora señalada, sólo podrán ser consideradas si los interesados presentes, por unanimidad, así lo acuerdan; después de aceptada en estas condiciones, no procede ninguna gestión para anular su aceptación”. (El subrayado es nuestro).

Como se desprende de esta norma, las ofertas que lleguen un poco tarde a la apertura de ofertas o plicas, pueden ser aceptadas al concurso respectivo, SI los “interesados presentes, por unanimidad, así lo acuerdan”. En la práctica, la costumbre es que sólo participan en la licitación dada, aquellas plicas presentadas antes del “día y la hora que se hubieren señalado como límite para presentar ofertas”.

“Art. 2º: entre la fecha de publicación en el Diario Oficial, de iniciativa propia o bien a solicitud de parte interesada o conforme a disposición de la Contraloría General de la República, de modificaciones, adiciones, aclaraciones o interpretaciones a los carteles, y la fecha señalada para la recepción de ofertas, deberá mediar un plazo no inferior a la mitad de los límites señalados en el artículo anterior, a cuyo efecto el órgano o ente estatal interesado deberá disponer las prórrogas que sean necesarias, las que tendrán igualmente el carácter de modificaciones”.

En relación con esta disposición, traemos aquí a colación estas normas de la LAFR y del RPN, respectivamente:

“Art. 97: Salvo lo establecido en el artículo anterior, para toda otra clase de contratos o compras mayores de cinco mil colones (₡ 5.000.00), deberá procederse a licitación pública con mayor o menor plazo, según la importancia y naturaleza de la obra o de la compra”. (El subrayado es nuestro).

“Art. 37: Una vez vencido el término señalado para recibir las ofertas, el Jefe de la Sección respectiva procederá a estudiar las que hubieren sido presentadas, a efecto de hacer la adjudicación correspondiente, la cual no podrá hacerse efectiva sin la aprobación del Proveedor Nacional. No podrá hacerse la adjudicación antes de la fecha señalada en la licitación para recibir ofertas, aun cuando se considerare que han sido recibidas todas las propuestas posibles”. (El subrayado es nuestro).

El párrafo segundo del numeral 2º del Decreto N° 18, en cuestión, por su parte, manda que:

“Las publicaciones del género indicado deberán aparecer en el Diario Oficial antes del vencimiento del término señalado para la recepción de ofertas”.

El numeral tercero del indicado Decreto N° 18, manifiesta que:

“La impugnación ante la Contraloría General de la República de un cartel de licitación pública por supuestos vicios en el procedimiento o por estimar que condiciones o especificaciones suyas limitan ilegítimamente la libertad de concu-

rencia, deberá presentarla quien tenga interés en ello, debidamente razonada, en papel sellado de un colón junto con una copia, dentro del primer tercio del plazo señalado por el cartel para la recepción de ofertas. La Contraloría General de la República emitirá su resolución dentro del segundo tercio del indicado plazo”.

Mediante este decreto N° 18 se vino a regular el plazo de recepción de plicas. Con anterioridad al mismo, prevalecía el criterio de la Contraloría en esta materia, como en la impugnación al cartel. Este decreto N° 18 fue redactado por la Contraloría, y es el fruto de la experiencia de este organismo en el campo en el cual ese Decreto juega.

“Es la primera vez que el Poder Ejecutivo costarricense reglamenta actuaciones de entidades autónomas”, como nos informa Mauro MURILLO. También concordamos con MURILLO cuando expresa que se puede impugnar el cartel cuando éste omite, ilegítimamente, una condición o cláusula. De hecho, la Contraloría atiende ambas situaciones: tanto aquella diligencia de objeción al pliego de condiciones que lesionan los principios reguladores de la licitación como la normativa pertinente a ella; y, las objeciones que se hacen cuando el pliego de bases omite ilegítimamente cláusulas que el interesado alega como válidas y legales. En otras palabras, el cartel puede “pecar por acción y por omisión”. En las dos circunstancias, se puede atacar el pliego de condiciones.

Una omisión importante del Decreto N° 18 es la que se refiere a la situación que se da cuando la Contraloría declara con lugar la objeción del particular y la Administración mantiene el cartel publicado e impugnado con éxito, negándose a modificarlo en el sentido que la entidad contralora ha dicho. Esto puede suceder así, debido a que lo que la Contraloría manifiesta, en este caso, no es vinculante para la Administración. Como bien indica MURILLO, en su escrito de cita “*Las objeciones al cartel de las licitaciones públicas y el Decreto Ejecutivo N° 18 de 30 de abril de 1968*” (inédito), julio 1968 —pág. 7—, esa es una ausencia importante que se echa de ver en el Decreto de comentario.

En este supuesto en que un particular impugna con éxito el cartel y la Administración desoye el criterio de la Contraloría, se da la consecuencia de que este Administrado queda legitimado para apelar contra el acto de adjudicación que se produjere. Tal es lo que la Contraloría sostiene en esta circunstancia. Consideramos que este Decreto debe contemplar esta situación; y, también, aquella en la que hay imposibilidad material para publicar la modificación al cartel. En este supuesto, cuando esto ocurra, la Administración debe declarar desierto el concurso, ya que es sabedora de que el pliego de estipulaciones es ilegal (MURILLO se pronuncia en este mismo sentido, en la pág. 8 de su ensayo citado). También, estimamos que el interesado que exitosamente impugnó el cartel, y la modificación no se pudo hacer por una imposibilidad material, queda legitimado pa-

ra apelar contra el posible y futuro acto de adjudicación, ya que el impugnante exitoso no es responsable del acaecimiento de la imposibilidad material.

Asimismo compartimos el punto de vista de MURILLO, acerca de que los carteles del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) pueden ser apelados ante la Contraloría, ya que la Ley N° 1874 de 1955, dispuso que “solamente existe recurso de responsabilidad en contra de los Gerentes y Directivos de lo que en materia de licitaciones sea resuelto”; no pudiéndose interpretar que un pliego de condiciones sea inobjetable, ya que un cartel no puede equipararse o asimilarse a la expresión “lo que el ICE resuelva”, por cuanto un instructivo de condiciones no es ninguna “resolución”; además, que los antecedentes de la ley N° 1874, citada, son muy claros en señalar que de lo que se trataba de excluir al ICE era de la apelación ante la Contraloría de los actos “adjudicatorios” (MURILLO, op. cit., págs. 8 y 9). Aprovechemos esta oportunidad para reiterar nuestro criterio de que las entidades que manejen fondos públicos deben estar sometidas al procedimiento de la licitación y al respectivo control de la entidad que ejerce la fiscalización de la Hacienda Pública.

17) Normas de protección a las empresas constructoras nacionales.

Sobre este tema hay que hacer una observación de partida que consiste en informar que por el artículo 7 de la ley N° 5501 del 7 de mayo de 1974, se derogó la ley N° 4864 del 19 de octubre de 1971. Esta ley fue publicada en *La Gaceta* N° 224 del 10 de noviembre de 1971. El artículo primero de esta ley derogada decía que cuando por aumento de impuestos, variaciones en materia monetaria originadas en el establecimiento de recargos cambiarios o alzas del tipo de cambio del colón, imposición de cuotas de importación y alzas de salarios no constituidas por las fijaciones periódicas que por ley han de hacerse, se produjere un aumento en el valor de una obra contratada o ejecutar por una empresa constructora nacional o personas físicas costarricenses, para el Estado o sus instituciones autónomas o semi-autónomas, tal *diferencia* en el valor será reconocida por el Estado o las instituciones citadas a la empresa constructora o persona contratante, *siempre* que la contratación se origine en oferta presentada con anterioridad a la promulgación de la respectiva ley, decreto o disposición que haya causado tal variante.

El artículo tercero de dicha derogada ley, indicaba lo que se debía entender por “*empresa constructora nacional*”. Así, por ella debía considerarse aquellas en las que “no menos” del setenta por ciento (70%) del capital de la firma perteneciere a costarricenses, según conste en la escritura constitutiva de la empresa y sus modificaciones posteriores, si las hubiere; y, que —además— tenga un período “no menor” de dos años de haberse establecido como empresa constructora e inscrito como tal en el Registro Público.

Por su parte el artículo primero de la ley N° 5518 del 7 de mayo de 1973, expresa que para acogerse a los beneficios de leyes vigentes relativas a ajustes de precios en contrataciones administrativas con empresas nacionales, los contratos de construcción respectivos deberán ser registrados en la Cámara Costarricense de la Construcción o en la Cámara de Constructores de Carreteras y Puentes, según sea el caso, debiendo pagar el contratista interesado a la cámara correspondiente un derecho de inscripción equivalente al uno por mil del valor del contrato. Tal es el enunciado del primer párrafo del *supra* indicado numeral. (Esta ley se publicó en el *Alcance* N° 86 a *La Gaceta* N° 91 del 16 de mayo de 1974).

Asimismo, la ley N° 5501 del 7 de mayo de 1974, mediante su artículo séptimo deroga la ley N° 4864 del 19 de octubre de 1971. En su numeral primero esta ley N° 5501 dispone que cuando por variaciones en el costo de los materiales, mano de obra, beneficios sociales, equipos a incorporar y servicios, *se produjere un aumento o una disminución*) el subrayado es nuestro) en el valor de una obra o contratar o a ejecutar por una empresa constructora nacional, para el Estado o sus instituciones autónomas o semiautónomas, los precios de los contratos serán reajustados, aumentándolos o disminuyéndolos, de acuerdo con el reglamento que al efecto emitirá el Poder Ejecutivo.

El artículo tercero de esta ley señala que para los efectos del numeral primero de esta misma ley, se reputarán como empresas constructoras nacionales, aquellas que reúnan estos requisitos:

i) no menos del setenta por ciento (70%) del capital de la empresa constructora debe pertenecer a costarricenses, según conste en la escritura constitutiva de la empresa y sus modificaciones posteriores, si las hubiere; y,

ii) un período no menor de dos (2) años de haberse establecido como empresa constructora e inscrito como tal en el Registro Público.

Esta ley contiene siete artículos y un transitorio. Fue publicada en el *Alcance* N° 86 a *La Gaceta* N° 91 del 16 de mayo de 1974.

Por medio del "Decreto Ejecutivo N° 4144 del Ministerio de Economía, Industria y Comercio" (M.E.I.C.), se dio el "reglamento a las leyes Nos. 5501 y 5518 para ajustes de precios en contratos con empresas nacionales de la construcción". Este reglamento se publicó en el *Alcance* N° 175 a *La Gaceta* N° 183 del 27 de setiembre de 1974.

Su artículo primero afirmaba que el "presente reglamento tiene por objeto fijar las bases y establecer las condiciones necesarias para la aplicación de las leyes Nos. 5501 y 5518, para ajustes de precios en contratos con empresas nacionales de la construcción, contratos con empresas proveedoras de servicios o suministros de origen local para la construcción y contratos celebrados con empresas constructoras extranjeras cuando se haya determinado que en el país no existen empresas constructoras nacionales con capacidad suficiente para realizar las obras requeridas".

En el Capítulo segundo de dicho reglamento se definen algunos términos relativos a este campo negocial. Entre ellos, destacamos el de "reajuste de precios", que el reglamento (en su artículo tercero y único de ese capítulo segundo) define como la actualización del precio de la obra tomando en cuenta las variaciones en el costo de los elementos, siempre y cuando sea por aumento superior al 3% de cada renglón de pago o de factor de costo.

Por Decreto Ejecutivo N° 4428 —MEIC del 14 de diciembre de 1974, publicado en *La Gaceta*, N° 4 del 8 de enero de 1975, se derogaron los Decretos Ejecutivos N° 4144—MEIC del 23 de setiembre de 1975 y el N° 4339—MEIC del 15 de noviembre del mismo año.

Este Decreto Ejecutivo N° 4428, lleva como título "Reglamento a las leyes Nos. 5501 y 5518 para ajustes de precios en contratos con empresas nacionales de la construcción".

Su numeral primero afirma que el presente reglamento tiene por objeto fijar las bases y establecer las condiciones necesarias para la aplicación de las leyes números 5501 y 5518, para ajustes de precios en contratos con empresas nacionales de la construcción, contratos con empresas proveedoras de servicios o suministros de origen local para la construcción y contratos celebrados con empresas constructoras extranjeras cuando se haya determinado que en el país no existen empresas constructoras nacionales con capacidad suficiente para realizar las obras requeridas.

Como se observa fácilmente este numeral repite la redacción del Decreto Ejecutivo N° 4144—MEIC derogado.

Interesa destacar la definición —que se presenta como idéntica en los Decretos Ejecutivos (D.E.) Nos. 4144 (derogado) y el 4428 (vigente)— de "empresa constructora nacional". Dicen los numerales terceros, de ambos D.E., que por tal se tiene aquella empresa que reuna conjuntamente las siguientes características:

i) no menor del 70% del capital de la empresa constructora debe pertenecer a costarricenses, según conste en la escritura constitutiva de la empresa y sus modificaciones posteriores si las tuviere; y,

ii) un período no menor de dos años de haberse establecido como empresa constructora o inscrito como tal en el Registro Público.

Asimismo, este artículo tercero del D.E. N° 4428 (que repite lo que su homólogo del D.E. N° 4144) define como "reajuste de precios", la actualización del precio de la obra tomando en cuenta las variaciones en el costo de los elementos predominantes *siempre* y *cundo* (el subrayado es nuestro) se registre un aumento superior al 3% (tres por ciento) en un renglón de pago. Mandando el artículo cuarto del D.E. N° 4428, que los precios de los contratos serán reajustados al existir variaciones en cualquiera de sus elementos predominantes superiores a un 3% durante el plazo del contrato, aumentándolos o disminuyéndolos, por el procedimiento que se establezca conforme al presente reglamento.

Por su parte, el artículo cuarto ordena que el procedimiento de reajustes será expresamente señalado en el cartel por el Estado, debiendo indicar en cada caso los datos que el contratista debe in-

cluir en su oferta de modo que se pueda aplicar el procedimiento adoptado. El cálculo del reajuste debe ser presentado por el contratista. Si el cartel no indicara el procedimiento se usará el analítico.

El procedimiento analítico lo define el artículo tercero del citado reglamento en los términos siguientes: "reajuste de precios iniciales con fundamento en variaciones de los precios primarios iniciales de los elementos predominantes. Señalando, además, que el "procedimiento analítico modificado" —por su parte— es el "reajuste de precios iniciales basados en los aumentos de mano de obra, pagos internacionales, en los materiales incorporados y combustibles requeridos en la ejecución de la obra".

Las causas por las que procede el pago de los reajustes de precios, son las que a continuación se enumeran, al tenor del artículo sexto del mencionado D.E. N° 4428. Efectivamente este numeral, en su primer párrafo ordena que salvo que se indique en diferente forma en los documentos contractuales, precederá el aumento de los plazos de los contratos de construcción y de actualización de los programas de trabajo (*cronogramas*) de las obras *con motivo de los atrasos ocurridos por* (el subrayado es nuestro) *estas causas*:

a) caso fortuito o fuerza mayor. Además, falta de equipos a incorporar o escasez de materiales de construcción en el mercado nacional o internacional; períodos de lluvia evidentemente perjudiciales al progreso de la obra.

b) incumplimiento del Estado, por alguna de estas causas:

1) Falta de elementos técnicos indispensables para iniciar o proseguir una obra cuando dichos elementos debe suplirlos el Estado.

2) Falta de medidas que permitan localizar el sitio exacto donde debe construirse la obra o la existencia de impedimentos legales o de cualquier otro tipo que dificulten la realización de la misma.

3) Orden escrita del Estado para parar o disminuir el ritmo de progreso de la obra.

4) Incumplimiento del Estado en el pago, de acuerdo con las cláusulas del respectivo contrato; y,

5) Cambios, trabajos extra o ampliaciones de la obra solicitadas por el Estado que requieran aumento de plazo.

El penúltimo párrafo de este artículo ordena que los atrasos que fueren responsabilidad del contratista no dan derecho a actualizar los *cronogramas* y el reajuste de costo se hará de acuerdo con los *cronogramas* vigentes. Mandando el párrafo *in fine* de dicho numeral que si el contratista realizara los trabajos, o la obra total, en un tiempo menor del previsto en el *cronograma inicial* (o sea, el presentado en la oferta, de conformidad con la definición que el artículo tercero da de este cronograma), éste debe ser actualizado para efectos de reajustes. Pero, en el primer caso, el plazo máximo de ejecución o entrega de la obra no podrá ser disminuido.

Ahora bien, no habrá reajuste de costo para materiales o equipos que supla el Estado. Este proveerá materiales, equipo o servicios

cuando así lo establezca el respectivo cartel de licitación; quedando facultados para reconocer el valor de materiales a equipos incorporados a la obra, o bien, en las bodegas en el sitio de la obra en cuanto están exclusivamente destinados a la misma, según manda el artículo sétimo.

Resulta útil incorporar a estas líneas la definición de "Estado" que da el artículo tercero del D.E. N° 4428. Entiende por este concepto lo siguiente: "El Estado y sus instituciones". Considero que más que una definición se trata de una equivalencia; es decir, que cuando se dice "Estado", léase el "Estado y sus instituciones". De acuerdo con la costumbre (conforme a los rasgos institucionales de la estructura estatal costarricense) en los oficios y documentos públicos cada vez más se distingue entre el Poder Central y el Poder Descentralizado. El primer término para referirse a los Poderes clásicos; y, el segundo, para denominar a los entes públicos descentralizados. Así, resultaría —tal vez— más adecuado a nuestra realidad institucional, hacer la equivalencia de "Estado" con las expresiones Poder Central y Poder Descentralizado; o, la Administración Pública integral del aparato estatal nacional. Y, más resumido, simplemente "la Administración", como suele decirse en el *argot* de los *iuspublicistas*.

Este reglamento, a la par de las leyes citadas, tratan de hacerle frente al conocido fenómeno económico de la inflación. Es una regulación destinada a remediar —en lo posible— los efectos negativos inflacionarios que se dan —además— con respecto a la contratación pública administrativa.

A propósito de esta consideración, se puede mencionar el encabezamiento que el matutino "La República" (del sábado 21 de diciembre de 1974) presentó a los lectores de este día sabatino: "Estado subsidia a las empresas constructoras". El sub-acápite informaba que el gobierno subsidiará a las empresas constructoras en treinta y nueve millones de colones, que se cancelarán con partidas incluidas en el Presupuesto Nacional de 1975 y con préstamos exteriores. Añadiendo, que la ayuda del gobierno a las empresas constructoras se motiva "en que debido al fenómeno inflacionario mundial los costos de la actividad de la construcción subieron considerablemente, en algunos casos hasta en un 25%". Finalizando la información periódica con un dato muy relevante: "El costo total de las obras para las cuales las empresas constructoras recibieron el subsidio del Estado llega a doscientos cuarenta y cinco millones".

En estas breves líneas no vamos a realizar un análisis exhaustivo y detallado de esta importante normativa, por el momento.

En un estudio que estamos finalizando, realizamos un análisis en profundidad sobre las leyes indicadas y el reglamento de marras. Por esta razón, en esta oportunidad solamente hacemos esta sencilla presentación de esta polifacética y compleja temática del *reajuste de precios* en los contratos de obra pública efectuados por empresas nacionales, de conformidad con la definición que de ellas ya se ha precisado.

Nada más adicionemos la matización que da el artículo 22 del mencionado reglamento a la circunstancia del beneficio del reajuste de precios a las indicadas firmas nacionales. Efectivamente, este numeral manda que cuando el Estado considere que no hay suficiente capacidad en las empresas constructoras nacionales para llevar a cabo una obra determinada, podrá indicar en el respectivo cartel de licitación, que las empresas constructoras que no reúnan los requisitos suficientes para ser consideradas como nacionales, podrán participar en esa licitación y acogerse a las disposiciones de las leyes números 5501 y 5510 en relación con ese trabajo.

En fin, ahí están las reglas de juego jurídicas relativas a tales "reajustes" para este tipo clásico del contrato público administrativo. ¿Serán posibles arreglos fraudulentos en perjuicio del "espíritu de la ley" y de la "intención del legislador"? Esto sólo la práctica cotidiana lo podrá decir. Los duros y fríos hechos son los que indicarán el grado de la moralidad y la legalidad administrativa!

18) Ley N° 5176 del 20 de febrero de 1973

Esta ley es importante ya que faculta a la Administración estatal y local, para que, de acuerdo, a sus posibilidades económicas en sus presupuestos anuales de inversiones consignent partidas para promover la literatura, las artes nacionales, monumentos nacionales, adquirir piezas arqueológicas y obras de arte de autores nacionales, así como la edición de obras por parte de la Editorial Costa Rica.

Esta ley fue publicada en el Alcance N° 22 del 27 de febrero de 1973, a La Gaceta N° 40.

Mediante esta ley, se le permite a la Administración la difusión del arte costarricense y el robustecimiento del medio ambiente artístico integral nacional. Es una norma importante que viene a facultar a los entes públicos estatales y locales, el invertir dinero público en obras artísticas, en sentido amplio, que redundarán en beneficio de la colectividad.

19) Ley N° 4574 (Código Municipal) (*)

Esta ley manda en su artículo 103, que las ofertas de licitaciones privadas deben pagar un timbre municipal de dos colones;

(*) Sobre temas municipales hemos escrito lo siguiente: "El Instituto de Fomento y Asesoría Municipal —IFAM—" (Madrid: 'Revista de Estudios de la Vida Local', N° 179, 1973, publicación del Instituto de Estudios de Administración Local, págs. 529 a 541); y, "El primer Código Municipal de Costa Rica" (Madrid: *idem.*, revista citada, N° 177, 1973, págs. 113 a 136). Estos dos artículos fueron editados por el IFAM, en una sola publicación, (San José: Andrea Ltda. 1974), en la Serie 'Documentos municipales' bajo el N° 010 - agotada; la segunda edición está siendo preparada.

y, las de licitaciones públicas, uno de cinco colones. Su párrafo sexto indica que los recursos contra actos de adjudicación de licitaciones privadas pagarán un timbre municipal de cincuenta colones; y cuando se trata de impugnar los actos de selección de contratista público, en una licitación pública, se debe pagar un timbre municipal de cien colones. Añadiendo que "ningún recurso será tramitado si no ha pagado el timbre correspondiente".

Como se ve, fácilmente, se trata de un requisito de admisión de la apelación contra un acto "adjudicatorio" de una licitación. de carácter formal o externo. Aunque el monto que se debe pagar por los timbres, es relativamente bajo, no hay duda de que constituye una erogación para el particular, fundamentalmente, cuando se piensa en el supuesto de las apelaciones citadas. Se sabe que esta norma tiene como fin allegar fondos a las Municipalidades; dotarlas de fuentes de recursos económicos. Situación diversa es la que presenta el proyecto de ley para la reforma de los artículos 90, 94, inciso b), 95 y 100, inciso h) de la Ley de Administración Financiera de la República, cuyo dictamen afirmativo, salió publicado en el Alcance N° 160 a La Gaceta N° 215 del 15 de noviembre de 1973, el cual trata de mermar el número de apelaciones contra los actos de adjudicación de las licitaciones públicas para la realización de contratos de obras, imponiendo restricciones y requisitos a los potenciales impugnantes ("si el recurso de apelación se establece, el recurrente deberá depositar a la orden de la institución administrativa interesada, una garantía equivalente al 1% del monto de su oferta, con un mínimo de ₡ 200.00").

20) Memorias anuales de la Contraloría

a) Memoria de 1971

Nos interesa de esta Memoria destacar el comentario que ella hace a la Ley N° 4622, dictada en un afán de permitir a la Administración Central, tanto como a las instituciones y corporaciones del Estado, con atribuciones en los puertos marítimos del país, de buscar soluciones a los problemas portuarios y a los problemas socioeconómicos de esas zonas. Se estableció una vigencia de un año y medio para la ley citada, con la esperanza de que se formularía y se pondría en ejecución un plan de desarrollo cuidadosamente elaborado y debidamente coordinado, que solucionaría en parte las deficiencias que requerían atención, y que parcialmente se dejarían sentadas las bases para la política continuada de mejoramiento en ese campo. Los planes, de acuerdo con esa Ley N° 4622, serían puestos en conocimiento del Poder Legislativo, mediante el Poder Ejecutivo, para su aprobación definitiva; y, se someterían a la Contraloría para que ésta estableciera los sistemas de control idóneos para esa materia de excepción. Empero, se incumplió con el deber del conocimien-

to de la Asamblea Legislativa; y, por lo que respecta a la Contraloría ("salvo aislados proyectos") también se dio aquí incumplimiento. Con ello se dificultó la labor de fiscalización y se impidió el establecimiento de sistemas de control. Señala esta Memoria que "ello prueba una vez más, la inconveniencia de la ley de excepción cuando su necesidad no surge de una verdadera emergencia nacional o local, y el imperativo de rodearla de toda clase de garantías y controles compatibles con su naturaleza excepcional, que permitan su uso racional (de aplicación siempre restringida) y faciliten la vigilancia por parte de los órganos de fiscalización" (págs. 63 y 64 de la Memoria).

b) Memoria de 1972

De esta Memoria destacamos lo siguiente:

i) En 1971, el número de recursos de apelación contra actos de adjudicación de licitaciones públicas fue de 161, mientras que en 1972, el número de ellos llegó a 210.

ii) En 1971, se impugnaron 25 carteles; y, en 1972, 18.

iii) El número de licitaciones públicas hechas por la Administración, fue, en 1971, de 2.684; y, en 1972, de 2.878.

iv) La Contraloría, en esta Memoria, se queja de lo inadecuado de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR). Este organismo expresa así su crítica:

"Un problema de gran magnitud es el que enfrenta la Contraloría en materia de licitaciones, es el resultado de la Ley que rige en esta materia de contratación administrativa, esto es la *Ley de Administración Financiera de la República* en los capítulos correspondientes. Esta ley es *inadecuada* a los requerimientos actuales de la Administración Pública; de deficiente estructuración, con trato desigual para diferentes ramos de la Administración ayuna en regulaciones esenciales, con complicaciones procesales innecesarias, etc., da lugar a resultados lamentables que demoran la tramitación de negocios casi siempre urgentes.

Las críticas a la Contraloría General por el atraso en la resolución de determinados negocios no es rara por parte de particulares y de funcionarios públicos, quienes a veces la llevan hasta los órganos de información atacando con ello el resultado inevitable y no la *causa que es la inadecuada legislación*" (pág. 247). (El subrayado es nuestro).

El capítulo de las licitaciones analizado por la Contraloría, en esta Memoria puede verse en las páginas 243 a 247.

Por su parte la Memoria de 1973 sostiene lo mismo que sus predecesoras.

21) Memoria Anual del Ministerio de Hacienda

c) 1972.

En esta Memoria de 1972, el Ministerio indicado, expresa que la Sección de Licitaciones Públicas de la Proveduría Nacional tramitó 674 concursos por un valor de ₡ 100.568.134.60 distribuidos entre los tres Poderes del Estado y el Tribunal Supremo de Elecciones. Por su parte la Sección de Licitaciones Privadas de esa Proveduría, tramitó 5.298 concursos privados por un monto de ₡ 31.477.261.89.

Asimismo, aclara que "la razón por la cual aparece una disminución en el número de licitaciones es que a partir de este año se modificó el sistema de compras menores a los ₡ 500.00 por licitación privada a adquisiciones mediante la contratación directa, expeditando el trámite enormemente" (pág. 210).

Esta memoria presenta un cuadro interesante, que transcribimos.

CUADRO 99

LICITACIONES PUBLICAS TRAMITADAS (*)

Administración	Cantidad	Monto en colones
M. de Agricultura y Ganadería	127	4.838.514.89
M. de Obras Públicas y Transportes	108	80.487.922.73
M. de Gobernación y Policía	128	3.100.301.05
M. de Hacienda	54	3.587.237.90
M. de Cultura, Juventud y Deportes	22	682.974.00
Tribunal Supremo de Elecciones	59	818.065.63
M. de Salubridad Pública	28	1.807.166.81
M. de la Presidencia	7	118.863.37
Corte Suprema de Justicia	46	1.479.943.92
M. de Industria y Comercio	14	689.906.52
M. de Seguridad Pública	12	292.718.06
M. de Trabajo y Bienestar Social	14	203.115.58
M. de Educación Pública	50	2.321.619.64
Asamblea Legislativa	2	53.610.00
Contraloría General de la República	3	86.274.50
TOTALES	674	100.568.134.60

M: Ministerio.

CUADRO 100

CUADRO COMPARATIVO DEL FLUJO DE LICITACIONES
PUBLICAS (**)

AÑO	Número de Licitaciones Públicas tramitadas	Monto en Colones
1967	441	54.163.840.00
1968	329	59.573.096.66
1969	375	69.175.770.56
1970	523	60.772.343.86
1971	928	99.845.511.94
1972	674	100.568.134.60
1973	622	172.334.034.05 (***)

(*) FUENTE: Memoria del Ministerio de Hacienda de 1972. Pág. 211.

(**) FUENTE: Idem.

(***) FUENTE: Memoria del mismo Ministerio, 1973, pág. 161.

b) 1973.-

Por lo que respecta a esta Memoria, la información que nos presenta es la siguiente:

Sección de licitaciones públicas.

Se tramitaron 622 concursos públicos, por un valor de.....
C 172.334.034.05 (ciento setenta y dos millones trescientos treinta y cuatro mil con treinta y cuatro colones y cinco céntimos), distribuidos entre los tres Poderes del Estado y el Tribunal Supremo de Elecciones.

CUADRO N° 75 (*)

Concursos tramitados por la Sección de Licitaciones Públicas con indicación de las instituciones, cantidad y volumen económico correspondiente a las mismas.

Administración	Cantidad	Monto en colones
M. de Agricultura y Ganadería	77	2.107.535.31
Asamblea Legislativa	2	8.684.00
M. de Cultura, Juventud y Deportes	15	299.682.88
Contraloría General de la República	7	609.429.75
Corte Suprema de Justicia	62	29.831.984.40
M. de Educación Pública	42	9.060.359.24
M. de Economía, Industria y Comercio	10	178.627.10
M. de Gobernación y Policía	119	3.565.985.49
M. de Hacienda	50	6.291.688.42
M. de Obras Públicas y Transportes	110	112.681.790.75
M. de la Presidencia	18	351.522.12
M. de Relaciones Exteriores	4	165.590.00
M. de Salubridad Pública	49	1.578.484.93
M. de Seguridad Pública	27	5.210.018.43
M. de Trabajo y Seguridad Social	21	332.301.23
Tribunal Supremo de Elecciones	9	60.350.00
TOTALES	622	172.334.034.05

(*) FUENTE: Apud. Memoria, págs. 159 y 160.

M: Ministerio.

Sección de licitaciones privadas.

Esta unidad administrativa tramitó 5.915 (*) concursos privados por un valor de ₡ 44.779.186.98 (cuarenta y cuatro millones setecientos setenta y nueve mil ciento ochenta y seis colones con noventa y ocho céntimos).

CUADRO N° 77 (**)

Concursos tramitados por la Sección de Licitaciones privadas con indicación del año, número de los mismos y su respectivo monto en colones.

Año	Cantidad	Monto en colones
1967	6332	17.087.967.97
1968	6009	17.714.670.02
1969	6019	17.416.745.24
1970	6232	21.150.228.94
1971	7172	28.486.147.77
1972	5298	31.477.261.89
1973	5298 (*)	44.779.186.98

(*) Estas dos cifras son diferentes como es obvio. Así constan en la mencionada Memoria de donde se toman estos datos. (Confrontar págs. 159, párrafo 7° con el cuadro N° 77, línea concerniente al año 1973, pág. 160).

(**) FUENTE: Id.

CUADRO COMPARATIVO DE LICITACIONES PUBLICAS
TRAMITADAS EN LOS AÑOS 1972 Y 1973 (*)

Administración	Cantidad		Monto en colones	
	1973	1972	1972	1973
M. de Agricultura y Ganadería	77	127	4.838.514.89	2.107.535.31
Asamblea Legislativa	2	2	53.610.00	8.684.00
M. de Cultura, Juventud y Deportes	15	22	682.984.00	299.682.88
Controloría General de la República	7	3	86.274.50	609.429.75
Corte Suprema de Justicia	62	46	1.479.943.92	29.831.984.40
M. de Educación Pública	42	50	2.321.619.64	9.060.359.24
M. de Economía, Industria y Comercio	10	14	689.906.52	178.627.10
M. de Gobernación y Policía	119	128	3.100.301.05	3.565.985.49
M. de Hacienda	50	54	3.587.237.90	6.291.688.42
M. de Obras Públicas y Transportes	110	108	80.487.922.73	112.681.790.75
M. de la Presidencia	18	7	118.863.37	351.522.12
M. de Relaciones Exteriores	4	—	—	165.590.00
M. de Salubridad Pública	49	28	1.807.166.81	1.578.484.93
M. de Seguridad Pública	27	12	292.718.06	5.210.018.43
M. de Trabajo y Seguridad Social	21	14	203.115.58	332.501.23
Tribunal Supremo de Elecciones	9	59	818.065.63	60.350.00
TOTALES	622	674	100.568.134.60	172.334.034.05

M: Ministerio.

(*) Este cuadro lo hemos confeccionado con el fin de proporcionar una comparación que es revelante entre esos años.

De acuerdo con la anterior información, relativa al año de 1973, se puede hacer esta sencilla suma:

volumen, en colones, invertido en licitaciones públicas:	₡ 172.334.034.05 +
volumen, en colones, invertido en licitaciones privadas:	₡ 44.779.186.98 =
	<u>₡ 217.113.221.03</u>

Tal es la cantidad global, en colones, que se gasta, por concepto de licitaciones tramitadas por medio de la Proveeduría Nacional. A esa cifra habría que agregarle la homóloga del Poder Descentralizado. Además, se le agregaría, la suma monetaria propia de la contratación directa, por ejemplo.

De acuerdo con esos datos y situaciones, se podría decir, *a modo de hipótesis* que lo que el Estado (en sentido genérico: Poder Central más Poder Descentralizado) invertirá en la contratación pública administrativa en este año de 1975, representa una cantidad —en colones— que pasa de los mil millones de colones. Sobra decir que es una suma muy significativa.

22) *Pliego de condiciones generales para la construcción de caminos, carreteras y puentes*

Este cartel del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, "C. R.-72", presenta varias cláusulas que deseamos comentar brevemente, con el fin entre otros de efectuar un somero análisis de un instructivo de condiciones que nos sirva de modelo de auscultación.

Aparte de la condición de precalificar como posible contratista, ya comentada y que estimamos ilegal, (*salvo* en el caso en que por una razón muy especial —generalmente relativa a empréstitos para financiar una obra determinada— se haga obligatoria la "recalificación de contratistas", —como ya se señaló) examinaremos otras. Por ejemplo, la cláusula que dice que "a no ser que el cartel de licitación lo exprese así, no se aceptarán alternativas hechas por el proponente". Esta cláusula se puede leer en el aparte dedicado a la preparación de las ofertas. También en ella se manda que "cuando el cartel de licitación así lo exprese, las propuestas deberán ser presentadas en los formularios preparados para este fin...". Ambas indicaciones, en estricto sentido, sobran, son redundantes, ya que el cartel juega como ley entre las partes y éstas deben ajustarse a él. Ello implica que se sobreentiende que si el pliego de condiciones omite algo, el postor no está obligado a cumplir con lo que no se le ha pedido; y, en caso opuesto, si el pliego de bases requiere algo, el oferente está en la obligación de cumplir con ello. Por esta razón, es que se

debe tener presente el principio en esta materia de licitaciones: el postor debe cumplir con lo que el cartel pide; si éste es omiso en algún extremo, la ausencia juega en contra de la Administración. Las dos condiciones que hemos citado del pliego de estipulaciones comentado, simplemente afirman este principio de sujeción de las partes al cartel. Claro está, que por el hecho de su redundancia no pecan, sino que su intención, suponemos, es la de proporcionar claridad y precisión.

Asimismo, resaltamos el hecho de que a las circunstancias por las que excluye a un oferente, agrega la de que presente la oferta incumpliendo la cláusula 102.09, que dice que las plicas deben dirigirse en sobre cerrado con la dirección y los datos requeridos en el cartel. La cláusula 102.10 contiene una disposición que nos llama la atención. Su redacción es ésta:

"No se aceptarán ofertas que no se presenten después de la hora indicada en el cartel de licitación, por lo tanto, será riesgo del proponente si éstas llegasen tardíamente si son enviadas por correo..."

Con respecto de esta condición general, el cartel de licitación para la construcción de obras del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado (SNA), plantea una redacción que nos parece más adecuada a la solución de la presentación en tiempo de plicas. Efectivamente, la cláusula 1.05,b), 1, pág. 1-9, manda que las ofertas se presentarán personalmente o por correo certificado, dentro del plazo estipulado en el cartel de licitación o en sus prórrogas. A su vez, el párrafo segundo de esa misma condición, expresa que las plicas o documentos que se reciban después de vencido el plazo para su presentación, se tendrán por extemporáneos y se devolverán a los interesados sin abrirlos. Sin embargo, se aceptarán como presentados en tiempo cuando los sobres de propuestas debidamente sellados, evidencien que fueron depositados en la Oficina de correos del lugar de origen, con no menos de setenta y dos horas de anticipación a la hora de cierre de la licitación, y siempre que no haya mediado falta o negligencia alguna imputable al licitante (págs. 1-09; y 1-10). Esta última condición o requisito acerca de la negligencia del oferente se vincula al problema de la prueba; empero, el principio valedero es que si las ofertas se remiten por correo certificado, se le debe dar un margen de tiempo al postor remitente que demuestre que las depositó en esta vía de transporte, con un lapso prudente para llegar dentro del período de recepción de plicas.

Este sencillo ejemplo nos sirve además, para decir que no sólo se debe emitir una ley general de contratos administrativos públicos, valedera para la Administración estatal y municipal, sino que, también, debe existir un pliego de condiciones generales común para toda la Administración, se trate de la estatal o de la municipal. Así, se tendría una normativa generalizada y homogénea en este campo negocial, con las obvias ventajas que de ello se derivan.

Hay otra cláusula que nos mueve a un breve análisis. Se trata de la N° 102.115, pág. 14, la cual manda que debe dársele preferencia a los materiales de fabricación nacional.

Esta condición general atañe al principio de protección al empresario nacional y a los productos nacionales. Se sabe que bien puede ocurrir que capitalistas extranjeros produzcan en nuestro país aquellos materiales de construcción que se pueden utilizar en la ejecución de un contrato de obra pública. Por ello, esta cláusula tiende a proteger el bien producido en Costa Rica, sin referirse a quién lo produzca. Es la conocida cláusula de "compre lo nacional".

Refirámonos a otra cláusula. Es la N° 102.13, inciso d), pág. 13. Esta condición dice que se puede excluir a un aplicante u oferente cuando éste "ha cumplido, comprobadamente, cualesquiera de los contratos administrativos que haya suscrito con el Estado".

Nos parece que como principio es riguroso, ya que por el hecho de que un oferente haya incumplido con el Estado, en ocasión de un contrato administrativo público, no se le debe marginar de los restantes y futuros concursos públicos.

Como un dato de información que debe tener la Administración, a título de referencia, es conveniente que sepa cuáles de sus postores frecuentemente incumplen sus obligaciones contractuales con el Estado; pero, lo inadecuado de la norma surge cuando, indiscriminadamente, se trata de excluir a los aplicantes o proponentes que hayan incurrido en incumplimientos con el Estado a propósito de tales contratos. No es lo mismo el caso de un oferente que sistemática y frecuentemente viola sus acuerdos negociales con el Estado que aquel licitador que ocasionalmente, "una vez perdida", se ve en la circunstancia del indicado incumplimiento. Por este motivo, esta norma debe entenderse en términos relativos a las circunstancias factuales de cada postor; es decir, no se puede interpretar literalmente, "a pie juntillas", sino en función de los elementos integrantes de la totalidad del fenómeno "ofertual": proponente y plica. Aquí recordamos aquel brocardo latino que dice: "*sumum ius, suma injuria*". El derecho no puede ser aplicado en términos absolutos, soslayando la concreta realidad, so pena de caer en la injusticia.

III

CONCLUSIONES GENERALES

1ª) La contratación administrativa costarricense ha estado bajo el signo de la licitación o del concurso público. A lo largo de la histórica evolución de esta figura negocial, el Estado nacional ha plasmado la tesis del "contratista interpuesto"; principio básico de la economía de mercado o capitalista.

2ª) La Administración Pública de nuestro país, si bien es cierto que aceptó la tesis de la licitación, también es —igualmente— comprobable que ha venido presentando problemas en cuanto al efectivo cumplimiento y control de la licitación, como medio idóneo de garantizar la moralidad administrativa y la defensa del administrado frente a la Administración.

3ª) Una de las razones por las que el sistema de selección de contratistas público utilizado en nuestro medio —la "licitación"— no fuere del todo eficaz para garantizar la sana gestión administrativa y la defensa del administrado (con respecto de la Administración), fue la ausencia del control sobre la hacienda pública; y, cuando tal fiscalización se cristalizó en la Oficina de Control y en el Centro de Control, tal vigilancia —sobre las finanzas del común— fue raquí-tica. Es a partir de la Constitución Política de 1949, que la citada fiscalización se ejerce de modo más eficiente, por medio de la Contraloría General de la República.

4ª) Es con la Carta Magna de 1949 (fundamentalmente con sus artículos 112, 182, 183 y 184), la Ley de Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Proveduría Nacional, que la contratación pública administrativa, se vino a regular con relativa idoneidad. Por consiguiente, la vida jurídica relevante de esa negociación es muy corta dentro del contexto de la historia nacional.

5ª) A estas alturas del desarrollo institucional e histórico de nuestro país se hace indispensable una modernización y actualización de la normativa relativa a la mencionada negociación administrativa. Ya, las disposiciones legales atañentes a la misma, no llenan las expectativas y las necesidades presentes. Por este motivo, se hace insoslayable el emitir una ley general de contratos del Estado con su respectivo reglamento. De esta forma, la contratación del Poder Central y de las instituciones descentralizadas, contaría con un adecuado marco legal para llevar a cabo sus negocios.

6ª) La tesis de emitir una ley general relativa a los contratos administrativos, con su correspondiente reglamento, también la justificamos en el hecho de que no es conveniente que en la Ley de Administración Financiera de la República se contengan disposiciones sobre la materia negocial del Estado en sentido amplio. La naturaleza, efectos y funcionamiento de la negociación administrativa, implican un mundo propio merecedor de un tratamiento aparte, cristalizado en una ley específica. Asimismo la complejidad actual de esa negociación, las sumas cuantiosas a que la misma se eleva, las normas diversas y dispersas que existen con respecto de estos negocios, explica la urgencia y necesidad de contar a corto plazo con la normativa aplicable a la indicada materia contractual.

7ª) Por otra parte, estimamos de suma conveniencia la realización de cursos, acerca de los contratos administrativos, impartidos a los funcionarios y empleados públicos. Estos cursos elevarían la eficiencia de los mismos y mejorarían en mucho el manejo de la tramitación de la señalada negociación.

APENDICE

CONSTITUCION POLITICA DE 1949

ARTICULO 112: La función legislativa es también incompatible con el ejercicio de todo otro cargo público de elección popular.

Los diputados no pueden celebrar, ni directa ni indirectamente, o por representación, contrato alguno con el Estado, ni obtener concesión de bienes públicos que implique privilegio, ni intervenir como directores, administradores o gerentes en empresas que contraten con el Estado, obras, suministros o explotación de servicios públicos.

La violación a cualquiera de las prohibiciones consignadas en este artículo o en el anterior, producirá la pérdida de la credencial de Diputado. Lo mismo ocurrirá si en el ejercicio de un Ministerio de Gobierno, el Diputado incurriere en alguna de esas prohibiciones.

ARTICULO 182: Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas 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.

PARTE II

APORTACION AL ESTUDIO DE LA SELECCION DE
CONTRATISTAS (*)

* Resumen de la tesis doctoral, realizada bajo la dirección del catedrático Eduardo García de Enterría. Presentada ante el tribunal integrado por los Catedráticos Jesús González Pérez, Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Jesús Leguina, Fernando Garrido Falla y Eduardo García de Enterría. La defensa de esta tesis se efectuó en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en 1973, obteniendo la calificación de "sobresaliente". Este resumen se publicó en la Revista de Administración Pública N° 71 de 1973 (Instituto de Estudios Políticos. Madrid, Págs. 519 a 543).

SUMARIO

I.—INTRODUCCION.— II. Consideraciones generales sobre la contratación administrativa pública en Costa Rica: A) Remate; B) Contratación directa; C) Licitación privada; D) Licitación pública: pliego de condiciones; oferta del particular; etapas del procedimiento "licitatorio"; E) Relaciones contractuales; F) Contratos interadministrativos; G) Contratos de "actividad ordinaria".— III. Conclusiones generales: históricas, jurídicas, económicas y de organización y métodos.

INTRODUCCION

El objetivo de este estudio es dar una idea lo más clara posible de la selección de contratistas en Costa Rica. Este mecanismo contractual comprende cuatro figuras básicas: el remate, la contratación directa, la licitación privada y la licitación pública. De ellas, la más importante es esta última, pues constituye la regla en la materia de la negociación administrativa. En vista de esta circunstancia, es explicable la exposición más detallada que se hace de la misma.

Dentro del contexto de la polémica teórico-práctica nacida alrededor de la figura del contrato administrativo, en el país citado, la tesis predominante es la del *contrat administratif*, es decir, la existente en Francia y España, por ejemplo. Cabalmente se cuestiona la conceptualización de esta relación patrimonial con un régimen exorbitante del Derecho común, ya que se postula que estos contratos de la Administración deben estar regidos por las normas de carácter común y no por el indicado sistema de prerrogativas en favor de los entes públicos. Se sabe que lo que hay detrás de estas tomas de criterio son enfoques y decisiones políticos. Empero, ya sea que los empresarios controlen el Estado desde dentro o que lo constriñan desde fuera, lo crucial es el hecho de que en una sociedad capitalista y, por ende, clasista, el Estado es un instrumento *sui generis* en la lucha por el poder político y económico, en manos de la respectiva clase dominante. Por este motivo histórico constituye un hecho irrelevante, desde el ángulo de las relaciones de dominación, en qué lugar estén parapetados los empresarios: si en la estructura misma de la maquinaria estatal o fuera de ella. Si lo que interesa desde otra dimensión es promocionar la pugna entre el grupo social integrado por los capitalistas (desde el pequeño hasta el gigante), entonces sí adquiere ribetes de importancia si la Administración tiene facultades privilegiadas, que van más allá del Derecho común. Como se observa, es parte de la dialéctica lucha por la hegemonía social.

En este marco conceptual, el ordenamiento costarricense se sitúa en la corriente del contrat administratif y pone la estructura estatal al servicio de los capitalistas que tienen acceso a los centros de poder de la misma. Se trata, pues, de conflictos endógenos de la clase dominante ubicada en este país.

Recordemos aquí lo que al respecto nos dice André de Laubadere. Este tratadista nos indica que los contratos administrativos tienen su específico particularismo jurídico. Es decir, tales contratos, por sus "modes de conclusion", que comportan —en general— una redacción unilateral y prefijada por la Administración Pública; y, por sus "regles d'execution", que implican ciertos poderes exorbitantes de intervención y de modificación unilateral de estipulaciones contractuales, devienen en un tipo dado de contrato. Todo al tenor del principio general según el cual "el contrato es ley entre las partes" (*Traité Théorique et pratique des contrats administratifs*.— París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Tome Premier, 1956, págs. 23 y 24).

Debo adicionar que este estudio lo he realizado tomando muy en cuenta la experiencia obtenida en el Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República durante los años laborados en esta institución.

II

CONSIDERACIONES SOBRE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA PUBLICA EN COSTA RICA

Fue la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 la que postuló en la Carta Magna de 1949 la licitación como el medio más idóneo para realizar la contratación administrativa. Ello fue una reacción contra la forma en que se venía efectuando, de hecho, tal fenómeno jurídico-patrimonial, es decir, sin mediar concurso, en forma directa, dado el régimen presidencialista en que se vivía. De esta manera se pasa de un sistema de selección de contratistas directo e inmediato a otro licitatorio, bajo los auspicios de la figura del contrat administratif, como ya se indicó.

Fruto de la mentalidad que privó en los años posteriores a la "guerra civil de 1948" es la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR), emitida el 2 de mayo de 1951, en la cual se dan cuatro sistemas básicos de negociación administrativa: remate, contratación directa, licitación privada y licitación pública, los cuales analizaremos seguidamente.

A) Remate

Es el numeral 92 de la LAFR el que se refiere a él al decir que cualquier venta que realicen las dependencias oficiales se realizará por medio del órgano competente para ello, valiéndose del procedimiento de la licitación pública, y en el caso de que ésta resultare infructuosa se utilizará el remate. Como se observa, es una canalización excepcional de la contratación estudiada.

El remate es de poco uso en la práctica de la contratación, ya que lo que utiliza más es el mecanismo de la licitación privada y el de la contratación directa. Sin embargo, el Proyecto de Ley de Administración Financiera de la República, depositado en la Asamblea Legislativa en 1971 y publicado en "La Gaceta", del 15 de

febrero de 1972, presenta el numeral 145, con sus correspondientes nueve incisos, regulando este instrumento contractual; lo cual viene a mostrar que se considera útil el mismo para la realización de los negocios aquí tratados. A su vez, el numeral 127, del mismo proyecto, postula que será procedente el remate en el caso de enajenación o arrendamiento de bienes de la Administración si el monto de la operación es inferior a quince mil colones (₡ 15.000.).

B) Contratación directa

Este sistema de negociación estatal prevaleció "factualmente", durante los años 1821 a 1949. Debido a la circunstancia histórica apuntada, en la Constitución Política de 1949, se estipula como la regla, en materia de contratación administrativa, la licitación pública. (1) Al ser establecida como excepcional, se especificó en qué casos procedía su uso.

Los supuestos en los cuales cabe la contratación directa son: 1º Cuando los contratos y compras, hasta por la suma de cien mil colones (₡ 100.000.) (2) los realice la Administración con entidades o corporaciones nacionales o extranjeras, de utilidad pública o de bien social, generalmente reconocidas como ajenas al espíritu de lucro o con empresas o entidades que por razones especiales no pueden entrar en licitación, pero cuyo único afán es el de ayudar al Estado. 2º Cuando se quiera contratar la compra de bienes raíces hasta por un valor de quince mil colones (₡ 15.000), siempre que sean indispensables, por dictamen técnico, para obras de utilidad pública. 3º Cuando la Administración se encuentre imposibilitada para sacar a licitación la compra de artículos en virtud de que por su propia naturaleza o uso sólo sean ofrecidos por un vendedor o requerir seguridades que únicamente sean garantizadas por casas o entidades determinadas. En estas hipótesis son necesarias la anuencia previa del Ministerio de Hacienda y la autorización de la Contraloría General de la República si el ente público contratante pertenece al Poder Central. Si es el Poder Descentralizado el relacionado con la negociación, se requiere sólo la autorización de la Contraloría. (3)

Las notas caracterizadoras de esta negociación están dadas por: a) inexistencia de concurrencia de postores; b) ausencia de pu-

(1) Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, fundamentalmente los números 162 y 164, y el dictamen de la Comisión de Economía y Hacienda de la Asamblea Legislativa, de 15 de enero de 1951.

(2) En los proyectos de ley presentados a la Asamblea Legislativa hay consenso en cuanto al punto referido al aumento de las sumas límites para la procedencia de una determinada modalidad contractual, en vista de la (ya famosa) espiral inflacionaria.

(3) Numerales de la Ley de Administración Financiera de la República, 96, 104 y 109.

blicidad en el "Diario Oficial"; c) carencia de formalidades procedimentales complejas, y d) modo excepcional de contratar administrativamente.

Dentro del mismo campo de este mecanismo selectivo contractual se pueden distinguir la contratación directa propiamente y la contratación por administración. La diferencia entre ellas radica en que esta última no precisa de la autorización de la Contraloría, sino que puede ser llevada a cabo inmediatamente por la Administración, en vista de que los montos económicos de la relación obligacional son bajos y pagados por "caja chica". Las hipótesis en las cuales procede la contratación por administración son: 1º Cuando la compra, la venta o el arrendamiento de bienes tengan un valor inferior o igual a cinco mil colones (₡ 5.000). 2º En contratos y compras hasta por cinco mil colones se puede optar por la licitación privada o el mencionado mecanismo. El primer caso se refiere al Poder Descentralizado; el segundo, al Poder Central. (4)

Como queda descrito, el motivo de urgencia no es razón justificadora del uso de la contratación directa.

C) Licitación privada

Al igual que con el remate, este otro sistema de negociación administrativa es excepcional, careciendo de una regulación relativa a su tramitación y sustantividad. Sus rasgos caracterizadores son: a) ausencia de la admisión amplia y obligatoria al concurso; b) igualdad de trato entre los oferentes admitidos; c) la adjudicación debe hacerse sobre la "mejor oferta"; d) el acto adjudicador puede ser atacado, en vía administrativa, mediante el recurso de reposición, no existiendo el de apelación ante la Contraloría; e) puede no darse el pliego de condiciones, y f) la publicidad no es obligatoria.

En virtud de que la ley no estipula normas sobre el procedimiento de este mecanismo, la Contraloría ha expresado que en la medida en que resulten pertinentes se aplicará lo relativo a la licitación pública al concurso privado, (5) teniéndose así estas indicaciones, en cuanto a: 1) principios reguladores: deben respetarse los de igualdad de trato entre los postores concurrentes que hayan sido expresamente invitados y los que voluntariamente hubieran hecho presentes sus plicas y el de la adjudicación a la "mejor oferta". 2) Plazos de recepción de plicas y de entrega del objeto licitado: los fija, prudentemente, la Administración. 3) Invitación a concursar: ella puede ser materializada en una simple fórmula de invitación, en la cual se consignarán los datos básicos de la negociación que de-

(4) Numerales 96, párrafos 1º y 109, inciso 1º, de la Ley de Administración Financiera de la República.

(5) Pronunciamientos de 3 de junio de 1971 por oficios números 2384 y 3738 de 23 de agosto de 1968.

sea plasmar la Administración. 4) Estudio y selección de plicas: se realizan de modo informal y simple, de conformidad con los principios normativos de la licitación citados. 5) Adjudicación: ella debe recaer sobre la "mejor oferta" de las presentadas en el concurso, en el caso de que se decida a negociar, y no al rechazo de las ofertas, mediante la fórmula de "concurso desierto" o dejando transcurrir el plazo de adjudicación sin escoger oferta alguna. (6) Cauiones: su exigencia es optativa, tanto en lo que respecta a la de participación como a la de cumplimiento.

La Ley de Administración Financiera de la República contempla dos situaciones, en las cuales es pertinente el uso de la licitación privada: 1º si desea contratar una entidad del Poder Central: en aquellos contratos y compras hasta por cinco mil colones, y 2º si el ente pertenece al Poder Descentralizado: compra, venta o arrendamiento de bienes cuyo valor sea igual o superior a cinco mil colones pero inferior a diez mil. (6)

El remate y la licitación privada son de escasa utilización por los entes públicos, los cuales canalizan su actividad contractual, más frecuentemente y con las regulaciones propias, a través de la contratación directa y la licitación pública.

D) Licitación pública

Es este el sistema fundamental de la contratación administrativa costarricense. Así lo postula claramente el numeral 97 de la Ley de Administración Financiera de la República, al expresar que los contratos que no se realicen mediante este procedimiento serán "absolutamente nulos", salvo los casos manifiestamente calificados como vías excepcionales.

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 prevaleció la tesis de la licitación pública como procedimiento adecuado para la contratación administrativa, como ya fue enunciado. Con esta postura se deseaba garantizar la moralidad de la actuación de las instituciones públicas al obstaculizar el favoritismo y el negociado hasta donde ello fuese posible, y, a la vez, permitir la participación de los interesados en la analizada contratación. Por supuesto, que la conducta de los constituyentes estaba inmersa en una específica circunstancia histórica (el ascenso de un nuevo grupo burgués a las esferas de decisión y de Poder del país) que promocionaba ideologías de participación en la gestión pública, mediante el principio de contratista interpuesto, con la finalidad de que se diera una situación de mercado competitivo en el cual los empresarios pudieran obtener beneficios económicos, rompiéndose así el restringido grupo de habituales contratistas con el Estado.

(6) Números 96, párrafos 1º y 109, inciso 2º, de la Ley indicada.

(7) Resoluciones de las once horas del 16 de febrero de 1966 y de las catorce horas quince minutos del 31 de junio de 1972.

En lo pertinente a las notas caracterizadoras de esta licitación se pueden enunciar las siguientes: igualdad de trato, competencia, seguridad y libertad jurídicas, publicidad, formalismo, legalidad, licitación necesaria, unidad procesal, adjudicación "automática" y equilibrio de intereses o ecuación financiera del contrato. Cobran un sentido específico, en el ordenamiento estudiado, los principios de licitación necesaria (los contratos administrativos deben hacerse mediante licitación pública), unidad procesal (cada licitación es una unidad plenamente independiente de las demás), adjudicación "automática" (la Administración debe escoger —cuando no ejerce su facultad de declarar desierto el concurso— la "mejor oferta" de las presentadas al concurso) y los de formalismo y legalidad (facultad de los interesados para impugnar el pliego de condiciones, por ejemplo).

1. Pliego de condiciones

En el país que se analiza, este documento es frecuentemente llamado cartel o instructivo, además de pliego de condiciones. Juega como ley entre las partes y responde a la facultad reglamentaria de la Administración. Como *cahier des charges* que es, contiene cláusulas generales y condiciones técnicas. El hecho de presentar condiciones que deben ser cumplidas estrictamente, so pena de ser excluidos del concurso (por ejemplo, las referidas a las características inherentes al objeto licitado: tipo de motor de un vehículo, clase específica de un material de construcción), y otras en las cuales los oferentes pueden hacerle proposiciones al ente público (*verbi gratia*, el precio de la cotización), unido a la existencia del procedimiento de impugnación al cartel, son circunstancias que tienden a indicar que el contrato administrativo en este país no es de los de adhesión.

Rasgos que debe presentar el cartel son: la univocidad, la claridad, la simplicidad, la uniformidad, la precisión y el ser "totalizante", es decir, que contenga las cláusulas y los elementos imprescindibles, con el fin de que posteriormente, ante un recurso de apelación, la Administración no argumente (como lo hace con cierta frecuencia) que las condiciones alegadas por el recurrente no eran necesarias, ya que una vez puestas en el pliego de condiciones obligan al ente público y a los particulares proponentes a su fiel cumplimiento. Todas esas notas deben propender a la protección de los principios informadores de la licitación, ya citados, y a la configuración del cartel como un límite inferior que debe ser observado estrictamente por las partes negociantes.

Compone el concepto de "cartel" tanto el aviso de licitación, publicado en el "Diario Oficial", como todos los documentos y elementos anejos y complementarios que la Administración califique como parte integrante de aquél (maquetas, planos, muestras, diseños, formularios, etcétera).

2. Oferta del particular.

Es esta la respuesta del administrado a la invitación, pública y general, que hace la Administración a participar en una licitación pública. La proposición del particular está integrada por el escrito principal de oferta, en el cual expresa que está conforme en contratar con el ente licitador, y a la vez manifiesta sus condiciones de negociación, y por todos los demás elementos pedidos en el cartel y presentados voluntariamente por el postor (certificaciones del Registro Público, muestras, catálogos, garantías, historial profesional, atestados de diversa índole, etc.). Este conjunto de elementos constitutivos de la oferta del particular debe ser presentado en sobre cerrado, con el fin de materializar el principio licitatorio del "secreto de las plicas".

En virtud de que el cartel se conceptúa como un límite inferior o un conjunto de requisitos mínimos que debe llenar el oferente, es frecuente que se presenten propuestas que superan tal límite.

Estas plicas son calificadas de "ofertas ventajosas". Por supuesto que no hay impedimento para que la Administración seleccione una de estas propuestas, de acuerdo con estas indicaciones: a) si tal oferta es de inferior o igual precio que las demás, no está obligada a razonar su decisión, pues se da por supuesto que las otras, de haber presentado las supuestas ventajas, tendrían un precio superior, y b) en el caso de que la plica adjudicada sea de un precio superior al resto de las ofertas (o con respecto de la del apelante) pesa sobre el ente público la obligación de justificar la mayor onerosidad en que incurre. (7)

Refiriéndonos a una posible tipología de ofertas, la misma podría ser ésta: i) desde el punto de vista del momento en que se presentan las plicas a la respectiva oficina receptora de ellas: sucesivas, cuando el postor deposita varias a lo largo del plazo de recepción de propuestas, y simultáneas si el oferente presenta al mismo tiempo varias proposiciones. ii) De acuerdo con su contenido: completas si el oferente cotiza la totalidad de lo licitado, conforme al cartel, y parciales cuando el oferente fracciona lo pedido en el pliego de condiciones, violándolo. iii) Desde la perspectiva de su firmeza: incondicionales, en el caso de que el proponente deposite una oferta pura y simple, es decir, sin condiciones de ningún tipo, sino en forma cierta, precisa, firme e incondicional; y condicionada cuando el postor le hace llegar a la Administración una propuesta sujeta a condiciones, incierta, imprecisa, inestable y, por ende, merecedora de ser excluida del concurso. Y, iv) En concordancia con su naturaleza: alternativas si el oferente le propone a la Administración una gama de posibilidades de negociación. En la práctica, por lo general, estas ofertas son rotuladas por el proponente con esta leyenda: "Alternativa A", "Alternativa B", etcétera. Únicas, cuando el aplicante le presenta al ente licitador una sola propuesta.

(8) Resolución de la Contraloría de las catorce horas del 6 de mayo de 1966.

En lo atañente a modificaciones de la plica, las mismas se pueden hacer antes de la apertura de ofertas, (8) siempre que sean en sentido favorable a la Administración. (9) Asimismo, las aclaraciones a las plicas pueden efectuarse antes del acto de adjudicación. (10)

3. Etapas del procedimiento "licitatorio".

Las fases más relevantes de este proceso son: los actos preliminares, la publicación del cartel, la probable impugnación al mismo, la presentación de ofertas, la apertura de ellas, su estudio y clasificación, la adjudicación de la "mejor" apelación del acto adjudicador y refrendo del contrato administrativo.

a) Actos preliminares.—Son éstos los actos preparatorios del procedimiento de licitación. Elaboración del pliego por la Administración y autorización del mismo por la Contraloría, en el caso del Poder Central (el Poder Descentralizado está exento de la obligación de someter sus carteles a la autorización contralora), fiel cumplimiento con el principio de legalidad presupuestaria, que, a su vez, comprende los de preclusión y especialidad (11) y el envío para la publicación del cartel, al menos en el "Diario Oficial", constituyen los pasos más sobresalientes de estos preliminares licitatorios.

b) Publicación del cartel.—Este acto de publicación comprende los siguientes: acto de elección del procedimiento de selección, reglamento del procedimiento elegido y la invitación a presentar oferta, cursada a los particulares. (12) Esta publicación es una forma importante de materializar el principio de legalidad de la actuación administrativa. (13) (13a).

c) Impugnación al cartel.—Conforme al Decreto Ejecutivo número 18, de 30 de abril de 1968, cualquier persona puede objetar el pliego de condiciones publicado debidamente. Este Decreto es fruto de la experiencia de la Contraloría en esta materia, pues con anterioridad a la emisión de esa disposición la mencionada objeción se regulaba de acuerdo con los pronunciamientos correspondientes que dictaba ese ente. Esta impugnación es una diligencia que hace el particular con el fin de atacar el cartel, argumentando supuestos

(9) Resolución de la Contraloría de las once horas del 18 de junio de 1966.

(10) Idem.

(11) ARIÑO ORTIZ, Gaspar: *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, p. 98, 1968. La Contraloría tiene ocho días hábiles para dar o negar la autorización a los carteles del Poder Central. Si esos días pasan sin que este ente se pronuncie, los mismos se dan por autorizados (art. 100, inciso b), de la LAFR).

(12) BOQUERA OLIVER, José María: *La selección de contratistas*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1963, p. 36.

(13) DE LAUBADERE, André *Traité Élémentaire de Droit administratif*. LGDJ. París, p. 311 T. I., 1970.

(13a) Al respecto puede consultarse por ejemplo, la resolución de las 2:55 horas del 18 de enero de 1933. (Alberto Albertazzi et al vs. Junta de Educación de San José).

vicios en el procedimiento, o por estimar qué condiciones o especificaciones del mismo limitan ilegítimamente la libertad de concurrencia, al tenor del numeral tercero del indicado Decreto. (14)

Esta objeción debe ser interpuesta en el primer tercio del plazo concedido para la recepción de plicas, debidamente razonada, en papel sellado de un colón, con su respectiva copia. La Contraloría deberá pronunciarse en el segundo tercio del lapso señalado, contando la Administración con el tercero y último tercio para efectuar lo que estime pertinente, si es del caso, ya que el criterio de la Contraloría no es vinculante. Dos circunstancias se pueden derivar de una objeción al cartel: i) que ella sea declarada por la Contraloría como improcedente, manteniéndose incólume el pliego de condiciones, o ii) que tal impugnación sea declarada con lugar el citado ante. Ante esta hipótesis, la Administración puede tomar legítimamente, dos posturas: o bien modifica el cartel, tal y como se lo indica la Contraloría, o bien mantiene el pliego de bases sin alteración alguna, legitimando así al particular a que pueda apelar contra el futuro y posible acto de adjudicación correspondiente. (15) También puede darse el caso de que la Contraloría declare con lugar una objeción al cartel interpuesta contra un pliego autorizado expresamente por ella. Ello no es problema por cuanto la mencionada autorización no implica, de ningún modo, la inimpugnabilidad del instructivo, sino sólo el respectivo control sobre la legalidad del mismo, sin que esto sea obstáculo para que los particulares puedan atacar el *cahier des charges* por los motivos dichos, ya que no se puede pretender que el ente fiscalizador sustituya la acción de los administrados enderezada a objetar un cartel, pues son éstos los lesionados potencialmente con la emisión de un pliego viciado.

En el supuesto de que no se dé la objeción al cartel en el plazo concedido por el Decreto para ello, se tiene al pliego como aceptado por los particulares, no pudiéndose luego —en principio— recurrir contra el acto de adjudicación arguyendo razones propias de una objeción al cartel.

d) Presentación de las ofertas.—Los proponentes pueden depositar legítimamente sus plicas dentro del plazo estipulado para este fin. El señalado Decreto es quien regula estos plazos de recepción de plicas. Antes de la vigencia de esta norma, la Administración fijaba prudencialmente estos lapsos. A partir del citado Decreto, estos plazos quedaron fijados así: licitaciones para la construcción de obras, un mes; concursos para suministros, necesariamente de importación, veinte días hábiles, y para otros tipos de contratación, quince días hábiles. Estos plazos corren normalmente en el supuesto de que no se interpongan objeciones al instructivo. Si esto ocurre, entonces se aplica esta disposición del numeral segundo del indicado Decreto: entre la fecha de publicación en el "Diario Ofi-

(14) MURILLO, Mauro: *Objeciones a los carteles de las licitaciones públicas*. Imprenta Nacional. "Revista de la Contraloría" N° 1, 1967, p. 39, San José.

(15) Resolución de la Contraloría de las once horas del 16 de febrero de 1966.

cial", de iniciativa propia o bien a solicitud de parte interesada, o conforme a disposición de la Contraloría General de la República, de modificaciones, adiciones, aclaraciones o interpretaciones a los carteles, y la fecha señalada para la recepción de ofertas deberá mediar un plazo no inferior a la mitad de los límites indicados en el numeral transcrito (un mes, veinte días hábiles y quince días hábiles, respectivamente), a cuyo efecto el órgano o ente estatal interesado deberá disponer las prórrogas que sean necesarias, las cuales tendrán igualmente el carácter de modificaciones, teniéndose presente que las publicaciones en el "Diario Oficial" deberán aparecer antes del vencimiento del término previamente estipulado para la recepción de las plicas. (16)

Para los efectos de presentación de las propuestas, éstas deben ser orientadas hacia el lugar que la Administración señale como sitio de recepción de ellas, pudiéndose presentar personalmente los sobres cerrados o ser enviados por correo, de modo certificado. (17)

Los requisitos de presentación que deben llenar las plicas son los siguientes: entregarlas en el sitio y dentro del plazo de recepción de ofertas; materializar la propuesta en un original, en papel sellado de un colón o en papel común con un timbre de ese mismo valor, y tres copias de este escrito principal de oferta, en un sobre debidamente cerrado; la oferta debe estar redactada en español, o en otro idioma, pero adjuntando la traducción en español, caso en el cual se tendrá como documento principal a este último; debe venir firmada la plica por el respectivo oferente o su representante legal y presentar la pertinente autenticación de la misma por un abogado; al escrito principal de oferta se deben adjuntar los documentos requeridos por el pliego, tales como las certificaciones correspondientes del Registro Público; si se trata de un representante de casas extranjeras, éste debe acompañar a su escrito principal de oferta la información relativa al número y la fecha de su licencia extendida por el Ministerio de Hacienda, de acuerdo con la Ley número 2384, de 30 de abril de 1964; al citado escrito principal se le debe adjuntar las muestras, literatura, catálogos, planos, facturas proforma y toda otra información pedida en el pliego o aportada voluntariamente por el postor, teniéndose presente que todos estos elementos integran su oferta y que, en caso de duda o contradicción, prevalece lo puesto en el escrito principal de oferta sobre la literatura o catálogos acompañantes. (18)

(16) Numeral 2° del citado Decreto. El 1° se refiere a los plazos de cita, y el 3°, al procedimiento de objeción al cartel.

(17) Pliego de condiciones del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado. "Condiciones generales", cláusula 1-a), de noviembre de 1971. Asimismo Resolución de la Contraloría de las catorce horas diez minutos del 12 de junio de 1972.

(18) Circulares de la Contraloría del 16 de octubre de 1962 y de 26 de enero de 1966.

Por su parte, la entrega de las ofertas por el postor implica —en principio— dos consecuencias: primera, obliga a mantener la propuesta hasta que la Administración realice la adjudicación o deegar a la inalterabilidad de la proposición. Estos aspectos responden también, el particular. Generalmente se acepta el retiro jurídico de la plica y sus modificaciones antes de la apertura de las ofertas.

Otra fase de la cuestión estudiada es la de la prórroga del plazo de recepción de ofertas por la Administración. Esta ampliación del plazo citado puede ser efectuada antes del vencimiento de la fecha límite señalada para este objeto, ya que si la publicación de la adición se hace posteriormente se tiene como nula, pues las plicas tienen que ser abiertas inmediatamente después de finalizado el plazo de recibimiento de propuestas. También, a su vez, el particular puede prorrogar el plazo de vigencia de su plica, antes del acto de adjudicación cuando considere que este acto podría efectuarse luego de vencido el lapso en el cual su oferta está vigente. (19)

e) Apertura de ofertas.—Este acto tiene que ser llevado a cabo inmediatamente después de finalizado el lapso de recepción de propuestas, al tenor del inciso d) del numeral 100 de la Ley de Administración Financiera de la República, según el cual el día y la hora que se hubieren indicado como límite para presentar ofertas serán abiertas las que se hubiesen presentado, (20) en presencia de los interesados que deseen asistir, (21) sin que la ausencia de éstos sea motivo para que tal acto deje de efectuarse. (22)

Este acto es público y cualquier persona puede asistir a él, pero sólo tendrán derecho a formular quejas, oposiciones y observaciones los interesados, que para estos efectos se califica como tales a los representantes de la dependencia pública que solicitó el objeto licitado. (23) De este acto de apertura de plicas se levantará la respectiva acta, que contendrá los detalles pertinentes, la cual debe ser suscrita por los interesados presentes. (24)

Efectos que merecen apuntarse del acto en mención son: i) las ofertas se hacen públicas, perdiendo con ello su anterior secreto; ii) lo anterior implica que no pueden ser alteradas ni modificadas; iii) la Administración procede al estudio, clasificación y adju-

(19) Pronunciamento de la Contraloría por oficio número 4339, de 30 de setiembre de 1968, y Resolución de la Contraloría de las quince horas del 26 de octubre de 1967.

(20) El numeral 10 del Reglamento de la Proveduría Nacional permite recibir ofertas después de vencida la hora tope si los interesados presentes así lo acuerdan unánimemente.

(21) Numeral 14 del citado Reglamento.

(22) Párrafo 2º del numeral 14 ídem.

(23) Numeral 19 del mencionado Reglamento de la Proveduría Nacional.

(24) Inciso e) del numeral 100 de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) y artículo 17 del Reglamento de la Proveduría Nacional.

dicación o declaratoria de concurso desierto, según estime conveniente; iv) si el acto de apertura de propuestas se realizó oportunamente (el día y la hora límites para la recepción de ellas), la posible adjudicación es válida y perfecta, siendo nula en el supuesto contrario; v) si la Administración no adjudica “en el mismo acto” (25) de apertura de ofertas, empieza a funcionar el plazo de adjudicación, el cual es por ley —a lo sumo— de treinta días hábiles, y de noventa días hábiles mediante la autorización de la Contraloría, obtenida con anterioridad a la publicación del pliego de condiciones, (26) y vi) con la finalidad de la adjudicación correspondiente, la Administración formará dos grupos de plicas: las elegibles y las rechazables, de acuerdo con el criterio de si cumplen o violan el cartel. La elección debe recaer sobre una de las del primer grupo.

f) Adjudicación de la “mejor oferta”.—El acto de adjudicación es el principal del procedimiento de la licitación pública, ya que el mismo significa la culminación de este proceso al emitirse el acto selectivo pertinente. (27) En el ordenamiento que se analiza la “mejor oferta” es aquella que presenta rasgos que la hacen atractiva para la Administración y merecedora de su escogimiento. De este modo, la selección versará sobre la plica que, ponderados todos sus elementos, merece el calificativo de “mejor” por el ente público. (28) La naturaleza jurídica de este acto está dada por sus notas de firmeza y de participación, al ser inimpugnabile y fruto de la voluntad del particular y de la Administración. (29)

Cabe distinguir en este epígrafe dos modalidades de adjudicación: la provisional y la definitiva. i) Provisional: se puede hablar de ella durante el plazo comprendido entre el momento en el cual la Administración adjudica y el momento en el cual fenece el término para apelar contra tal decisión adjudicadora. ii) Adjudicación definitiva: ésta se materializa a partir del momento en que vence el lapso de impugnación contra el acto selectivo de la mejor oferta. Con la primera adjudicación, el contrato es perfecto y válido, pero ineficaz; con la selección definitiva, el contrato es perfecto, válido y eficaz.

g) Criterio de la adjudicación.—La Administración tiene facultades discrecionales para escoger la plica que considere como

(25) Inciso f) del numeral 100 de la LAFR. Esta expresión de la “unidad de acto” es originaria del formalismo del Derecho romano (Rafael NUÑEZ-LA-GOS: *Documento en Roma*. Separata de la “Revista de Derecho Notarial”. N° 68, 1970, pág. 7).

(26) Numeral 100, inciso f), de la LAFR.

(27) Mo, Fernando: *Régimen legal de las obras públicas*. Depalma. Buenos Aires (Argentina), p. 156, 1966.

(28) Numeral 93, párrafo 3º, del *Reglamento General de Contratación del Estado español*. En este artículo se observa una semejanza de la figura del “concurso” español con la licitación pública de Costa Rica.

(29) ORTIZ ORTIZ, Eduardo: *Actividad privada de la Administración*. Imprenta Lehmann. “Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica”, número 11, p. 372, 1968, San José.

más idónea al tenor de la legalidad administrativa. Se dan reglas prácticas para la concreción de la voluntad del ente público. Entre las más significativas están las siguientes: i) si la adjudicación recae sobre una plica de inferior o de igual precio que las demás presentadas al concurso, la Administración no está constreñida a justificar su decisión, ya que se parte del supuesto de que no se puede obligar al ente público a que haga una inversión más onerosa si contrata con un postor que le da a él lo que pide a un precio menor o, al menos, igual que las restantes ofertas; ii) si la selección versa sobre una propuesta de mayor precio que las restantes, la Administración está en el deber de razonar su mayor inversión, demostrando que el superior precio que está aceptando se justifica ante la presencia de otros parámetros que respalden sólidamente la postura del ente público.⁽³⁰⁾

La Administración, además, debe recoger en el acta de adjudicación los elementos más relevantes de su decisión. De este modo se "cosifica" la voluntad administrativa en este documento público, del cual se publicará lo esencial en el diario oficial ("La Gaceta"), al menos, en el correspondiente aviso de adjudicación. Esta publicación es importante, entre otros aspectos, porque juega como requisito de eficacia del acto administrativo en cuestión.⁽³¹⁾

h) *Efectos de la adjudicación provisional.*—Se pueden indicar estos efectos del modo siguiente: i) posibilidad de que la Administración revoque su acto selectivo; ii) interposición ante la Contraloría del pertinente recurso de apelación contra el acto adjudicador. En esta hipótesis se pueden dar dos situaciones: una, que la apelación sea desechada, y otra, en la cual la impugnación es aceptada, anulándose la respectiva adjudicación. En este último supuesto la Administración puede readjudicar, para lo cual contará con un plazo igual al señalado en el cartel, o declarar el concurso desierto; iii) este tercer caso se refiere a la circunstancia de que no se den ninguno de los anteriores supuestos, lo que es usual, hipótesis en la que la adjudicación provisional deviene en definitiva e impugnable.

i) *Efectos de la adjudicación definitiva.*—Los posibles efectos de esta selección son los siguientes: 1º Esta adjudicación es plenamente inimpugnable. 2º Genera derechos subjetivos en favor de los contratistas, en contraposición a la adjudicación provisional, que implicaba la posesión de intereses legítimos por parte de los "interesados" en que el procedimiento licitatorio sea conforme a derecho. 3º Clausura definitivamente el procedimiento de la licitación pública. 4º Implica el retiro de las ofertas desechadas por sus res-

(30) Resoluciones de la Contraloría de las quince horas del 16 de mayo de 1969 y de las once horas cuarenta y cinco minutos del 21 de febrero de 1972. Numeral 100, inciso g), de la LAFR.

(31) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *Apuntes de Derecho administrativo*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1972-1973, T. II, p. 140.

pectivos proponentes. 5º Significa la entrega de las garantías de participación a los oferentes rechazados. 6º Se configura integralmente el contrato administrativo, con sus notas de perfección, validez y eficacia. 7º El contratista debe sustituir la garantía de participación por la de cumplimiento; y 8º da inicio a la vida del contrato administrativo, con sus posibles facetas de modificación, incumplimiento, cesión, subcontrato, rescisión, etc.

j) *Formalización del contrato.*—En Costa Rica, con la adjudicación en firme se configura totalmente el contrato administrativo, no siendo necesaria la formalización del mismo en estrictura pública.⁽³²⁾

Sin embargo, algunas instituciones del Poder descentralizado estipulan en sus correspondientes carteles la obligación de formalizar el contrato administrativo en escritura pública.

k) *Cauciones licitatorias.*—En la licitación pública examinada se suelen solicitar dos tipos de garantías: de participación y de cumplimiento. Ambas son de exigencia optativa. La primera, generalmente, es hasta por un máximo de un cinco por ciento (5 por 100) del monto cotizado, y la segunda, frecuentemente, hasta por un diez por ciento (10 por 100) del monto adjudicado. Para los efectos de su debida presentación, tales garantías deben materializarse en valores cuya cotización en el respectivo mercado sea real y no facial o nominal.⁽³³⁾ Estas cauciones responden al principio de la intención seria de contratar que debe demostrar el particular. Por lo que respecta propiamente a la garantía de cumplimiento, cabe hacer algunas consideraciones: 1ª Naturaleza: no tiene el carácter de cláusula penal; es una garantía del ente público para constreñir al contratista a cumplir con lo pactado. 2ª Por el anterior motivo, en el caso de incumplimiento del contratista la Administración le ejecuta esta caución y le cobra además los daños y perjuicios provocados por este incumplimiento.⁽³⁴⁾ 3ª Monto: la Contraloría manifestó que la cifra del 10 por 100 constituye un máximo, de conformidad con el inciso k) del numeral 100 de la Ley de Administración Financiera de la República.⁽³⁵⁾ 4ª Modo de rendirla: el organismo contralor indicó que esta garantía puede rendirse mediante dinero efectivo, cheques certificados, garantía bancaria, bonos del Estado o del Sistema Bancario Nacional, los cuales se recibirán por su valor real o de mercado, de acuerdo con el boletín emitido por el Banco Central.⁽³⁶⁾ 5ª Funcionamiento: en ciertos casos, el adjudicatario prefiere perder la garantía de participación a contratar con la Adminis-

(32) Pronunciamiento de la Contraloría mediante Oficio N° 208, del 12 de enero de 1968.

(33) Cláusula N° 4-f, 2, del cartel del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado, de noviembre de 1971, relativas a las condiciones generales.

(34) Pronunciamiento de la Contraloría por Oficio N° 176-L-1972 y N° 4552, del 14 de octubre de 1968.

(35) Circular de la Contraloría del 10 de diciembre de 1962.

(36) Pronunciamiento de la Contraloría por Oficio N° 3547 de 1967.

tración por los motivos que estime pertinentes. En esta hipótesis, la Administración readjudicará, seleccionando otra plica. La sanción que se establece contra este tipo de adjudicatarios transgresores de sus obligaciones es que en las nuevas licitaciones que requieran la presentación de la caución de cumplimiento se tendrá por desechadas sus propuestas.⁽³⁷⁾

Debido a que no existen normas reguladoras de esta materia, la Contraloría, mediante pronunciamiento materializado en Oficio N° 4954, de 1° de agosto de 1966, señaló: 1° El ente público puede ejecutar la garantía de cumplimiento en cualquier momento, mientras la misma esté en su poder y tenga vigencia. 2° La ejecución tardía del contrato da lugar —en todo caso— a la ejecución de la garantía de cumplimiento. 3° Esta caución se ejecuta sin que sea necesario probar daños y perjuicios, con fundamento en la demora injustificada en que incurrió el contratista. 4° En el supuesto de que la citada garantía esté vencida o se le haya entregado al contratista, la Administración perseguirá entonces al contratista por daños y perjuicios. 5° Esta garantía puede ser rendida por el propio obligado o por un tercero; para los efectos de su ejecución no importa quién la haya rendido. 6° En el supuesto de que el contratista haya cumplido lo pactado a entera satisfacción de la Administración, ésta le entregará la garantía mencionada y un finiquito.⁽³⁸⁾

1) *Apelación contra el acto adjudicador.*—El recurso de apelación que pueden interponer los interesados ante la Contraloría General de la República tiene por objetivo impugnar la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos mediante el debido y oportuno ejercicio del *onus probandi* a cargo de aquéllos. Se trata esta impugnación de un recurso jerárquico impropio, por cuanto se interpone ante la Contraloría, la cual no es un órgano superior jerárquico del que dictó el acto de adjudicación, sino que es una institución auxiliar del Poder Legislativo.

El plazo en el cual se pueden impugnar oportunamente los actos adjudicadores es de tres días hábiles, contados a partir del siguiente día hábil a aquel en que se publicó el respectivo aviso de adjudicación en el "Diario Oficial".⁽³⁹⁾ Esta publicación debe hacerse inmediatamente después de realizada la adjudicación, ya sea que la misma se diere dentro del plazo de treinta días hábiles o de noventa (este último con la debida autorización de la Contraloría, anterior a la publicación del cartel), estipulados en el pliego de bases para seleccionar la mejor oferta.⁽⁴⁰⁾ Relieve importante cobra aquí el criterio expuesto por la Contraloría en el sentido de que si

(37) Párrafos 2° y 3° del numeral 21 del Reglamento de la Proveduría Nacional.

(38) Pronunciamiento de la Contraloría mediante Oficio N° 358, del 17 de enero de 1969.

(39) Numeral 100, inciso b), de la Ley de Administración Financiera de la República y Ley N° 1603, de 14 de julio de 1953, que interpreta este inciso b) en el sentido manifestado.

(40) Numeral 100, inciso f), de la LAFR.

la Administración es renuente a publicar su decisión adjudicadora dentro de un plazo prudencial, el interesado se puede dar por notificado y apelar legítimamente contra el indicado acto.⁽⁴¹⁾

La palabra "interesado" es de necesaria conceptualización para los efectos de la apelación mencionada. La Contraloría delinea esta palabra al precisar que es "interesado" el oferente sujeto a las condiciones del cartel y excluido del concurso y el objetante exitoso del pliego de condiciones desoido por la Administración.⁽⁴²⁾ De este modo se comprende la expresión de que es el interesado quien puede interponer legítimamente el recurso de apelación contra los actos de adjudicación de los entes públicos.⁽⁴³⁾

Esta impugnación se puede materializar contra el acto adjudicador, no contra la declaratoria de desierto el concurso ni contra la revocatoria de la selección ni contra la revocatoria de este último acto.⁽⁴⁴⁾ Los requisitos que examina la Contraloría para darle trámite al recurso respectivo y estudiar el fondo de la cuestión planteada son: 1° Por lo referente al cartel, se ausculta si el recurrente cumple o viola el mismo. 2° En lo atañente al plazo de apelación, se revisa si el recurso fue presentado oportunamente. 3° En cuanto a las formalidades, se estudia si la impugnación está debidamente firmada y autenticada la firma por un abogado, y se deposita en papel sellado de un colón junto con tres copias del escrito de apelación, debidamente suscritas.⁽⁴⁵⁾

En el supuesto de que se apele a nombre de otro, se requiere la presentación del correspondiente poder.⁽⁴⁶⁾

Referente a la tramitación del recurso de apelación, el remedio se procesa del siguiente modo: 1° Se le comunica a la Administración que su acto adjudicador ha sido recurrido, adjuntándole una copia del escrito de impugnación. 2° En esta misma comunicación se le concede al ente público un plazo para que responda al recurso en defensa de su elección de contratista⁽⁴⁷⁾ y para que remita a la Contraloría copia fiel del acta de adjudicación y todos

(41) Resoluciones de la Contraloría de las trece horas cuarenta minutos del 16 de junio de 1966 y de las dieciséis horas treinta minutos del 6 de octubre de 1967.

(42) Resoluciones de la Contraloría de las catorce horas del 24 de noviembre de 1965, de las dieciséis horas del 8 de agosto de 1967 y de las once horas del 16 de febrero de 1966.

(43) MURILLO, Mauro: *Consecuencias de ser la apelación ante la Contraloría recurso jerárquico impropio*. Imprenta Lehmann, "Revista de la Contraloría", N° 8, diciembre de 1968, p. 53, San José.

(44) Resoluciones de la Contraloría de las once horas del 16 de febrero de 1966 y de las nueve horas del 30 de enero de 1972.

(45) Circular de la Contraloría del 29 de enero de 1966 y Resolución de la misma de las ocho horas treinta minutos del 23 de mayo de 1966.

(46) Resoluciones de la Contraloría de las diez horas del 4 de octubre de 1972, de las ocho horas del 12 de setiembre de 1972 y de las once horas del 6 de noviembre de 1972.

(47) Este plazo, generalmente, es de cinco o de ocho días hábiles.

los documentos y elementos relativos a las partes en discordia. 3º Una vez que la Contraloría tiene en su poder todos los elementos de juicio para proceder al estudio de la apelación, cuenta con un lapso de un mes para resolver el conflicto, el cual puede ser prorrogado a criterio del contralor general. (48) 4º La Resolución de la Contraloría es definitiva, quedando con ella agotada la vía administrativa. (49) Esta Resolución tomará en cuenta todos los factores de conveniencia para el país, inclusive aquellos relacionados con la posibilidad de cumplimiento por parte del oferente, pero "evitando en todo caso suplantar las facultades que corresponden a la entidad administrativa interesada en la contratación". (50)

La Contraloría puede examinar la legalidad y la oportunidad del acto de adjudicación, ya sea a instancia de parte o de oficio. (51) Es pertinente la anulación de pleno derecho (52) cuando el ente-contralor comprueba la existencia de nulidades absolutas, siendo necesario que las partes argumenten las nulidades relativas para que la Contraloría las estudie y vierta su criterio sobre ellas; de lo contrario no las revisará, por cuanto no le es dable a ella suplir el interés de las partes. En lo que hace a los efectos de esta Resolución, ellos pueden ser al menos dos: en la hipótesis de que ésta desestime el recurso, la adjudicación adquiere el grado de firmeza, siendo ejecutable el respectivo contrato; en el supuesto inverso, la Administración cuenta con dos posibilidades: o bien declara desierto el concurso o bien readjudica, para lo cual tiene un plazo de selección igual al indicado en el cartel para escoger la mejor oferta. Por supuesto que contra las readjudicaciones también caben recursos de impugnación por los sucesivos "interesados". (53)

II) *Refrendo del contrato.*—Se ha comentado en el país examinado que el refrendo se viene entendiendo como aprobación al respectivo contrato, lo cual no es exacto, ya que la Contraloría tiene

(48) Esta prórroga procede sólo en casos "muy calificados", de acuerdo con el numeral 67, inciso e), del Registro de la Contraloría.

(49) Inciso g) del numeral 100 de la LAFR.

(50) Numeral 67, inciso d), del Reglamento de la Contraloría.

(51) ORTIZ ORTIZ, Eduardo: *La selección de contratistas*. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, curso de Derecho Administrativo de 1971, Facultad de Derecho, tesis 23, p. 19, San José; y CALVO MURILLO, Virgilio: *El contrato administrativo*. Tesis para obtener el título de licenciado, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1972, inédita, p. 81, San José. En 1974 Hermann RODRIGUEZ ARCE, Director del Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República presentó su tesis de licenciatura en Derecho bajo el nombre de "*La contratación administrativa en Costa Rica*" (inédita).

(52) Recientemente se ha publicado una obra importante para el estudio de este tema: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, escrita por el profesor Juan Alfonso SANTAMARIA PASTOR.

(53) Sentencia Nº 422, de las 10 horas del 10 de julio de 1968, del Tribunal Superior Civil y Contencioso-administrativo, y Resolución de la Contraloría de las quince horas del 26 de octubre de 1967.

facultades para denegar la citada aprobación. (54) El principio en este campo es que las adjudicaciones no necesitan refrendo sólo en el caso de que la adjudicación sea formalizada en escritura pública, la cual debe ser emitida a la Contraloría para el examen de su legalidad y su correspondiente eficacia, al tenor del inciso g) del numeral 4º de la Ley Orgánica de este Organismo. (55)

E) *Relaciones contractuales.*

Luego de haberse realizado el procedimiento de selección de contratistas con un resultado configurativo de un contrato de Administración, nacen relaciones contractuales entre las partes negociantes. Estas relaciones no constituyen la parte central y medular de este estudio, razón por la que sólo se hará una breve referencia a ellas.

1. *Fiscalización de la Contraloría en la fase de ejecución de los contratos administrativos.*

Esta institución tiene atribuidas una serie de facultades de fiscalización, entre ellas las siguientes: a) vigilar por el cumplimiento de los principios y normas que deben regir estos contratos, haciendo inspecciones periódicas, en las que revisará todas las operaciones que afecten esta negociación; b) fiscalizar la ejecución y realización de los mencionados contratos de acuerdo con lo expresamente pactado en ellos; c) controlar que las respectivas cauciones sean rendidas debidamente, y d) ejercer el control jurídico-contable de la Hacienda Pública. (56)

2. *Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.*

Esta jurisdicción tiene a su cargo todo lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza, celebrados por el Estado y demás en-

(54) MURILLO, Mauro: *Refrendo de contratos*. Imprenta Lehmann, "Revista de la Contraloría", Nº 4, marzo de 1968, p. 23, San José, y ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *La selección...*, op. cit., p. 21.

(55) Numeral 4º, inciso e), de la Ley Orgánica de la Contraloría. Son funciones primordiales de esta institución: refrendar las obligaciones del Estado; inciso g): cualquier contrato distinto de los de trabajo y todo acuerdo que comprometa los fondos del Estado será válido (debe decir "eficaz") cuando haya sido refrendado por la Contraloría; a este efecto, en todo contrato que comprometa el desembolso de los fondos nacionales deberá insertarse certificación expedida por el contralor indicando que existe partida libre de gravamen con qué cubrir la erogación respectiva (principio de legalidad presupuestaria).

(56) Numeral 66 del Reglamento de la Contraloría; numerales 1 a 8 de la Ley Orgánica de este ente y 183 de la Constitución Política.

tidades de derecho público cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, al tenor del numeral 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de Costa Rica. (57)

3. Papel de la Contraloría con respecto de las relaciones contractuales.

En relación a éstas, el ente contralor actúa como órgano de consulta. Frecuentemente la Administración y los particulares, contratistas o no, acuden a esta institución con el fin de obtener su criterio. Se nota, pues, una marcada tendencia a evitar recurrir a la vía jurisdiccional, pues se desea obviar los problemas que dimanan de los litigios. (58) El carácter técnico de la Contraloría ha sido respaldado hasta el momento por las sentencias de la vía contencioso-administrativa, las cuales recogen los criterios expresados por el órgano contralor en sus pronunciamientos y resoluciones.

4. Prerrogativas de la Administración en el plazo de ejecución de los contratos administrativos.

Estas prerrogativas son, por ejemplo, las relativas al poder de dirección, inspección, control, interpretación unilateral del contrato y el de modificación del objeto del mismo. (59) GARCIA DE ENTERRIA nos dice sobre esta temática que la que se puede calificar de prerrogativa por excelencia es el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de impugnación contencioso-administrativa si está disconforme con su legalidad. Cabalmente, en virtud de ese formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre la perfección del contrato y su validez, la interpretación del mismo, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma),

(57) Ley N° 3667, del 12 marzo de 1966. El numeral 3° de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de España indica: Esta Jurisdicción conocerá de: a) las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie. Esta Ley sirvió de base a la costarricense.

(58) TOHARIA CORTES, José Juan: *Cambio social y vida jurídica en España. 1900-1970*. Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Publicada por "Cuadernos para el Diálogo" (EDICUSA) en 1974. (Madrid). De modo resumido, se puede decir que la hipótesis del profesor TOHARIA en este estudio es que a mayor desarrollo económico y social se da un relativo menor incremento de pleitos judiciales.

(59) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón: *Los contratos de la Administración*. Apuntes de Derecho Administrativo de la cátedra de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, curso de 1972-1973, T. VI, pp. 56 a 61, Madrid.

la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato (rescisión, en la terminología administrativa), la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, de liquidación del contrato, la aprobación o la devolución final de la fianza. (60) Ahora bien, este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de modo que es en sí mismo extracontractual.

5. Técnicas de garantía del equilibrio financiero del contrato.

Frente al descrito régimen exorbitante del Derecho Común (61) se han construido técnicas de protección al contratista y al equilibrio financiero del contrato. La tesis tradicional, que postulaba que tales contratos se celebraban a riesgo y ventura del contratista, ha cedido su puesto a la de las técnicas de garantía del equivalente económico de esta relación negocial. Estas técnicas son: la compensación por el ejercicio del *ius variandi*, el *factum principis*, la revisión de precios, la teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible y la modulación del riesgo, ventura y fuerza mayor a esta figura jurídica. (62)

En el ordenamiento procesal costarricense no existen normas que regulen tales aspectos del contrato administrativo, motivo por el cual se aplica en este orden el Derecho Administrativo general, sus principios generales de Derecho y el Derecho común, con marcada influencia de la normativa, doctrina y jurisprudencia francesa y española, entre otras.

F) Contratos interadministrativos.

Estos contratos son los que celebra la Administración entre sus propios órganos. Es el numeral 92 de la Ley de Administración Financiera de la República el que regula estos contratos interadministrativos, al disponer que la compraventa o permuta que se realice entre dependencias oficiales o entre éstas e instituciones del poder descentralizado podrán efectuarse libremente mediando la autorización de la Contraloría General. (63)

(60) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *La figura del contrato administrativo*, en el N° 41 de esta Revista, pp. 122-123.

(61) VEDEL, Georges: *Droit administratif*. Presses Universitaires de France, París, pp. 221 a 224, 1968.

(62) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón: Op. cit., pp. 61 a 73.

(63) Con respecto del Poder Central, tanto la Proveduría Nacional como la Contraloría deben estar de acuerdo con esta contratación para que la misma se pueda efectuar; referente al Poder Descentralizado, sólo se requiere la autorización de la Contraloría.

Este sistema de negociación es frecuente y se enmarca dentro de la estructura de fiscalización de la Hacienda Pública encomendada a la institución contralora. (64)

G) Contratos de "actividad ordinaria".

Es este el nombre que reciben en el numeral 110 de la Ley de Administración Financiera de la República, cuando expresa que si la compra, venta, arrendamiento u otra forma de tráfico de los bienes o valores constituyen actividad ordinaria de la institución, según la Ley y disposiciones reglamentarias que la rigen, no estarán comprendidas en la obligación de licitación, encontrándose dentro de la previsión de este artículo el arrendamiento de dinero por parte de las instituciones bancarias, la venta de seguros por parte de las instituciones de seguros y la compra y venta de acciones y bonos en las instituciones financieras.

Esta "actividad ordinaria" debe conceptuarse como la prestación directa del servicio encomendado a cada institución pública, el cual es su especialidad orgánica. (65) Este concepto se ha introducido al Derecho costarricense, sobre todo, por medio de la Ley citada y como vía de excepción al procedimiento licitatorio. La razón de esta excepción obedece a que esta actividad es materialmente no susceptible de ser sometida a un procedimiento lento, como es el de la licitación pública. La única actividad contractual de la Administración que resulta imposible de ser constreñida a licitación es la que constituye la prestación misma del servicio encomendado al ente administrativo; todas las demás, aunque relacionadas con ella, se pueden llevar a cabo a través del mecanismo del concurso. (66)

Las notas caracterizadoras de estos contratos son, pues: 1º Están regidos por el Derecho Administrativo. 2º Se realizan directamente con el usuario del servicio. 3º La finalidad de estas negociaciones es la prestación del correspondiente servicio público. 4º Los conflictos originados en estos contratos se resuelven en la jurisdicción contencioso-administrativa, previo agotamiento de la vía administrativa.

III.—Conclusiones generales.

1. Históricas.

Las leyes financieras costarricenses forman parte del complejo histórico de la década de 1940 a 1950, en la cual un grupo emergente

(64) Numeral 183 de la Constitución Política y numerales 1º a 4º de la Ley Orgánica de la Contraloría General.

(65) MURILLO, Mauro: *Refrendo de contratos*, ob. cit., p. 26. Pronunciamientos de la Contraloría mediante Oficios N° 2117, del 13 de abril de 1971, y N° 3742, del 18 de junio de 1965.

(66) Pronunciamiento de la Contraloría por Oficio N° 2723, del 20 de mayo de 1967.

participa mancomunadamente en el ejercicio del poder político y económico. Con el advenimiento al poder de este grupo se configura el Estado de derecho racional burgués capitalista (Max Weber).

La "guerra civil de 1948" puede ser calificada de precipitante social para el cambio estructural de una sociedad agroexportadora predominante a otra matizada por formas urbanas de convivencia (fundamentalmente en la ciudad capital, hipertrofiada demográficamente) y el incipiente desarrollo económico en los sectores industriales, financieros y de servicios, con la correspondiente presencia de burgueses, asociados con los tradicionales cafetaleros y bananeros, integrantes de la clase dominante de Costa Rica. Este cambio estructural, siempre orientado dentro del sistema de propiedad privada de los medios de producción y de distribución de los bienes y servicios, fue promocionado parcialmente por el Centro de Estudios para los Problemas Nacionales y el Partido Social Demócrata, antecedentes directos e inmediatos del partido mayoritario en el país (Liberación Nacional).

Durante las décadas de 1950 a 1970, la élite dominante radicada en el país citado opta por la estrategia de mantener estacionario el crecimiento de controles legales de la Hacienda Pública, con la finalidad de tener un radio de acción político-económico, en el cual pueda moverse discrecionalmente de conformidad con las exigencias de las reglas de juego de la clase dirigente: fortalecimiento y consolidación como estrato alto de la sociedad.

Las mencionadas Leyes financieras se elaboraron en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, como un instrumento de control sobre el Poder Ejecutivo, que impidiera el irregular manejo de los fondos públicos, efectuado en gobiernos anteriores a ese año. (67)

2. Jurídicas.

Es claramente patente la necesidad de dotar a la contratación administrativa estudiada de normas adecuadas al momento jurídico actual, ya que las que existen son insuficientes y anacrónicas para el fin con que fueron concebidas. Parte de esta tarea puede consistir en la emisión de un código de contratos administrativos, con su respectivo reglamento, que venga a llenar la laguna presente en el ordenamiento examinado. Se ha afirmado que (al referirse al caso de España) cuando la mejor doctrina inicia la labor de desmitificar la clásica concepción del contrato administrativo sobre la idea de las exorbitancias del Derecho común, el legislador español de la nueva Ley de Contratos del Estado, que aún no ha tenido tiempo de asimilar la revisión, instala en nuestro ordenamiento positivo las ideas clásicas con todos sus equívocos, de forma que la nueva Ley consolida el contrato administrativo "por naturaleza" precisamente en el momen-

(67) Dictamen de la Comisión de Economía y Hacienda de la Asamblea Legislativa, dado el 15 de enero de 1951.

to en que se ha dejado de creer en él. (68) Costa Rica presenta también esta tendencia a postular el contrato administrativo de acuerdo con las ideas clásicas. Al igual que en España, el citado país da una visión panorámica, en la cual la doctrina se inclina por "desmitificar la clásica concepción" del contrato comentado, mientras que la orientación de la Ley es hacia la plasmación del indicado contrato, de acuerdo con los cánones originarios.

No hay duda de que lo que está detrás de estas tipificaciones contractuales es una decisión política. Efectivamente, nuestro ordenamiento político institucional es democrático-liberal, con una estructura estatal fuerte y expansiva, la cual reclama para sí las prerrogativas ya descritas, relacionadas con esta figura contractual. El proyecto de Ley de Administración Financiera de la República, depositado en la Asamblea Legislativa, (69) no responde a los requerimientos contemporáneos de la negociación administrativa costarricense, debido a que, entre otras cosas, incurre en la inadecuada táctica de localizar la materia contractual dentro de una Ley general de administración financiera, lo cual pudo haber sido útil en 1951, pero ahora no se justifica ante la complejidad y el aumento, cualitativo y cuantitativo, de los contratos administrativos.

Este proyecto afirma la tesis del *contrat administratif* tradicional, lo cual está en consonancia con la estructura del Estado comentado. Su articulado, referente al campo que aquí nos interesa, fue redactado por la Contraloría General con un criterio técnico, el cual será matizado por el criterio político con que actúa el Poder Legislativo probablemente, en el supuesto de que sea emitida una nueva Ley de Administración Financiera. (70)

En lo concerniente a la licitación pública como mecanismo idóneo para realizar la contratación indicada, considero que es menester mantenerla como la regla en el ámbito de la negociación adminis-

trativa, pues la influencia de los partidos políticos mayoritarios (71) en el manejo de la Hacienda Pública precisa del control que conlleva el uso del concurso público, manteniendo la contratación directa como medio excepcional y tasado de cristalizar la contratación mencionada. (72)

3) Económicas.

Debido al desenvolvimiento de las formas capitalistas modernas, el Estado costarricense contrata con una multiplicidad de empresas extranjeras, del tipo de conglomerados internacionales, bajo la modalidad de la sociedad anónima. Esta circunstancia hace aconsejable la elaboración de políticas de negociación administrativa acordes con el funcionamiento de esta maquinaria empresarial, frecuentemente oligopólica.

Otra observación que cabe formular es que la inversión que realiza la Administración a través de los contratos administrativos debe responder a una política de planificación nacional, (73) con el objeto de que esta inversión coadyuve al logro de metas aceptables de desarrollo económico y social.

4. De organización y métodos.

En este aspecto se hace preciso una capacitación adecuada de la Administración a los funcionarios y empleados relacionados con la contratación administrativa, su naturaleza, efectos y fines. Tanto los recursos humanos como los medios físicos administrativos (archivos, ficheros, historiales, etc.) deben estar adecuadamente ubicados para

(68) FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón: *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1972, página 27.

(69) Publicado en el "Alcance" N° 15 a "La Gaceta" N° 31, del 15 de febrero de 1972.

(70) La exposición de motivos que la Contraloría redactó en relación con el articulado de contratos administrativos, que forma parte del proyecto de Ley citado, sostiene que serían lagunas en la legislación actual, las experiencias recogidas a través de las actuaciones de la Contraloría y soluciones ofrecidas por tratadistas del Derecho administrativo en obras recientes exigen una rectificación y una complementación de la Ley, no sin dejar lugar a la función amplia de la correspondiente reglamentación. (Publicación mimeografiada de la Contraloría General de la República, conteniendo el articulado referente a los contratos administrativos y su respectiva exposición de motivos, en ocasión de su envío a la Asamblea Legislativa, cuya primera publicación oficial se hizo en el "Alcance" N° 17 a "La Gaceta" N° 224, del 10 de noviembre de 1971, bajo el epígrafe de reforma a la Ley de Administración Financiera de la República, que dio lugar a la elaboración integral de esta Ley, que no ha pasado de ser un proyecto legislativo; anexo I, p. 2).

(71) En la actualidad el partido político relevante y fuerte, relativamente, es Liberación Nacional. Las demás agrupaciones políticas son heterogéneas, amorfas, dispersas; constituyen un mosaico y gama muy diversa, difusa, ambivalente y sin estructuración ni organicidad.

(72) MURILLO, Mauro: *Un privilegio inadmisibile*. Imprenta Lehmann. "Revista de la Contraloría" N° 4, marzo de 1968, pp. 3 a 5. San José. Este autor critica el hecho que el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) no esté subordinado a la Ley de Administración Financiera de la República en cuanto a que sea la Contraloría la que resuelva las apelaciones contra los actos de adjudicación de sus respectivas licitaciones públicas. Esta crítica la hago extensiva al Banco Popular y de Desarrollo Comunal, el cual también tiene un *status* privilegiado "inadmisibile", ya que —al igual que el ICE—, no está sometido a la fiscalización de la Contraloría en lo referente a sus adjudicaciones de licitaciones públicas, manejando ambos entes fondos públicos.

(73) Junta Consultiva de Contratación Administrativa. *Memoria de los años 1960-1971*. Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Ministerio de Hacienda. Dirección General del Patrimonio del Estado. Madrid, 1972, p. 14.

obtener de la contratación estudiada el mejor rendimiento posible, evitando con ello que innecesarias trabas burocráticas o deficiencias administrativas entorpezcan el buen desarrollo del procedimiento licitatorio y contractual en general. En esta área de la actividad administrativa también se requiere contar con personal especializado y capacitado, pues de lo contrario los fines de las relaciones contractuales de los entes públicos se verán perjudicados seriamente.

PARTE III

COMENTARIOS A RESOLUCIONES DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

(Departamento de Licitaciones)

Parte III

Comentarios a resoluciones de la Contraloría General de la República (Departamento de Licitaciones) referidas a apelaciones contra actos de adjudicación de licitaciones públicas.

SUMARIO

Oferta alternativa; aclaraciones a la oferta; la muestra debe acompañar a la oferta; apelación hecha por el adjudicatario; revocatoria del acto de adjudicación; oferta ventajosa; adjudicación sobre la "mejor oferta"; oferta ventajosa; adjudicación sobre la oferta de mayor precio debe ser razonada; oferta válida; el representante de casas extranjeras es un colocador de órdenes de compra; gestor de negocios improcedente como apelante; inaceptables hechos nuevos pasado el lapso de presentación del recurso; el cartel y su estricto cumplimiento; apelación improcedente por razón de oportunidad; la Contraloría anula de oficio la adjudicación; apelación en el caso de "ofertas conjuntas"; el poder para apelar una adjudicación debe tenerse antes de la impugnación; sólo el adjudicatario tiene la obligación de acreditar que está a derecho en el pago de los impuestos de la renta y territorial.

*Resolución de las 14 horas y 20 minutos del 31 de julio de 1973.
Licitación Pública N° 5-73.
Instituto Costarricense de Turismo (I.C.T.).
Concurso para la compra de folletos para la promoción del turismo.*

OFERTA ALTERNATIVA

Considerando II:

...la apelante no ofreció en su oferta alternativa (con la que apela), los folletos debidamente empacados, tal como fue requerido en el pliego de condiciones. Así las cosas, tenemos que conforme está demostrado (hechos probados 2) y 4) la firma recurrente efectivamente en la oferta en que funda su apelación se apartó en aspecto importante, que como se dijo, fue debidamente señalado por la Administración, por lo que entonces su recurso debe ser desestimado.

COMENTARIO.

Interesa aquí resaltar el hecho de que la oferta, como tal, es una unidad, de tal suerte que el proponente debe sujetar su plica al cartel. El principio, entonces, es que la oferta debe ceñirse al pliego de condiciones so pena de quedar excluida del concurso público. En este caso controvertido ante la Contraloría, se pone de manifiesto, una vez más, que el acto por el cual el particular oferente le ofrece a la Administración constituirse, en el futuro, como su cocontratante, incide sobre el concepto de la oferta como un todo ofertual. Ello quiere decir que, por la circunstancia de que proponga plicas alternativas, no por ello puede, en alguna de ellas, apartarse del instructivo de bases del contrato. Todas las ofertas que presente el participante en la licitación pública, deben sujetarse al cartel. Tal es el principio que rige en este punto.

La expresión usada por esta Resolución:... "se apartó en aspecto importante...", —refiriéndose al hecho de que la oferta del

apelante se había apartado del cartel al no ofrecer empaclar los libros, tal y como lo estipulaba el cartel, en su cláusula i): "empacados en cajas de cartón de 24"x9"x4", publicado en La Gaceta de 24 de marzo de 1973—, expresa la tesis de la existencia de incumplimientos graves y leves de parte del oferente o de la Administración, según corresponda de acuerdo con las circunstancias. En esta situación se trata del incumplimiento grave por parte del apelante, condicionante de la exclusión de su oferta, y, por ende, de carecer de interés legítimamente protegido para resultar adjudicatario.

—0—

Resolución de las 10 horas del 21 de agosto de 1973.

Licitación Pública N° 73-189

Caja Costarricense de Seguro Social

Concurso para la construcción de los muebles semifijos de la clínica de Desamparados.

ACLARACIONES A LA OFERTA

Considerando II:

Que, como puede verse del expediente, un solo hecho sirve de fundamento al recurso de apelación interpuesto, cual es un supuesto incumplimiento al cartel de licitación observado por el adjudicatario, concretamente en lo que concierne al plazo de entrega. En efecto, alega la parte recurrente que el oferente favorecido con la adjudicación, no aceptó pura y simplemente el plazo de entrega previsto en el pliego de condiciones, ya que condicionó la entrega de los muebles a la obtención de las piletas y en consecuencia, en virtud del principio de que quien se aparta de las cláusulas del pliego debe ser eliminado del concurso licitatorio, la oferta de su adversario no debió considerarse en el proceso de selección (resultando 1o., e), f), g), h), i) y j). Sobre el particular, no compartimos la tesis expuesta por el apelante, porque si bien es cierto que la oferta del adjudicatario no fue lo suficientemente clara al estipular respecto de ese punto que "las piletas de acero inoxidable serán de las que se encuentran en plaza; en caso de no conseguirse en plaza las que Uds. necesitan; procederemos de inmediato a pedir las; comprome-

tiéndonos a entregarlas colocadas quince días después de recibidas en nuestras bodegas en caso de pasarnos de la fecha máxima de entrega no tomando en cuenta para la entrega, el retraso que éstas ocasionen", y a la vez resulta un tanto contradictoria al indicar seguidamente: "Estos muebles tendrán como fecha límite de entrega, como lo pide el cartel de licitación, el día 22 de diciembre de 1973" (hechos probados 5) y 6), también lo es que la duda que al respecto pudiera surgir, en nuestro criterio, quedó despejada mediante la aclaración hecha oportunamente por el adjudicatario, en el sentido de que los muebles serían entregados en su totalidad debidamente colocados con sus piletas de acero inoxidable en la fecha máxima de entrega, sea, el 22 de diciembre del presente año (hechos probados 7) y 8).

COMENTARIO.

En el caso de análisis, la Contraloría consideró que la condición prevaleciente era la que obligaba al adjudicatario a cumplir con el cartel; aún más, en el supuesto de la contradicción entre las indicadas estipulaciones propuestas por el seleccionado prevalecía aquella que, claramente, cumplía con el pliego de especificaciones. Ello denota seguir el razonamiento de que lo que interesa, entre otras cosas, en la licitación es el contar con una oferta que la Administración acepte como adecuada a sus intereses y a los de la comunidad.

Por lo tanto, la Administración, actuó bien al pedirle al adjudicatario que aclarara el sentido exacto de su plica, lo cual hizo el seleccionador. Debe tomarse en cuenta que en el caso de que el contratista incumpla con sus obligaciones, la Administración tiene los recursos jurídicos para sancionarlo. A lo anterior debe agregarse que la Administración le había mandado un oficio, N° 14722, al oferente que resultó adjudicatario, (para que aclarara la duda o la contradicción, según se mire), acerca del plazo de entrega que proponía. La contestación del que devino en adjudicatario fue que se ajustaba al cartel en lo que al plazo citado se refiere y que estaban conformes en el sentido de que si se atrasaban en el mismo, estaban dispuestos a pagar la multa que el cartel estipula por esa razón, sea de ₡ 100 por cada día natural de atraso (Resultando 2°). En el ejemplo que estudiamos, se ve en qué medida cabe la aclaración a la oferta. La misma, como tal aclaración, no alteró la plica, solamente vino a dilucidar una cuestión que estaba dudosa, en cuanto que existían dos manifestaciones de voluntad del oferente que se aparecían como contradictorias y excluyentes. El postor declaró que su propuesta se ceñía al pliego de condiciones.

Resolución de las 10 horas del 29 de noviembre de 1973.
Licitación Pública N° 9227.

Dirección General de Asistencia Médico-Social.

Concurso para adquirir, entre otras cosas, 15.000 bolsas de colección
drenaje urinario de 2.000 ml., aproximado.

LA MUESTRA DEBE ACOMPAÑAR LA OFERTA

Considerando II:

...en el criterio de este Despacho, las muestras que se presentan con motivo de una licitación pública, principalmente cuando la obligación de presentarlas se origina en el cartel, tal como ocurre en este caso, (hecho probado 6), deben corresponder fielmente al objeto licitado y por lo tanto a lo que se ofrece, tanto para los efectos comparativos como porque sólo así se adquiere el verdadero compromiso de entregar lo que se ha solicitado y lo que se ha ofrecido.

COMENTARIO.

Cuando el cartel de licitación pide adjuntar con el escrito principal de la oferta las muestras correspondientes, el oferente que no las presenta está incumpliendo gravemente el pliego de bases, en la medida en que su plica está incompleta al depositarla faltándole un elemento de primordial importancia para conocer el bien que se está cotizando.

Aquí está frente a un incumplimiento de los llamados "graves", en la medida que entrañan la exclusión de la oferta que en ellos incurre al violar el pliego de bases de un aspecto denominado como "cláusula invariable del cartel", ante el cual el oferente debe sujetarse.

A esta Resolución se le debe añadir aquella de las 10 horas del 27 de diciembre de 1973 (licitación pública N° 4406, promovida por la Proveduría Nacional para la compra de archivadores de metal), en la que se manifestó que la muestra debe corresponder a lo cotizado. (Su Considerando II: afirma que en materia de licitaciones públicas, es un principio fundamental la sujeción de los participantes en el concurso a los términos de la adjudicación y de su oferta. En el presente caso, la firma adjudicataria se apartó de los mismos, al presentar una muestra de los archivadores, que no se ajusta a lo cotizado, ni a lo adjudicado y que iría a formar parte de la entrega final (hechos probados f) y g). De lo anterior se deduce que en materia de muestras se debe presentar las que el cartel pide, siendo el principio de que lo cotizado en el escrito principal de oferta debe concordar con la muestra adjunta, pues de lo contrario existe la duda acerca de lo que realmente está ofreciendo el proponente.

Resolución de las 15 horas y 35 minutos del 22 de febrero de 1974
Licitación Pública N° 57-73.

"JAPDEVA".

Concurso para la compra de materiales para el centro deportivo de
Limón.

APELACION HECHA POR EL ADJUDICATARIO

Resultando 1°:

Argumenta la recurrente (el adjudicatario) que el acto se dictó una vez transcurrido el plazo de treinta días para adjudicar válidamente.

Considerando II:

...ha quedado demostrado (hechos probados b) y d), que la entidad licitante adjudicó el concurso fuera del plazo de que disponía para hacerlo conforme a la ley (art. 100, inciso f), de la Ley de Administración Financiera de la República), es decir, cuando ya no tenía competencia para dictarlo válidamente, y, al ser argüido tal vicio por parte interesada, procede acoger el recurso interpuesto y anular el acto de adjudicación impugnado.

COMENTARIO.

Se trata aquí de uno de los pocos casos en los que el adjudicatario apela contra la selección recaída en su propia oferta.

El principio es que el adjudicatario puede recurrir contra la escogencia que la Administración haga de su plica.

Por razones diversas un oferente no desea resultar contratista con la licitante. Ante este caso, el licitador puede usar varias vías para no resultar tal contratista. Por ejemplo, permitiendo que la licitante le ejecute la garantía de cumplimiento. O, como en el ejemplo indicado, en el cual, el adjudicatario, al darse cuenta que la adjudicación la efectuó la Administración extemporáneamente apela ante la Contraloría para que ésta anule el acto de selección, con base en la falta de competencia de la licitante para adjudicar válidamente. Claro está que si ese adjudicatario guarda silencio y no apela, bajo el supuesto de que nadie más apelara de dicho acto de escogencia, la misma se convierte en firme e inimpugnabile por cuanto no existió apelación alguna.

Ahora bien, lo que aquí interesa indicar es la posibilidad que tiene el adjudicatario de apelar contra la adjudicación recaída en su propia plica. En el fondo, lo que se da es una intención manifiesta del oferente de no desear devenir en cocontrante de la Administración, a la vez que refleja el principio general de que no es permitido negociar contra la voluntad de uno de los participantes en el supuesto negocio.

—0—

Resolución de las 14 horas del 15 de febrero de 1974

Licitación Pública N° 73-343.

Caja Costarricense de Seguro Social.

Concurso promovido para la compra de materiales e implementos médicos destinados al Hospital México.

REVOCATORIA DEL ACTO DE ADJUDICACION

Considerando II

...este Despacho tiene por demostrado que la adjudicación recaída en favor de Zimmer Orthopadic Ltda. de Inglaterra fue publicada en La Gaceta del 21 de noviembre de 1973, y que, posteriormente y por acuerdo del 22 de noviembre del mismo año, fue revocada dicha adjudicación (hechos probados d) y e). En criterio de este Organismo, los actos administrativos pueden ser revocados por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en tanto no se encuentren firmes; en el presente caso, el acuerdo de revocación del primer acto, fue tomado al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, basado en el hecho de que la Institución incurrió en error al adjudicar un producto a una firma diferente de la que se recomendaba, debido a la similitud existente de nombres entre las casas Zimmer Orthopadic Ltda. de Inglaterra y Zimmer de los Estados Unidos de América (hecho probado e); en consecuencia al no encontrarse firme en ese momento el primer acto de adjudicación, estimamos que la Caja Costarricense de Seguro Social tenía competencia para revocarlo y adjudicar de nuevo el concurso en referencia.

COMENTARIO:

En este caso el acto de adjudicación salió publicado en La Gaceta un día antes de que la Administración anulara la adjudica-

ción "que por error" había realizado, debido a la similitud de nombres de las firmas participantes en el concurso (Zimmer de Inglaterra y Zimmer de los Estados Unidos de América). En este caso la selección del contratista no estaba en firme, era "provisional", ya que no había transcurrido el plazo de apelación (tres días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a aquel en el cual se publicó el aviso de adjudicación en el Diario Oficial). En este lapso, en el que la adjudicación es "provisional", en la medida en que no ha adquirido firmeza (valga decir, que se torne inimpugnable), la Administración puede revocar el acto de adjudicación que ha efectuado y el oferente (o los oferentes, en su caso) puede(n) recurrir contra tal acto de selección.

Aún más el principio aquí aplicable es que la licitante puede revocar su adjudicación (en este lapso indicado), en cuanto que es potestad discrecional suya hacerlo, y tomar dos vías: declarar desierto el concurso; o bien, readjudicar sobre otra oferta. Lo que no puede hacer, como en su oportunidad lo señaló la Contraloría, es realizar una "revocatoria de una revocatoria". O sea, la situación en la cual la licitante ha revocado una adjudicación sobre la plica "A", y luego pretender revocar ese acto de revocación, con el fin de volverle a dar vida jurídica a su anterior y revocado acto de selección de la oferta "A". El principio que rige en este caso es que no cabe "revocatoria de la revocatoria"; es decir, un acto revocatorio no puede ser revocado. En esta circunstancia, una vez que la Administración ha decidido revocar su adjudicación, puede optar por no contratar (concurso desierto) o por negociar con otro oferente, como ya se manifestó, pero lo que no le está permitido, de acuerdo con el criterio del organismo contralor es "revocar lo revocado".

—0—

Resolución de las 12 horas del 5 de marzo de 1975.

Licitación Pública N° 5370.

Proveeduría Nacional.

Compra de uniformes.

OFERTA VENTAJOSA

Considerando II:

La firma recurrente funda su recurso en tres aspectos:

- 1) que el cartel no especifica entregas parciales
- 2) que su oferta es de menor precio que la adjudicada
- 3) que el plazo de entrega que propone su plica es más corto.

En cuanto al primero de dichos puntos, no lleva razón al imputarle como vicio a la oferta adjudicada el que se propongan entregas parciales y periódicas del producto, por parte del adjudicatario, porque: por una parte, en el cartel se indicó que se debía consignar el plazo de entrega en las ofertas; además, de que no prohibió expresamente cotizar el suministro de zapatos para hacer entregas parciales de los mismos de modo periódico (hechos probados g) y h); y, por otra parte, la apelante, también, ofreció su producto en entregas parciales de tales bienes en forma periódica (hecho probado d).

Si bien es cierto, el precio de la apelante es menor que el adjudicado, también lo es el hecho de que la plantilla del zapato adjudicado es de cuero, mientras que el del apelante es de cartón. Ello representa una *ventaja* considerable en favor del bien adjudicado, en punto a su duración, así como en la mayor funcionalidad, y en la posibilidad de efectuar reparaciones futuras.

En este caso concreto esta Resolución atañe a lo que conoce con el nombre "ofertas atractivas" o "plicas ventajosas".

El tema de esta clase de ofertas, en materia de licitaciones, se debe unir al conocido principio de que el cartel es un límite inferior, por encima del cual los particulares pueden proponerle a la Administración Pública ventajas adicionales que la beneficien. Claro está, que también se da lo llamado "oferta atractiva" y "ventaja del objeto cotizado". ¿Qué se quiere decir con esto?

Veamos.

En términos generales, las ventajas o los beneficios que el particular le desea proporcionar a la Administración Pública se pueden localizar tanto en el objeto mismo que se cotiza como en las condiciones —tanto específicas como generales— en que se está dispuesto a negociar.

Convencionalmente, se dice que se está frente a una "oferta atractiva" cuando las ventajas se ubican en las citadas cláusulas o condiciones de la futura contratación. Y, se tiene entre manos una "ventaja del objeto licitado", cuando lo que constituye lo beneficioso para el ente licitante se encuentra propiamente en el objeto mismo de la licitación (v.gr. la máquina de escribir; o, como en el caso *sub-examine*; la plantilla de cuero).

Ahora bien, por una parte se sostiene que la Administración Pública debe redactar un cartel con un *minimum* de condiciones —aceptables para ella y convenientes a sus intereses— que favorezcan y promueva la participación del mayor número posible de oferentes, con el fin de contar con una amplia y variada gama de plicas, y así seleccionar la que estime mejor. Se cumple así con el principio de "promoción de la concurrencia más amplia". Por otra parte, se permite que los cotizantes puedan ofrecerle a la Administración ventajas (ya sean en el clausulado mismo o condiciones de la contrata o en

el objeto concreto de la licitación). Tales ventajas se aceptan bajo el principio de que el cartel es un límite inferior, por sobre el cual los particulares pueden —legítimamente— proponer beneficios a la Administración. Esta situación no debe violar los principios "licitarios" de la igualdad entre los concursantes y el de la seguridad jurídica. Efectivamente, en virtud de estos dos principios se tiene que tales "ventajas" no deben poner en pie de desigualdad a los proponentes, en el tanto en que se adjudique en seco a quien ofreció más de lo que el cartel pidió, a la vez que se lo carga al precio, convirtiendo éste en mayor con respecto al del posible apelante. Tampoco debe violar el principio de la seguridad jurídica, provocando un clima de incertidumbre, fruto del cual los cotizadores no sepan cuánto de más deben "beneficiar" a la Administración para ser "atractivos" y llevarse la adjudicación. Bueno, ¿pero cómo se resuelve este conflicto?

La respuesta más sencilla y más exacta es que depende del caso concreto que se le presente a la Contraloría General de la República, ya que cada apelación tiene sus propias características específicas, de tal suerte que cada una de ellas, puede generar su propia solución, en atención a sus especiales particularidades. Es la respuesta más corta, más sencilla y más fácil. No hay duda que así es!

Pero, podemos plantear otra circunstancia, para efectos didácticos.

Existe otro principio, matizado a la luz de cada licitación en juego, que sostiene que si las ventajas que propone un postor no se las cobra a la Administración (sino que más bien aparecen como regalías), la adjudicación que recaiga sobre tal oferta es legítima.

La objeción que se le puede hacer a esta postura es que se podría violar el principio de seguridad jurídica en el tanto en que los particulares no saben o no conocen el *quantum* de la regalía para resultar adjudicatarios. A ello, se le podría oponer diciendo que ello son los riesgos de la negociación y que la *puja* conduce a ver quién ofrece más por el menor precio.

Lo anterior podría resultar permisible dentro de ciertos límites del sentido común.

En la práctica, las numerosas resoluciones de la Contraloría General de la República (concretamente su Departamento de Licitaciones) no permiten establecer un principio general e institucionalizado. A lo sumo, se podría indicar que si la ventaja no la cobra el adjudicatario y su oferta es de igual o menor precio con respecto a la del apelante, la correspondiente selección se tiene por bien hecha.

Otra situación se da cuando, como en el caso *sub-studium*, la ventaja se cobra.

Así, se podría señalar que el principio que se da (en el caso en el que la ventaja que ofrece la plica es cobrada al ente licitante) es que la diferencia de precios debe ser —relativamente— pequeña; es decir, que puede ser legítima la adjudicación de una oferta que ofrezca una "ventaja" siempre que su mayor precio (con respecto a la plica del apelante) sea relativamente pequeño, todo a juicio de la Contraloría General de la República. Por supuesto, que estamos frente

a un principio general que se modula frente a cada caso concreto; pero que "en principio" es orientador de la corriente jurisprudencial de dicha Contraloría.

Esta Resolución y su comentario se pueden complementar con la siguiente que analizamos a continuación.

—0—

ADJUDICACION SOBRE LA "MEJOR OFERTA"

Resolución de las 8 horas del 24 de febrero de 1975

Licitación Pública N° 5338

Proveeduría Nacional

Equipo para comunicación

Considerando II

Resulta inadmisibles que la adjudicación se fundara en el hecho de que las radiopatrullas también tienen un equipo y micrófonos de los que cotizó la firma que resultó adjudicataria.

Tal razón aislada no justifica la adjudicación en favor de la empresa seleccionada, pues el acto adjudicatario debe ser el efecto del análisis de los factores que integran una oferta.

Por lo que respecta a la oferta del apelante, no se le imputan vicios o defectos. Además, ésta lleva ventaja en cuanto al precio y en cuanto al factor "potencia" del objeto licitado.

En vista de lo anterior, se anula adjudicación.

En este caso, la cuestión es sencilla, pues el apelante cotizó menor precio y su equipo de comunicación tenía más potencia que el propuesto por el adjudicatario. Por otra parte, la adjudicación resultó ilegal por cuanto se fundaba en el argumento de que se le compraba a la firma favorecida con la elección, ya que su equipo era de la misma marca del que tenían las radiopatrullas. Así, la adjudicación resultaba con un débil fundamento, ya que la oferta del apelante cumplía con el cartel, era de menor precio y el equipo que cotizó era de una potencia mayor que el adjudicado.

De este modo, el principio que resulta de esta resolución es que —en este caso— la ventaja que le propuso el apelante (mayor potencia en el equipo de comunicación) a la Administración Pública no se le cobraba (en términos de comparación con el precio de la oferta adjudicada); ya que el precio cotizado por la firma impugnante era menor que la propuesta por la empresa adjudicada.

Veamos otra resolución que se refiere a lo que se llama "oferta ventajosa".

—0—

OFERTA VENTAJOSA

Resolución de las 15 horas del 29 de noviembre de 1973

Licitación Pública N° 9263

Dirección General de Asistencia Médico-Social

Equipo de oficina

Considerando II

que la Administración adjudicó en base al criterio de que la oferta seleccionada ofreció una gaveta central que no tiene la plica del apelante.

Considerando III

que el cartel pidió dos gavetas al lado izquierdo

Considerando IV

que el adjudicatario ofreció una gaveta central que el cartel no pidió, además de que la oferta adjudicada es de mayor precio que la del apelante.

Es conveniente ilustrar que, ante el caso inverso; es decir, ante la posibilidad de *precios iguales*, una ventaja más, como podría ser (si es que lo fuere) una gaveta central, sí justificaría, por lo general, la adjudicación.

Este caso sirve para ilustrar el criterio de la *Contraloría*, en el sentido de que siendo los precios iguales, una ventaja propuesta por una de las ofertas en puja por el concurso, podría decidir la adjudicación en su favor, ya que —se puede presumir— no está cobrando esa ventaja adicional que ha cotizado.

De lo anterior podemos señalar que, se da un principio "licitatorio" que precisa que en igualdad de factores, aquel que sea diverso con respecto a las restantes plicas bien puede decidir, en su favor, la adjudicación, ya se trate del precio, de la calidad del bien o del servicio licitado, de la potencia del objeto cotizado, etc.

ADJUDICACION SOBRE LA OFERTA DE MAYOR PRECIO
DEBE SER RAZONADA

Resolución de las 8 horas del 25 de febrero de 1975
Licitación Pública N° 5243
Proveeduría Nacional
Compra de 80 sillas

Considerando II

La adjudicación que recae sobre una oferta de precio superior con respecto a las demás debe ser debidamente razonada y justificada.

El principio que se aplica en este aspecto de la cuestión es que cuando la adjudicación se realiza sobre una plica que cotiza un precio más bajo que la del impugnante, la adjudicación se tiene por bien hecha y la Administración Pública no necesita justificar la selección. En el caso inverso, si es necesario que la entidad licitante fundamente adecuadamente el por qué seleccionó una oferta de mayor precio, en términos comparativos con la del impugnante.

Así, la mayor inversión o la mayor onerosidad del contrato administrativo implica la carga para el Estado de justificar su gasto público en términos de legalidad y de racionalidad administrativa y económica.

OFERTA VALIDA

Resolución de las 13 horas del 30 de febrero de 1975
Licitación Pública N° 5194
Proveeduría Nacional
Compra de marcadores de tarifa para taxímetros

Considerando II

Para formular oferta válida es preciso tener la licencia correspondiente como representante de casas extranjeras.

En este caso se anuló la adjudicación debido a que la firma "Importaciones San José S.A." no demostró ser la representante de la casa extranjera "SYA S.A." de Argentina, ni tuvo ningún poder.

Esta Resolución atañe a la situación en la cual se requiere como requisito para darle validez a una plica la licencia como representante de casas extranjeras, lo cual no se dio en el caso citado.

Aquí también se observa cómo la prueba juega un papel sumamente importante en esta clase de impugnaciones. Además, se puso en juego el principio de que quien ofrece debe ser aquella persona que efectivamente puede cotizar bien, sujeto a derecho.

Este criterio se complementa con la siguiente Resolución.

Representante de casas extranjeras es un colocador de órdenes de compra.

Resolución de las 11 horas y 45 minutos del 9 de enero de 1975
Licitación Pública N° 74-424
Caja Costarricense de Seguro Social
Compra de 56.000 pares de guantes N° 7 para cirugía

Considerando II

El representante de casas extranjeras es un colocador de órdenes de compra; no es un apoderado. Para ser tal requiere de un poder.

Esta Resolución reitera el criterio de la Contraloría expresado en una cantidad significativa de su correspondiente jurisprudencia y manifiesta que la figura del representante de casas extranjeras es diversa de la del apoderado como es sabido. Así, para impugnar una adjudicación como para hacer su respectiva defensa se necesita el documento denominado poder, que es el que habilita a quien lo posee para participar legalmente en una litis.

Resolución de las 10 horas del 7 de enero de 1975
Licitación Pública N° 74-436
Caja Costarricense de Seguro Social
Materiales e implementos médicos

Considerando II

Prevalece lo escrito en letras con respecto a lo escrito en números. Así, escribió con números \$ 9.814,50; mientras que en letras puso: esa cantidad monetaria, pero en colones, y no en dólares. De tal suerte que para los efectos de esta Resolución, se toma en cuenta lo escrito en letras.

En esta Resolución, se puso de manifiesto el principio de que cuando exista contradicción entre lo escrito en letras y lo escrito en números, se tiene por válida y eficaz la cantidad puesta en letras, ya que es más difícil (en términos relativos) equivocarse cuando se escriben letras que cuando se pone la cantidad con números.

GESTOR DE NEGOCIOS IMPROCEDENTE
COMO APELANTE

Resolución de las 9 horas y 45 minutos del 11 de agosto de 1971
Licitación Pública N° 2566
Proveeduría Nacional
Compra de 10 máquinas de escribir

Considerando II

El Sr. Kander Siebe carece de legitimitio ad causam activa y por ende no tiene interés legítimo directo, jurídicamente protegido por cuanto el citado impugnante actuó como gestor de negocios, siendo —en esta materia de apelación a un acto de adjudicación de una licitación pública— inaplicable el artículo segundo del Código de Procedimientos Civiles.

Como se sabe el artículo segundo del citado cuerpo legal expresa que "es permitido entablar acciones como gestor de un tercero, siempre que de la inacción hubieren de resultarle perjuicios evidentes al dueño del negocio; y, a condición de rendir fianza de resultas, para el caso de que el dueño referido dueño, dentro de un mes si estuviere en el país, o dentro de tres meses si se hallare fuera, no aprobare expresamente lo hecho en su nombre. Los plazos dichos se contarán a partir de la fecha en que el gestor hubiere iniciado su actuación judicial. Tan pronto como se apersonare en los autos el dueño del negocio, cesará la intervención del gestor. Caso de que el dueño no se apersonare en los autos aprobando expresamente la gestión dentro del plazo dicho, o de que lo desaprobare en todo o en parte, el gestor será condenado al pago de las costas personales y procesales, y de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado al litigante contrario; teniéndose, además, por absolutamente nulo lo practicado a su instancia, aún cuando se trate de actos de jurisdicción voluntaria. Para actuar como gestor de negocios de una persona civil, debe acreditarse su existencia en la forma que previenen las leyes de la República. La gestión de negocios no autoriza al gestor para vender, gravar o de otro modo cualquiera enajenar o comprometer los bienes de aquel por quien se gestiona, ni para recibir o permitir que otro reciba valores o bienes, de cualquier clase que sean, pertenecientes al representado.

La fianza ha de ser a entera satisfacción del juez, y en cuanto al modo de constituir la misma, y demás condiciones de la misma, se estará a lo dispuesto por los artículos —de este Código— 192 a 194".

De acuerdo con esta jurisprudencia, el gestor de negocios no tiene interés legítimamente protegido para apelar contra actos de adjudicación de un concurso público. Como es conocido los únicos que

pueden impugnar, legítimamente dichos actos, son los oferentes sujetos a derecho y los impugnantes de carteles, a los cuales la Contraloría General les ha dado la razón en su respectiva resolución, y la Administración ha mantenido el pliego de condiciones (es el caso del objetante exitoso desoido por la Administración). Este objetante exitoso no necesita presentar oferta para resultar interesado (legitimado para impugnar el correspondiente acto de selección de contratista público) y, por ende, interponer —si lo desea— un recurso contra tal acto ante la Contraloría General de la República.

En parte, los principios que explican este criterio jurisprudencial son los de seguridad jurídica, formalismo y la mayor celeridad posible que sea le pueda dar a un concurso público (que de por sí son lentos).

Seguridad jurídica, en el sentido de que los participantes en una licitación pública saben a qué atenerse en lo que atañe a quienes pueden interponer recursos. *Formalismo*, por cuando el concurso público es en sí un procedimiento lleno de formalidades, tendientes a que sirvan de autocontrol al procedimiento y a quienes contribuyen a él directa o indirectamente. Esto en función de la vigilancia que debe tener todo lo referente a las finanzas públicas. En lo que respecta al tiempo de duración de un concurso público, ya es un lugar común atacar este procedimiento por lo lento que es. Por ello, de lo que se trata es de que este mecanismo seleccionador del contratista público dure lo menos que sea posible esperar. A veces, las quejas se hacen mayores cuando una licitación pública, apelada, dura en tramitarse (desde su gestación hasta su finalización) 10 o 12 meses. Dichosamente, estos casos, parece, que son los menos, aunque de suyo, mueve a preocupación esta tardanza; pensándose en qué medios se pueden instrumentalizar para acelerar la tramitación en cuestión.

—0—

INACEPTABLES HECHOS NUEVOS PASADO EL LAPSO
DE PRESENTACION DEL RECURSO

Resolución de las 13 horas del 15 de noviembre de 1971
Licitación Pública N° 4-71
JAPDEVA

En esta resolución, el Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República expresó que no se admitían hechos nuevos que se presentaran después de vencido el tiempo para apelar ante ella. Es decir, luego de los tres días hábiles para interponer la impugnación, de conformidad con lo que manda el inciso h) del artículo 100 de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR).

El principio es que los hechos que fundamentan la impugnación se deben presentar en ese lapso de tres días hábiles posteriores a aquél en que salió publicado el aviso de adjudicación en la respectiva "Gaceta". Pasado ese lapso de tiempo, los demás datos que proporcionen las partes en conflicto se tienen como información que la Contraloría podrá tomar en cuenta (o no) para los efectos de resolver la litis. En lo referente a la Administración, cuando ésta sufre un atraso y manda a la Contraloría los atestados que ella le solicitó —oportunamente— un día o varios después de que se indicó el ente contralor como fecha límite para remitirlos, lo que se acostumbra es admitir dichos documentos y tenerlos como presentados en tiempo, haciendo valer —en cierto sentido— el principio *in dubio pro "amministrazioni"*.

Esto se debe entender así, salvo cuando los datos que aporta, a la Contraloría, una de las partes legitimadas para apelar, demuestren un vicio —en el procedimiento o en el acto de adjudicación— que implica una nulidad de pleno derecho.

En este caso de la nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta (por ejemplo, se le adjudicó a quien no fue oferente: se seleccionó a Carlos y no había un solo oferente —se supone que todos los proponentes son personas físicas— con ese nombre), la Contraloría debe anular la adjudicación en virtud de la comprobación de la existencia del vicio grave citado. Aún más, estimamos que si la Contraloría comprueba dicha existencia, por medio de un simple denunciante (un particular cualquiera), pesa sobre ella la misma obligación de anular la adjudicación, ya que el esgrimir el formalismo de que quien informa al ente fiscalizar de la Hacienda Pública de la comentada gravedad, no tiene legitimidad para apelar, y por ende para lograr la nulidad de la selección, cede ante la magnitud de la gravedad comprobada por el ente constitucionalmente llamado a vigilar la sana gestión financiera del Estado.

— 0 —

EL CARTEL Y SU ESTRICTO CUMPLIMIENTO

Resolución de las 9 horas del 13 de agosto de 1974

Licitación Pública Nº 2-74

Municipalidad de Coto Brus

Compra de un tractor de carriles

En esta resolución de la Contraloría, referida a la respectiva objeción al pliego de condiciones, se manifestó que la cláusula impugnada debía ser redactada de la siguiente forma:

"Se permitirá la participación de ofertas cuyas especificaciones técnicas no se ajusten estrictamente a las establecidas en el cartel, en tanto el tractor de carriles con pala frontal y torno ("winch") propuesto satisfaga eficientemente la finalidad prevista según las indicaciones aquí suministradas".

De conformidad con esta resolución, el principio que enuncia que el cumplimiento de las cláusulas del cartel debe ser estricto, sufre una matización importante, ya que (como todo principio o norma) no se está ante una exigencia absoluta, sino —al contrario— relativa. O sea, que el principio de ajuste al pliego de bases, es relativo. En este caso, la Contraloría admite incumplimientos al cartel, siempre y cuando lo ofrecido o cotizado "satisfaga eficientemente la finalidad prevista según las condiciones aquí suministradas".

¿Qué se quiere decir con ello?

Que el cartel puede ser incumplido o sufrir una alteración por quien cotiza. Pero, que tal violación al pliego de condiciones, debe ser complementada con el hecho cierto, comprobable y preciso, de que el objeto licitado "satisfaga *eficientemente* la finalidad prevista" de acuerdo a "las condiciones suministradas en el cartel". Se debe satisfacer la *finalidad* a la cual está destinado el objeto licitado. En palabras sencillas, que el bien cotizado sirva para llenar, cumplir o satisfacer las necesidades de la Administración, aunque las *características técnicas* no se adapten o no se ciñan estrictamente a lo que el pliego de condiciones requiere. Pues, de lo que se trata es que el mayor número de oferentes participe en el concurso público, dándole así al ente administrativo una gama más amplia de propuestas y con ello una mayor y más diversa posibilidad de escoger la "mejor oferta".

— 0 —

APELACION IMPROCEDENTE POR RAZON DE OPORTUNIDAD

Resolución de las 13 horas del 5 de setiembre de 1972

El licitante que habiendo podido apelar de la primera adjudicación no lo hizo, está inhibido para hacerlo respecto a la readjudicación.

Esta resolución expresó que se comprobó en las diligencias *sub-examine* que el impugnante tuvo la oportunidad de apelar contra la adjudicación y que al no hacerlo, renunció a tal derecho. Esta doctrina protege el principio de la economía procesal, ya que es insano admitir una "larga cadena de recursos" en esta materia, contra las readjudicaciones, cuando pudiéndose apelar contra las adjudicaciones, ello no se hizo.

Esta resolución de la Contraloría (*) reafirma el carácter formalista y preclusivo en el sentido de que si no se apela en la adjudicación, se pierde el derecho para apelar la readjudicación; y, al contrario, para impugnar una readjudicación es preciso haber apelado en la adjudicación correspondiente.

La idea de base es que quien pudo apelar en la primera vez, contra la adjudicación, y no lo hizo, pierde el derecho de impugnar las readjudicaciones posteriores, de acuerdo al principio citado de la preclusión. Con ello se trata, en lo posible en el contexto dado de hacer más largo, de lo que ya es, el procedimiento de la licitación pública; a la vez, que se castiga la negligencia del posible apelante al no interponer en tiempo su recurso contra la respectiva adjudicación. Asimismo, se aplica el criterio lógico de que si pensaba que tenía argumento para apelar contra la adjudicación y no lo llevó a efecto, deja perecer su derecho a la impugnación.

— 0 —

LA CONTRALORIA ANULA DE OFICIO LA ADJUDICACION

Resolución de las 13:30 horas del 14 de noviembre de 1972

Con todo y que el recurso de apelación contra la adjudicación es importante, debido a su falta de legitimación del actor, se procede a anular el acto de selección de contratista público, en virtud de que el mismo recayó sobre un objeto diferente al pedido en el pliego de bases y a la vez es ineficaz de acuerdo a su finalidad.

Esta adjudicación versó sobre un producto químico para el exterminio de ratas. El bien que se seleccionó tenía un principio activo, en su composición, que el cartel expresamente prohibió; a la vez, que la "sustancia propuesta para el exterminio de los mencionados roedores no tiene esa función específica", por el que la Contraloría procedió a anular, de oficio (ya que el impugnante carecía de interés legítimamente protegido para ser tal) la correspondiente escogencia por esos motivos.

Como se observa en este caso, si no se hubiere anulado la adjudicación, la Administración contaría con un producto que no le serviría para lo que quería: matar ratas. Lo cual, hubiere redun-

(*) Esta resolución aparece publicada en "La Revista de la Contraloría General de la República". N° 18, junio de 1974 (San José, Imprenta Lehmann. Págs. 59 y 60).

dado en perjuicio de la misma. Por este motivo, la Contraloría manifestó que "si no hubiere sido presentada la apelación de que conocemos, y el contrato se hubiere ejecutado en los términos del compromiso conforme a las especificaciones de la oferta adjudicada, en vez de un problema de demora o de mayor dificultad de control, la institución habría tenido que soportar consecuencias aún más graves en razón de la ineficacia del sistema propuesto". (*)

Este es un ejemplo claro de los casos en que la Contraloría anula de oficio una adjudicación ante un vicio que implica una nulidad de pleno derecho. En los demás, casos en los cuales no se da una nulidad absoluta, la Contraloría mantiene el criterio de que la nulidad relativa debe ser alegada por el apelante para que ella entre al estudio de tal vicio; de lo contrario, se abstiene de hacerlo. De ahí, la importancia que tiene, para el impugnante de un acto de selección de contratista público, el alegar todos aquellos aspectos que merezcan este tratamiento de impugnación. Es decir, "no dejar nada en el tintero", no sobreentender nada; todo hay que hacerlo explícito, mediante el respectivo alegato presentado en tiempo ante la Contraloría General de la República.

— 0 —

APELACION EN EL CASO DE "OFERTAS CONJUNTAS"

Para impugnar un acto de adjudicación en cuya licitación pública han participado "oferentes conjuntos" es preciso que la presentación de los recursos se haga de acuerdo a las firmas constitutivas de tales propuestas conjuntas.

Resolución de las 8 horas del 16 de noviembre de 1962. (**)

Esta resolución tiene dos aspectos que nos interesa resaltar:

- 1º) que cuando se actúa como representante de casas extranjeras no es necesario aportar con cada propuesta (plica u oferta) a una licitación pública poder alguno de representación que contenga los requisitos del artículos 226 y 232 del Código de Comercio. (***)

(*) Misma Revista, págs. 67 y 68.

(**) Ib., págs. 68 y 69.

(***) Artículo 226 Código Comercio. Las empresas individuales o compañías extranjeras a que se refiere el inciso d) del artículo 5º de este Código ("Artículo 5º: son comerciantes:... d) las sociedades extranjeras y las sucursales y agencias de éstas, que ejerzan actos de comercio en el país, sólo cuando actúen como



2º) La misma apelante califica su plica de "conjunta". Es decir aquella que constituye la proposición de varias firmas, ya sea que esa propuesta se haga por separado en cuanto a quién sea el que las presente (a los efectos de cumplir adecuadamente con el objeto licitado) o que sea una sola persona la que deposita las ofertas a nombre de las diversas casas respectivas. (*) El ejemplo que puede ilustrar este tipo de ofertas, se da cuando una municipalidad solicita la adquisición de un terreno para construir el edificio municipal y varios vecinos del cantón presentan "conjuntamente" varias plicas, con el objeto de que entre todos ellos se sume la cantidad de metros cuadrados que el ente municipal desea comprar.

En el caso *sub-estudio*, la recurrente, dijo, que su plica era "conjunta"; por ello, la Contraloría manifestó —en su resolución— que la calificación de "oferta conjunta" la hacía la impugnante y no ella; "lo cual trae por consecuencia que debió —la apelante— haber

distribuidores de los productos fabricados por su compañía en Costa Rica"), que tengan o quieran abrir sucursales en la República, quedan obligadas a constituir y mantener en el país un apoderado generalísimo para los negocios de la sucursal. En la escritura consignarán: a) el objeto de la sucursal y capital que se les asigne; b) el objeto, capital, el nombre completo de los personeros o administradores y duración de la empresa principal; c) manifestación expresa de que el representante y la sucursal en su caso, quedan sometidos a las leyes y tribunales de Costa Rica en cuanto a todos los actos o contratos que celebren o hayan de ejecutarse en el país y renunciando expresamente a las leyes de su domicilio; y, d) constancia que el otorgante del poder tiene personería bastante para hacerlo.

La personería social y la de los apoderados en los casos que requieran inscripción, quedarán completas si se presenta al Registro Mercantil el mandato junto con un certificado expedido por el respectivo Cónsul de Costa Rica, o a falta de éste, por el de una nación amiga, de estar la compañía constituida y autorizada conforme a las leyes de su domicilio principal, y una relación, otorgada como adicional, por el propio apoderado, aceptando el poder.

La declaración del capital de la compañía o empresa principal, no tiene más objeto que el de hacer conocer aquí su solvencia económica y no implica obligación de pagar especialmente derechos de Registro por tal concepto (así, reformado por ley N° 4625 del 30 de julio de 1970).

Artículo 232 del Código de Comercio: Cualquier empresa o sociedad extranjera puede otorgar poderes para ser representada en el país, llenando los requisitos que expresa el artículo 226 de este Código, con excepción del indicado en el inciso a); pero, si se tratare de poder especial para un solo acto o gestión, bastará cumplir el requisito del inciso c), y la diligencia consular.

Los poderes generales judiciales, implican sumisión a las leyes y tribunales costarricenses; en los poderes especiales de esta clase, pueden las compañías exceptuar expresamente esta sumisión para determinados casos o relaciones concretas.

(*) ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *La licitación pública en Costa Rica* (San José, Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica. 1975. Págs. 256 y 257; y, 380, nota 164a: las "ofertas únicas" se pueden correlacionar con las "plicas conjuntas"...).

recurrido "conjuntamente" en nombre de las firmas que aparecen en aquella como oferentes, lo que no sucedió así, puesto que la apelación se hizo y presentó sólo por Tractomotriz S.A."; añadiendo, a lo anterior que "en segundo plano, no se aportó con el recurso documento alguno de poder en que se acredite representación de casa extranjera alguna, también en cuyo interés se actúe". Razón, por la que "al carecer la firma Tractomotriz S.A. de interés jurídico para resultar adjudicataria en la licitación bajo examen, procede declarar sin lugar el recurso interpuesto".

De toda suerte, lo que cabe señalarse es que cuando se está frente al caso de las plicas "conjuntas", el recurso debe ser presentado de modo igualmente "conjunto"; es decir, interpuesto por todos los oferentes que "conjuntamente" hicieron su propuesta a la Administración y no por uno solo, de forma unilateral.

3º) El *Considerando III*, de la resolución que comentamos, toca un aspecto diverso al que enunció el *Considerando II* (que se refirió a los dos puntos ya citados). Atañe a la afirmación de que "la fórmula 'a nombre propio y de nuestros representados...' resulta confusa e impropia". Es decir, no se puede ofrecer a *nombre propio* y a la vez a *nombre de nuestros representados*. O se propone una oferta a nombre propio; o, a nombre ajeno; pero, de ninguna forma se puede hacer una cosa junto (y simultáneamente) con la otra. Por ello son expresiones y fórmulas contradictorias y mutuamente excluyentes. Por este motivo, la *Contraloría* calificó, correctamente, esa fórmula como "impropia".

—0—

EL PODER PARA APELAR UNA ADJUDICACION DEBE TENERSE ANTES DE LA IMPUGNACION

Resolución de las 10 horas del 4 de octubre de 1972 (*)

El poder para impugnar (un acto de adjudicación ante la Contraloría) otorgado al recurrente en fecha posterior a la de sumisión de su recurso resulta ineficaz.

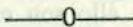
La Contraloría General de la República, estima que el poder para impugnar un acto de selección de una plica en una licitación pública, debe acompañarse con el escrito de apelación; o, en su defecto, ser presentado dentro del término que al efecto confiere este Despacho, aparte de que, en todo caso dicho poder debe ser exten-

(*) Revista cit., págs. 65 y 66.

dido u otorgado con anterioridad o dentro del término de la presentación del recurso administrativo jerárquico impropio. Por ello, se tiene en este caso, que la impugnante carece de "*legitimatío ad procesum activa*".

Esta resolución, se complementa, lógicamente, con otras dos —entre muchas otras— que sostienen que quien ofrece a *nombre propio* no requiere poder para recurrir ante la Contraloría el acto de marras (*Resolución* de las 15 horas y 30 minutos del 3 de enero de 1973) (*); ni tampoco, está obligado a contar con licencia de representante de casas extranjeras (*Resolución* de las 15 horas del 25 de enero de 1973). (**)

Lo anterior, tomando en consideración que quien propone una plica a *nombre ajeno* requiere *poder* para recurrir ante la Contraloría el acto indicado, ya que el representante de casas extranjeras es un mero colocador de órdenes de compra, necesitando *poder* para impugnar actos de adjudicación de licitaciones públicas, como es natural en el mundo del *ius*. A su vez, el que propone a *nombre propio*, se está haciendo responsable él —en su totalidad— ante la Administración, no siéndole exigido contar ni con tal *poder* ni con la mencionada *licencia*, como es de perogrullo.



SOLO EL ADJUDICATARIO TIENE LA OBLIGACION
DE ACREDITAR QUE ESTA A DERECHO EN EL PAGO
DE LOS IMPUESTOS DE LA RENTA Y TERRITORIAL

Resolución de las 14 horas del 1º de diciembre de 1972 (***)

No se considera obligación del proponente, acreditar que se está a derecho respecto al pago de los impuestos de renta y territorial. Tal obligación sólo alcanza a quien resulte adjudicatario.

El cartel no pidió que los oferentes, junto con sus respectivas ofertas, adjuntaran recibos de la Dirección General de la Tributación Directa relativos al pago de impuestos, ni requirió que se mostraran antes de la adjudicación. Así, las cosas, la Contraloría consideró que el requisito del cumplimiento en el pago de esos impuestos jugaba

(*) Revista citada, pág. 71.

(**) Id., pág. 73.

(***) Ib., págs. 67 y 68.

a los efectos de la *eficacia* del contrato administrativo público; y, no por supuesto, en lo referente a la validez y perfección del acto de adjudicación, que de por sí ya tenía esos requisitos, en el caso que se resolvió mediante la mencionada *Resolución*.

Ahora bien, en el supuesto de que el pliego de bases hubiere exigido que esos comprobantes de pago se adjuntaran a la correspondiente oferta o que mostraran antes de la selección de la plica respectiva, estimamos que eso es una cláusula invariable (*) (o cerrada) del cartel y debe, por ende, ser cumplida a cabalidad, so pena de ser excluido del concurso dado, en virtud del principio de que el pliego de estipulaciones es "ley entre las partes" y a él se deben ceñir las mismas.

IMPROCEDENTE OBJECION CONTRA CARTELES DEL I.C.E.

Por *Resolución* de las 9 horas del 4 de junio de 1975, la Contraloría General de la República, rechazó las diligencias de objeción (presentadas por la firma Motorizada S. A.) al pliego de bases de la licitación pública promovida por el Instituto Costarricense de Electricidad (I.C.E.) para la adquisición de vehículos.

La Contraloría afirmó que no cabía darle curso a esas diligencias y que las rechazaba debido a la redacción del art. 1 de la Ley N° 1874 del 27 de mayo de 1955, en el cual se dice que "en lo que a dicho Instituto atañe, *solamente existe recurso de responsabilidad en contra de los Gerentes y Directivos con motivo de lo que en materia de licitaciones sea resuelto*".

Tal es el criterio de la Contraloría. De acuerdo con el mismo, no caben diligencias de objeción al pliego de condiciones ni apelación al acto de adjudicación de una licitación pública gestada por el I.C.E.

No participamos del criterio expuesto en la citada *resolución*, ya que estimamos que la expresión: "...*lo que en materia de licitaciones sea resuelto*", puede ser aplicado (mediante interpretación ló-gico-jurídica) al acto de adjudicación del ente administrativo, que es el que decide un concurso público. Esta interpretación ha sido utilizada por la misma Contraloría, cuando (en numerosas *resoluciones*) ha sostenido que el sentido y el alcance de la expresión "*de lo resuelto*" que se observa en el art. 100, inciso h) de la Ley de Administración Financiera de la República (L.A.F.R.): "*De lo resuelto* por la Proveeduría Nacional puede apelar el interesado...", se refiere nada más al acto de adjudicación que realiza la Administración Pública, y no al acto que declara desierto un concurso público, el cual —estima esa Contraloría— no es impugnante ante ella. En relación con la misma institución (I.C.E.), el Tribunal Superior de lo Contencioso-administrativo (véase este ejemplo jurisprudencial en la *Parte VI*), le dio

(*) Apud ROMERO PEREZ, págs. 219 a 222.

curso a una apelación contra dicho acto de declaratoria de desierta una licitación pública.

De tal suerte que, de conformidad con el criterio del ente contralor, el signo escrito "lo resuelto", se circunscribe al indicado acto selectivo de una oferta por parte de la Administración. Ese es el significado que esta institución le ha dado.

Extender ese significado al cartel para que éste no pueda, tampoco, ser objetado por el administrado, no nos parece concordante con el principio del Derecho Administrativo de la *habilitación* o principio de legalidad. Hay que recordar, que históricamente, esta rama del Derecho nace como una defensa de los administrados contra los excesos y desviaciones del Poder Público. Así, nos parece inconveniente para los intereses de los administrados (que en la teoría democrático-liberal, son los titulares del Poder; y, los funcionarios y empleados públicos meros administradores "responsables por su gestión ante el pueblo soberano") convertir en inimpugnable el pliego de condiciones de una licitación pública promovida por el I.C.E., ya que de este modo, los administrados quedan indefensos ante ellos (pues, presentar las objeciones ante el I.C.E. llevan la presunción de ser rechazadas).

Por ello, desde el punto de vista jurídico y de las exigencias del Derecho Administrativo, nos parece inadecuado que también los carteles de esa entidad sean inobjectables ante la Contraloría.

PARTE IV

CASO ESPECIAL DE IMPUGNACIONES A LOS ACTOS DE ADJUDICACION EN DONDE LA INSTITUCION INTERESADA ES LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Como es sabido las contrataciones administrativas que la Contraloría General de la República realiza se tramitan por medio de la Proveduría Nacional, dependencia del Ministerio de Hacienda; es decir, y para resaltar la circunstancia: dicha Contraloría, por disposición constitucional (art. 183), es una dependencia auxiliar de la Asamblea Legislativa, aunque tiene independencia funcional y administrativa en el ejercicio de sus labores; por otro lado, quien ejecuta el presupuesto de esa institución es el Poder Ejecutivo y a través de éste efectúa sus negociaciones administrativas. En fin, se trata del punto cuestionado y discutido. Recordemos en este aspecto el ensayo que escribió Mauro MURILLO "Es la Contraloría General de la República una institución autónoma?" (*)

Antes de citar parte del argumento de ese autor, transcribamos lo que el *supracitado* numeral de la Carta Magna afirma:

"La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene *absoluta independencia funcional y administrativa* en el desempeño de sus labores".

Hemos subrayado adrede la expresión "absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores", con el fin de llamar la atención acerca de lo curioso de la redacción, ya que por un lado, ese numeral constitucional afirma que el ente fiscalizador de la Hacienda Pública "es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa" y por otro lado sostiene lo subrayado. Amén de que el nombramiento del Contralor y del Sub-Contralor lo hace el órgano político denominado Poder Legislativo. Este condicionante político en cuanto al nombramiento de esos dos jefes, de por sí, es importante en el análisis de la estructura y funcionamiento de la Administración Pública. Así, por lo referente a la fase del nombramiento en cuestión, la dependencia con respecto al órgano legislativo es innegable. Pero, a eso se le añade el punto atinente —ya mencionado— de la ejecución del presupuesto del ente contralor por el Poder Ejecutivo; y, la tramitación de la contratación administrativa del ente fiscalizador del erario público, por medio del Ministerio de

(*) (San José: 1967. Mimeografiado). En este año, el autor de este artículo era funcionario de la Contraloría.

Hacienda (o sea, su unidad especializada: la Proveduría Nacional). Aquí observamos la dependencia de la Contraloría con relación al Poder Ejecutivo. Como es obvio se da una doble dependencia del ente Contralor: en relación a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Entonces, cabría hablar de "absoluta independencia funcional y administrativa", como lo hace la Constitución Política? Creemos que la independencia (como casi todas) es de carácter relativo.

Para MURILLO la Contraloría es un ente: *autónomo* porque tiene absoluta independencia funcional; y, *originario*, debido a que fue creado por la Constitución Política [op. cit. Pág. 44].

En otro artículo redactado por el mismo jurista ("*Conveniencia de la autonomía de la Contraloría*") (*), expresa que la Contraloría está supeditada, en el aspecto económico, *totalmente* (el subrayado es nuestro) al Poder Ejecutivo (*id.*, pág. 7). Precizando que en la actualidad, la Asamblea Legislativa aprueba (en definitiva) la parte del Presupuesto Nacional correspondiente a la Contraloría, nombra Contralor y Sub-Contralor y puede removerlos. (*ib.*, pág. 8).

Pero, no sólo se trata de la dificultad que existe en definir cuál es la naturaleza jurídica del ente contralor, sus límites y sus alcances; se trata asimismo, de ubicar adecuadamente la Contraloría dentro de la organización y funcionamiento de la Administración Pública integral. Anté este panorama, de no saberse, "a ciencia cierta" cuál es la naturaleza legal del ente fiscalizador de la Hacienda Pública, es que se comprende lo que MURILLO señala:

"Además, no concebimos una entidad contralora en la plenitud de sus facultades que debe tener, sin contar con personalidad jurídica. En efecto, una institución de tal índole necesita poder establecer demandas judiciales de diversa índole, y responder a las que le establezcan; necesita contar con la capacidad suficiente para contraer obligaciones y adquirir derechos al ejecutar su propio presupuesto" (*ib.*, pág. 8).

Cabalmente, nada de eso puede realizar la Contraloría, a pesar de que la Carta Fundamental indique que el organismo señalado tiene "absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores". Así, pues, esta disposición constitucional es del corte de las que afirman que todos somos iguales ante la ley y otros mitos jurídicos más, que propenden a tender un velo ideológico sobre la realidad socio-económica del país, que lo niega.

Bueno, una vez planteado el punto expuesto de una manera breve, analicemos otro aspecto, de suyo igualmente interesante. Nos referimos a la situación que se da cuando una licitación pública promovida por la Proveduría Nacional, pero cuyo objeto está destinado al uso por la Contraloría (quien es la entidad directamente interesada en dicho concurso) es impugnada por un apelante legitimado para ello. En este caso, la Contraloría sería juez y parte, ya que ella es la inte-

resada en la citada licitación (y quien recomendó la respectiva adjudicación) y a la vez también es la que resuelve las impugnaciones a los actos de selección de contratista público.

En la práctica se han dado dos casos.

Caso primero.

Resolución de las siete horas y cuarenta y cinco minutos del día veintiuno de junio de mil novecientos setenta y dos.

La Contraloría por Resolución de las 14 horas del 31 de mayo de 1972, adjudicó el contrato de 'servicios profesionales en administración de personal', promovido a través del concurso de antecedentes anunciado en *La Gaceta* del 8 de marzo de 1972, a favor de la firma Planes, Asesoría y Adiestramiento S.A.

Esta adjudicación fue impugnada por la firma Promoción y Desarrollo S.A.

Lo que el recurrente alegó fue que dos funcionarios de la firma seleccionada estaban inhabilitados de hecho y de derecho para realizar las tareas a que obliga el contrato en razón de ser funcionarios a tiempo completo de una institución del Estado; y, que los citados funcionarios están cubiertos por las prohibiciones e impedimentos que consigna el artículo 102 de la Ley de Administración Financiera de la República, por cuanto esta disposición prohíbe a los empleados y funcionarios de las instituciones autónomas y semiautónomas la celebración de contratos administrativos con el ente al cual sirven, con la salvedad —lógicamente— del respectivo contrato de trabajo.

Cabe aquí indicar que el concurso de antecedentes carece de recurso administrativo de apelación ante la Contraloría (conforme se verá en la Parte V). Ello implica, entre otras cosas, que sí tiene el recurso administrativo de revocatoria o de reposición, lo cual vino a confirmar la misma Contraloría al dar curso el citado recurso de revocatoria interpuesto ante ella misma por la empresa Promoción y Desarrollo S.A.

La admisión del indicado recurso por la Contraloría significa aspectos de la cuestión relevantes:

1º) Que los concursos de antecedentes promovidos por el ente fiscalizador tienen recurso de revocatoria ante ella. Esto implica que este ente es juez y parte, ya que promueve el concurso y a la vez resuelve dichos recursos. Ahora bien, esta circunstancia es propia de los recursos de revocatoria, pues, éstos se interponen ante el órgano que dictó el acto administrativo correspondiente. La matización sobresaliente que tiene esta situación es que se trata precisamente del ente fiscalizador de la Hacienda Pública.

2º) Se trata del primer caso práctico en que un concurso gestado por la Contraloría se impugna por medio del mencionado recurso.

(*) Publicado en la Revista de la Contraloría General de la República, N° 3, 1967.

3º) Quedó establecido 'jurisprudencialmente' que los concursos de antecedentes, si bien no tienen recurso de apelación ante el superior jerárquico impropio (la Contraloría), sí tienen recurso de revocatoria, aunque se trate de la misma Contraloría, como es obvio.

La Resolución de la entidad fiscalizadora sostuvo que en cuanto a la incompatibilidad del cargo que determinados funcionarios de la firma adjudicataria sirven en una institución del Estado con las obligaciones inherentes al contrato adjudicado, que señala la recurrente, cabe manifestar que es un problema que los adjudicatarios tendrán que resolver oportunamente para cumplir debidamente con sus obligaciones, bien sea renunciando a su cargo remunerado en institución estatal, bien sea obteniendo licencia o vacaciones, o mediante cualquier otra solución ajustada a la ley y al interés de la Contraloría General, bajo pena de incurrir en las responsabilidades consiguientes; de donde que no es lógico establecer apriorísticamente un incumplimiento basado en simples conjeturas o posibilidades de que así ocurra; siendo en consecuencia de rechazo tal argumentación del recurso, al tenor de la redacción del Considerando I de la referida Resolución.

El Considerando II de la indicada Resolución, afirmó que en lo relativo al argumento que se hizo versar sobre el artículo 102 de la L.A.F.A. (Ley de Administración Financiera de la República), la situación de los adjudicatarios no encuadra en la prohibición que el mismo encierra por cuanto no prestan servicios en la Contraloría General como funcionarios regulares de la misma, ni se trata en la especie de un contrato que celebre la institución en la cual prestan sus servicios como asalariados, ni tampoco, se ha argüido ni advertido que concurren las situaciones de parentesco que esa disposición señala, únicos supuestos en los que su participación sería lícita en virtud del texto del mencionado artículo.

Caso segundo.

Este segundo caso práctico se refiere a la apelación interpuesta por la firma Motorizada S.A. contra la adjudicación de la licitación pública N° 5418, promovida por la Proveduría Nacional para la compra de vehículos, y recaída en favor de Purdy Motor S.A.

Tales vehículos estaban destinados a ser usados por la Contraloría, siendo ésta la entidad pública directamente interesada.

Aquí también, se da un interés palpable de la Contraloría en la adquisición de los citados vehículos, ya que los mismos están destinados a servir en ella. Siendo la misma, la entidad que recomendó la adjudicación a la Proveduría Nacional.

La Contraloría le dio curso a esta apelación, con lo cual manifestó tener competencia para conocer de esta clase de recursos, en los cuales es parte directamente interesada. Así, por medio del auto de las 14 horas del 5 de mayo de 1975, cursó audiencia a la Proveduría Nacional y a la firma adjudicataria para que respondieran a los argumentos dados por la recurrente.

Así, los dos vehículos tipo rural fueron impugnados y la Contraloría se mostró competente para resolver dicha apelación. Así, por Resolución de las 14 horas del 16 de mayo de 1975, el ente contralor confirmó el acto de adjudicación efectuado por la Proveduría Nacional en favor de la firma Purdy Motor S.A., debido a un incumplimiento de una cláusula técnica del cartel por parte del recurrente (Cons. III). En este caso, ni la Proveduría Nacional ni Purdy Motor S.A. contestaron la audiencia que se les cursó mediante el auto citado.

Nuestro punto de vista en estos casos de recursos de apelación interpuestos ante la Contraloría, en ocasión de adjudicaciones de licitaciones públicas, en las que ella tiene interés directo, no es lógico que la mencionada entidad conozca y resuelva esos recursos, ya que es juez y parte a la vez. La resolución de esos recursos debería quedar en manos del tribunal contencioso-administrativo, y de acuerdo a un procedimiento sumario. Claro es que en estos ejemplos, si se da una apelación (para agotar la vía administrativa) y la conoce (por esas circunstancias apuntadas) ese tribunal; caso de que —a su vez— se impugne la respectiva resolución dada por este tribunal, se debe recomendar que la correspondiente apelación (en vía jurisdiccional) se presente ante el otro juzgado contencioso-administrativo, con la finalidad de que el juez que conozca el recurso en esta última vía sea distinto del que agotó la vía administrativa.

En fin de cuentas, de lo que se trata es de ponerle atención a la situación con que se da cuando este segundo caso se da en la práctica. El problema está en darle una solución idónea.

A lo anterior se le podría agregar que existe la obligación por parte de la Proveduría Nacional de oír el criterio o la recomendación de la institución interesada en la adjudicación, antes de adjudicar. Pero, esta recomendación se queda ahí: es una mera recomendación. Claro está, que en la mayoría de las veces el Proveedor Nacional sigue la recomendación de la entidad interesada en la licitación pública; pero, bien puede, apartarse de esa recomendación si le parece que es lo correcto. Así las cosas, en el caso que estudiamos, bien hubiere podido la Proveduría Nacional hacer a un lado la recomendación de la Contraloría y haber adjudicado los jeeps, no de Purdy Motor S.A., sino los de la competencia. Por supuesto, que en estos ejemplos, la Proveduría citada debe justificar o razonar su selección ante el ente interesado y demostrarle que no es por capricho que se apartó de la recomendación de éste.

De acuerdo con la información que nos dan las Memorias del Ministerio de Hacienda de 1972 y 1973, la Contraloría realizó 3 y 7 licitaciones públicas —respectivamente— por las sumas (en colones) correspondientes de 86.274.50 y 609.429.75. Nuestro criterio es favorable a la posibilidad que debe tener el administrado de impugnar esas adjudicaciones de los indicados concursos públicos; y, que tales recursos sería conveniente que se pudieran efectuar ante el tribunal contencioso-administrativo, con el fin de agotar la vía administrativa. No hay duda de que estaríamos frente a una situación curiosa, pues se agotaría dicha vía en un tribunal jurisdiccional y no ante un ór-

gano administrativo. Ello encuentra su explicación en la circunstancia de que no parece aceptable que la Contraloría sea juez y parte (en un recurso de apelación) cuando se esté frente a una adjudicación, atada, por el respectivo interesado, de una licitación pública de directo interés para el ente contratador, que es la entidad que resuelve (como jerarca impropio) las impugnaciones a las mencionadas adjudicaciones.

Así expuesta esta circunstancia, ineludiblemente este aspecto debe ser contemplado en la futura ley de contratos del Estado que se ventile en la Asamblea Legislativa; pues, pensar que lo procedente es hacer reformas —tipo “parche”— a la Ley de Administración Financiera de la República (L.A.F.R.), es inconducente en la medida en que se tienen datos e información general y específica de la urgente necesidad de contar con un cuerpo sistemático y articulado de normas referentes a la contratación pública administrativa; y, no, en seguir creyendo que en una ley (como la L.A.F.R.) que regula estructuras concretas del aparato estatal (Tesorería Nacional, la Oficina del Presupuesto, la Contabilidad Nacional y la Proveeduría Nacional), es una normativa en la cual tienen cabida —lógica y funcional— disposiciones legales atinentes a la indicada negociación pública. Por ello estimamos, que lo procedente es tomar los diversos proyectos de ley que se encuentran en la Asamblea Legislativa y formar un solo cuerpo legal (ley de contratos del Estado) con su obligado y respectivo reglamento.

PARTE V

UNA MODALIDAD ESPECIFICA DE LA CONTRATACION PUBLICA ADMINISTRATIVA: EL CONCURSO DE ANTECEDENTES

Una circular es la que regula este concurso. Apareció publicada en *La Gaceta* N° 137 del 18 de julio de 1969.

Tal Circular expresa que de conformidad con el artículo 49 de la L.A.F.R., la contratación de servicios de otras personas que no pertenezcan a la Administración Pública, requiere la aprobación previa (*) y por escrito de la Contraloría General de la República.

Para tal efecto y con el fin de que el Estado seleccione las mejores y más capacitadas personas cuando requiera contratar servicios profesionales, la Contraloría exigirá que se cumplan los requisitos y procedimientos siguientes.

1º) En lo referente a contratos sujetos al concurso.

Se deben perfeccionar, a través de un concurso de antecedentes, los convenios de la Administración Pública para la contratación de servicios profesionales no laborales de carácter extraordinario, y aquellos en que, por su naturaleza el factor precio no constituye un elemento primario para la selección de la oferta más idónea. Quedando exceptuados los contratos para la prestación de servicios médicos, de notariado, y de dirección jurídica profesional en procedimientos administrativos o jurisdiccionales. Añadiéndose que la contratación cuya estimación económica no exceda de ₡ 5.000.00 (cinco mil colones) se tramitarán de acuerdo a las disposiciones internas de la Administración Pública.

2º) En lo concerniente al procedimiento.

El procedimiento del concurso se iniciará con la publicación en el Diario Oficial (*La Gaceta*) de un aviso o cartel, en el que se instará (invitará) a: i) a formular ofertas, plicas o propuestas; a la vez que: ii) se asentarán las bases del concurso. Se trata pues, de un cartel, pliego de condiciones, instructivo o pliego de bases. Este pedirá indicar el precio del servicio (condición abierta o variable),

(*) Técnicamente, "aprobación previa" debe leerse como "autorización", ya que ésta resulta del control ex-ante; y, "aprobación", del control ex-post, como es sabido.

salvo cuando éste estuviere fijado taxativamente —no, en el sentido de 'máximum' o 'mínimum'— en aranceles legales obligatorios. Esto en cuanto a la *primera etapa* del procedimiento.

La *segunda fase* del procedimiento, se refiere a la recepción o recibo de las plicas u ofertas, que se clausura o cierra en la fecha fijada en el aviso de concurso, publicado en *La Gaceta*.

La *tercera etapa*, se inicia cuando las ofertas se abren, procediéndose a su estudio y clasificación, o la finalidad de escoger la mejor plica. La resolución por la cual realicen la adjudicación, debe ser debidamente razonada.

La *cuarta fase* es la de publicación en *La Gaceta* del aviso de adjudicación del concurso.

La *quinta etapa* es la formalización en escritura pública o privada de la adjudicación citada.

El *sexto paso* es el envío de la escritura indicada para su *refrendo* (*) a la Contraloría General. Si esta institución otorga el refrendo, el contrato respectivo es eficaz.

3º) En lo atinente al refrendo del contrato.

El refrendo se da, por parte de la Contraloría, cuando se satisfagan estos requisitos:

- i) que el convenio sea procedente de conformidad con las leyes vigentes;
- ii) que la Administración cuente con partida presupuestaria disponible para realizar el egreso;
- iii) que en el concurso se haya seguido el procedimiento señalado en esta Circular.
- iv) que hayan transcurrido tres días hábiles después de la publicación del aviso de adjudicación, término durante el cual podrán los interesados hacer, ante la Contraloría General de la República, *observaciones* tendientes a la improbación del convenio; y,
- v) que se hayan cumplido las formalidades a que se refiere nuestra Circular del 10 de enero de 1969, publicada en *La Gaceta* del 6 del mismo mes y año, además que se haya acompañado el expediente del concurso.

Esta *Circular* de 1969 manda que toda la Administración Pública debe cumplir con los siguientes requisitos formales para gestio-

nar el refrendo de contratos a que hace referencia el artículo cuarto, inciso g), párrafo segundo, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República;

- 1) será formulada por la Administración contratante. En el caso de que las dos partes fueren entidades estatales, cualquiera de ellas podrá presentarla.
- 2) El contrato administrativo deberá cumplir con todas las formalidades legales, incluyendo impuestos de papel sellado y timbre. En el caso de que el ente estatal estuviere exento del pago de especies fiscales, deberá citarse la ley que otorga la exención. En el supuesto de que se hubiere extendido escritura pública deberá remitirse el respectivo testimonio.
- 3) Se debe remitir copia, debidamente firmada, del contrato para los archivos de la Contraloría General.
- 4) Se debe indicar la estimación que se da a cada uno de los compromisos que la Administración adquiere en el contrato y señalar las partidas presupuestarias con cargo a las cuales se harán los egresos.
- 5) Se debe indicar cuál fue el procedimiento seguido para la perfección del contrato: licitación pública o concurso privado, contratación directa u otro mecanismo de selección de contratista. En el caso de los dos primeros (concurso público o licitación privada), deberá señalarse el número de la licitación y remitirse copia de la oferta correspondiente, en el supuesto de que la misma no hubiere sido ya dirigida a la citada Contraloría. Si se está en el caso de la contratación directa se debe indicar el número y la fecha del Oficio de la Contraloría por el cual se autorizó.

De acuerdo con lo relativo al refrendo del contrato, nos interesa comentar brevemente, el punto iv) del mismo. Nos referimos a las *diligencias de observaciones* que pueden hacer los *interesados* (o, partícipes u oferentes del concurso dado) dentro del plazo de tres días hábiles posteriores a aquel en el cual salió publicado el aviso respectivo de adjudicación en el Diario Oficial. No se trata de un recurso de apelación, sino de diligencias, cuyo objeto son observaciones, presentadas —en ese tiempo— ante la Contraloría, con la finalidad de hacerle ver al ante fiscalizador que se han dado irregularidades en el procedimiento y/o adjudicación del correspondiente concurso de antecedentes, y que de este modo (una vez comprobadas por dicho ente contralor) no se conceda el refrendo solicitado por la Administración. Teniéndose, por tanto, como ineficaz, no pudiendo surtir efecto alguno, aunque sea un contrato perfecto y válido.

En otras palabras, el concurso de antecedentes no tiene recurso de apelación ante la Contraloría. Por supuesto, que sí tiene recurso de revocatoria, que debe entenderse (en vista de no existir normativa para este contrato) que en la vida práctica litigiosa, lo que puede hacer el interesado u oferente, es interponer ante la Admi-

(*) MURILLO, Mauro. *Refrendo de contratos*. (San José: Revista de la Contraloría General de la República. N° 4. 1968. Págs. 23 a 30) Este autor señala que 'refrendar' ha sido entendido, en la práctica, como sinónimo de 'aprobar', y creemos que es la acepción que debe admitirse. A falta de un significado claro y preciso del término, debe estimarse que comprende la posibilidad de revisar cuando menos la legalidad del contrato, cuya eficacia queda supeditada a que la revisión resulte favorable. (*Id.*, pág. 23).

nistración el recurso de revocatoria; y, ante la Contraloría hacer ver las *observaciones* respectivas y en mención con los fines respectivos. Todo lo cual debe hacer dentro de ese lapso de tiempo de tres días hábiles posteriores a aquel en que se publicó el aviso de adjudicación del caso. De este modo, tal oferente tendería no sólo a convertir en ineficaz el convenio (por medio de la *gestión de observaciones* ante la Contraloría), sino que además, orientaría su recurso de reposición hacia la obtención de la Administración, de un acto que revoque la adjudicación efectuada.

Ahora bien, pueden darse estas situaciones.

a) El recurso de reposición interpuesto por el oferente no-seleccionado, prospera; consiguientemente, la Administración revoca el acto de adjudicación que había llevado a efecto. En este ejemplo, caben dos posibilidades: 1ª) que la Administración declare desierto el concurso; pudiendo abrir uno nuevo o renunciar a realizar concurso alguno; 2ª) decide readjudicar el concurso. En este ejemplo, la readjudicación puede incidir sobre el oferente impugnante exitoso o sobre otro competidor.

b) El recurso de reposición o de revocatoria (*) resulta desechado por la Administración. En ese supuesto, el contrato se mantiene válido y perfecto.

c) Queda así, sólo la *gestión de observaciones* ante la Contraloría General.

Estas gestiones no son un recurso en sentido propio, aunque actúan como tal, en cuanto están dirigidas a dar por ineficaz el correspondiente contrato. En nuestro criterio, de acuerdo con la naturaleza y alcance de las observaciones realizadas por el interesado u oferente sujeto a derecho, se puede obtener como resultado de la interposición de dichas observaciones hasta la nulidad de pleno derecho del convenio puesto en cuestión, ya que si las observaciones demuestran que la Administración adjudicó arbitrariamente, el contrato devendría no sólo en ineficaz, sino también en inválido e imperfecto de modo absoluto; es decir, estaríamos de cara a un convenio absolutamente nulo; ya que se probó (de conformidad con el ejemplo que planteamos) que los vicios son graves y merecedores de convertir en nulo de pleno derecho tal negociación.

Así, pues, no debe pensarse que siempre los efectos de las observaciones presentadas ante la Contraloría podrían llegar hasta lograr

la ineficacia del contrato dado. Esto se lograría *prima facie*, ante observaciones que impliquen gravedad no merecedora de una nulidad plena del convenio, ya que sí se comprueban vicios graves, éstos significan *ipso jure* la nulidad plena de la contrata.

Por otra parte, insistimos en que —dentro de las modificaciones imprescindibles e insoslayables de la normativa de la contratación pública administrativa —este concurso de antecedentes debe ser incorporado a la posible y urgente ley general de contratos del Estado, ya que una Circular no es el instrumento legal adecuado para regular esta clase de contratos.

(*) Este recurso de revocatoria, como es sabido, es el recurso administrativo cuya decisión corresponde al mismo órgano de que proviene el acto objeto de impugnación (Jesús GONZALEZ PEREZ, en "*El procedimiento administrativo*", Madrid: Publicaciones Abella, 1964, pág. 830). Este mismo jurista nos informa que este recurso ha recibido diversos nombres, así, por ejemplo: recurso de oposición, de revocación, de reconsideración, de reposición, de revocatoria, etc. (en su obra "*Los recursos administrativos*", Madrid: INBOE—Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2da. ed. 1969, pág. 167, nota 2).

Durante el año de 1973, se presentó un recurso ante el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo, cuyas partes en el litigio eran el *Instituto Costarricense de Electricidad* (I.C.E.) y la firma privada *Astrodata S.A.*, de acuerdo con el expediente N° 56 de tal año. (*)

Frente a la pregunta de si los actos de la Administración que declaran desierto un concurso público tienen apelación ante ese tribunal, dos jueces superiores se pronunciaron tácitamente de modo afirmativo (al darle curso a la impugnación) (Licds. Oscar Francisco González y Jorge Castro Bolaños); mientras, que el criterio negativo, lo sostuvo el Lic. Antonio Biolley Riotti. (**)

El juez superior Biolley dijo que los actos que declaran desierta la adjudicación de una licitación pública, carecen de apelación jurisdiccional. Siendo procedente plantear un recurso de apelación ante esa vía sólo contra los actos, propiamente, de adjudicación, al tenor del artículo 89 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Añadiendo, en su voto salvado, que si el acto que declara desierto el concurso público es arbitrario, el particular puede reclamar jurisdiccionalmente en procura de una indemnización justa, equitativa y acorde con los beneficios que pudo obtener o derivar del fallido concurso; pero, tiene que tener elementos evidentes de razón, justicia y oportunidad que pongan al descubierto la total inconveniencia del acto de declaratoria de desierta la licitación pública promovida, en su oportunidad, por la Administración Pública.

Tal fue el criterio obtenido, en ocasión de la licitación pública, gestionada por el I.C.E., N° 2168 de 1973, que fue declarada desierta.

(*) Por Resolución 1031 de las 10 horas y diez minutos del 7 de agosto de 1974 se plasmó el criterio del Tribunal Superior Contencioso-Administrativo. Esencialmente, lo que esta Resolución afirmó fue que el acto del I.C.E. declarando desierto el concurso público N° 2168 de 1973 demostró ser una actuación razonable y responsable con miras al beneficio de la institución; y, que por tal motivo, ese Tribunal, estimaba que ese acto administrativo estaba bien tomado, al tenor de la redacción del *Considerando* III, que versó sobre el fondo de la cuestión discutida en el juicio.

(**) Este juez superior salvó su voto, razonándolo debidamente, en las Resoluciones N° 353 de las 14 horas del 23 de abril de 1973 y la N° 528 de las 16 horas con 45 minutos del 6 de agosto del mismo año.

En este caso del I.C.E., se da la circunstancia de que esta institución está fuera de la Ley de Administración Financiera de la República (L.A.F.R.), en lo atinente a la materia de recursos, ya que sus actos de adjudicación de licitaciones públicas no tienen apelación ante la Contraloría General de la República. Por este motivo, probablemente, la empresa Astrodata S.A. agotó la vía administrativa ante el I.C.E. (por medio del recurso de revocatoria) y posteriormente se fue a la vía jurisdiccional respectiva impugnando la declaratoria de desierto en mención.

Lo relevante aquí consiste en que la Contraloría General de la República ha venido interpretando la redacción del artículo 100, inciso h): "*De lo resuelto por la Proveeduría Nacional puede apelar el interesado...*", en el sentido de que sólo actos de adjudicación son apelables ante ella y de ninguna manera aquellos que declaran desierto la respectiva licitación pública. (*)

De este modo, la Contraloría no acepta recursos presentados ante ella, orientados a impugnar actos de declaratoria de desierto una licitación pública.

Así, pues, por un lado la Contraloría rechaza tales recursos; y, por otro, en vía jurisdiccional, son aceptados, de acuerdo a esta situación planteada.

Nuestro criterio es que los actos cuestionados no generan derechos subjetivos, sino tan solo un interés legítimamente protegido en lo referente a que toda la actuación propia del concurso público se subordine al Derecho. Claro está (y esto es un problema de prueba) que aquellos actos que hagan la declaratoria citada en condiciones de arbitrariedad demostrable deben ser apelables tanto ante la Contraloría como ante la vía jurisdiccional, por cuanto la acción administrativa debe estar sujeta al Derecho, a la lógica y a las reglas de una sana gestión administrativa. De no pensarse así, se caería —fácilmente— en la salida fácil de permitir que la puerta de declarar desierto el concurso público pueda ser usada en circunstancias injustificadas, irracionales, dolosas, ilegales, arbitrarias, irregulares, etc., perjudicando las finanzas públicas y los recursos de toda índole utilizados para poner en marcha una licitación pública (recordemos que a veces un concurso público dura entre 10 y 12 meses, con todo lo que implica en cuanto a gasto de recursos, integralmente considerados).

Por estas razones es que se debe exigir a la Administración Pública que justifique adecuadamente sus actos de declaratoria de desierto una licitación pública. De esta forma, sabiendo que tales actos pueden ser impugnables ante la Contraloría y en vía jurisdiccional, la

(*) Apud Romero Pérez, págs. 330 a 337.

Administración se cuidaría más al momento de incurrir en esa declaratoria; y, si la hace, piensa muy bien los motivos que dará para llevarla a efecto. Por estos argumentos, estimamos que estos actos deben ser apelables ante la entidad fiscalizadora de la Hacienda Pública, no con el fin de que la Contraloría obligue a la Administración a adjudicar (pues, obviamente, carece de competencia para ello) sino a que sus actos "de desierto un concurso" sea legales, lógicos y en función de una sana gestión pública. Se trata, pues, de un control, por parte del ente contralor —a instancias de un *interesado* legitimado para este efecto— en lo relativo a la regularidad, certeza, justeza y juridicidad de los debatidos actos.

Hace falta una normativa que venga a ponerle claridad a esta cuestión; por el momento, por este medio doctrinal, auspiciamos la tesis de que los indicados actos sean impugnables en las vías mencionadas en bien del Estado de Derecho y de los superiores intereses de la comunidad en punto a contar con una Hacienda Pública lo menos insana que se pueda dentro de lo esperable y posible.

Este Reglamento fue publicado en el Boletín N.º 101 A La Paz el 27 de mayo de 1974, en las páginas 287 y 288.

PARTE VII

COMENTARIO AL REGLAMENTO PARA LA CREACION DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO FINANCIERO DE LA DIRECCION GENERAL DE AVIACION CIVIL

- 1. El presente Reglamento tiene por objeto la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.
- 2. El presente Reglamento tiene por objeto la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.
- 3. El presente Reglamento tiene por objeto la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.
- 4. El presente Reglamento tiene por objeto la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.
- 5. El presente Reglamento tiene por objeto la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.
- 6. El presente Reglamento tiene por objeto la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.
- 7. El presente Reglamento tiene por objeto la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.
- 8. El presente Reglamento tiene por objeto la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.
- 9. El presente Reglamento tiene por objeto la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.
- 10. El presente Reglamento tiene por objeto la creación del Departamento Administrativo Financiero de la Dirección General de Aviación Civil.

Este Reglamento fue publicado en el Alcance N° 193 a *La Gaceta* N° 204 del sábado 26 de octubre de 1974, en las páginas 5461 a 5464.

Su artículo tercero manda que se otorga al citado Departamento las facultades de:

- percibir
- programar
- presupuestar
- controlar
- supervisar
- girar
- distribuir, y
- asignar los ingresos producto de:

a) depósito o cobro de las tarifas, cánones, rentas o derechos provenientes de:

- 1º) Valor de servicios o facilidades aeroportuarias prestados directamente por autoridades de aviación civil y sus representantes; y,
- 2º) los que se prestan por medio de terceros a través de *concesiones* o *contratos de cualquier naturaleza jurídica*, sea los que se originen en actos o negocios jurídicos suscritos entre particulares y el Consejo Técnico de Aviación Civil para el aprovechamiento de áreas de terreno, edificaciones y cualquier espacio disponible, así como de facilidades y derechos otorgados con o sin intervención de las otras dependencias del Poder Ejecutivo, que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 161 de la Ley General de Aviación Civil tenga derecho a ser percibidas por el Consejo.

b) Impuestos que se llegaren a crear en beneficio de la Dirección o del Consejo.

A su vez, el Capítulo V de este Reglamento, titulado: "De la adquisición de bienes muebles y gastos autorizados", señala, en su

artículo 13, que corresponde al Departamento conforme a los presupuestos por programas aprobados por el Consejo Técnico de Aviación Civil y siempre que exceda a lo estipulado en el artículo 16, gestionar ante éste la adquisición de servicios y todo tipo de bienes muebles e inmuebles necesarios para el normal desempeño de las dependencias de la Dirección General. Para ello el Departamento indicará al Consejo con intervención de la Dirección General de Aviación Civil los servicios que se desean obtener, los bienes que necesiten adquirirse, el destino y justificación de lo que se desea adquirir y la partida presupuestaria para cubrir el monto que será invertido en lo que potencialmente se desea negociar.

Así, pues, en primera instancia se nota que el título que lleva el capítulo V, de cita, se queda corto o es incorrecto, ya que debería haberse calificado así:

“De la adquisición de bienes y gastos autorizados”; o, de esta forma:

“De la adquisición de bienes muebles o inmuebles y gastos autorizados”.

Asimismo, vemos como el artículo 13, indica que el Departamento especializado, al proponerse llevar a cabo una negociación debe precisar estos aspectos:

- la partida presupuestaria con que se piensa cubrir pagar la obligación respectiva;
- el objeto de la negociación; y
- el destino y la justificación del contrato administrativo correspondiente.

Termina diciendo el artículo 13 que si el Consejo lo estima necesario, mediante acuerdo firme, aprobará la solicitud que el Departamento en mención le hace, y ordenará su envío a la Proveduría Nacional para los fines consiguientes.

En lo que respecta al artículo 14, éste señala los trámites propios de la contratación administrativa.

El *contrato de obra pública*, lo regula el primer párrafo de ese numeral, cuando manda que el Consejo, a través del indicado Departamento especializado, estará autorizado para efectuar *contrataciones directas* relativas a *obras públicas* hasta por sumas menores de cincuenta mil colones (¢ 50.000,00).

Sobre esta disposición caben hacer las siguientes consideraciones:

- 1ª) Procede la contratación directa para la realización del contrato de obra pública cuando el monto de la negociación sea inferior a cincuenta mil colones. Este procedimiento, ayuno de la licitación o concurso público, tiene la limitación de la citada suma de dinero. Esta cantidad monetaria significa una variante importante a lo que la Ley de Administración Financiera de la República establece sobre el particular. Tal aumento en la cantidad dineraria, tiene su explicación en el hecho de la inflación y en el ajuste de las limi-

taciones —por la suma de dinero— de los medios de contratación administrativa de conformidad con las variaciones globales del mercado de bienes y servicios.

Es muy probable que lo aconsejable sea que se uniformen las limitaciones de suma en materia de esta negociación. Claro está que esto nos lleva al problema que presenta la legislación actual sobre tal negociación, la cual es insuficiente, obsoleta y llena de lagunas. Digamos, nada más, en esta oportunidad que debe promulgarse una Ley General de Contratación Administrativa Pública, su respectivo Reglamento; y, Pliegos de Condiciones Generales y Específicos, al tenor de los correspondientes contratos públicos. Mientras no exista uniformidad en la legislación, los problemas seguirán multiplicándose tanto cualitativa como cuantitativamente. Todo parece indicar que existe una resistencia para que esa legislación moderna y necesaria sea una realidad.

Volviendo al Reglamento que comentamos, agreguemos que como segunda observación se puede decir lo siguiente.

- 2ª) Cuando el monto de la negociación, por motivo del contrato de obra pública, sea superior a los señalados cincuenta mil colones, procede la realización de la licitación pública, de conformidad con la Ley de Administración Financiera de la República (L.A.F.R.), entre otras consecuencias, la de ser apelado el respectivo acto de adjudicación ante la Contraloría General de la República.
- 3ª) De acuerdo con la tendencia que el Estado muestra, en el sentido de aumentar los casos en los que procede la contratación directa; y, en los que la impugnación —ante la Contraloría— de los actos de selección de contratista público, es eliminada (estos casos específicos ya son bastantes y acusan una política estatal —hasta cierto punto— restrictiva y “lesionante” de la licitación pública), se puede indicar que el ámbito de aplicación y de vigencia del concurso público se ve amenazado por la intención inconfesada de los Gobiernos de turno, tendiente a lesionar la licitación pública como el mecanismo de selección de contratista pública más idóneo para efectuar la negociación pública, bajo el pretexto de que el concurso público es lento (se trata de un argumento de “superficie”: lo manifiesto, conspicuo o visible), cuando en el fondo de lo que, presumiblemente, se trata es de la peculiar y cotidiana circunstancia que se presenta en los detentadores del Poder Político Estatal: el posible abuso a que puede dar lugar una legislación muy deficiente, escasos controles efectivos de la Hacienda Pública —en el campo que aquí estudiamos—, los posibles abusos de poder en que pueden incurrir políticos inextrucupulosos cuyo deseo es medrar y enriquecerse con el dinero de la colectividad. En fin, estamos frente a una situación, llena de pocos controles reales y que funcionen, en la cual hay que partir del supuesto de que los empleados, funcionarios estatales son honrados, eficientes, res-

ponsables, con un alto sentido cívico y patriótico, etc., etc. Porque si partimos del supuesto opuesto, en el cual los que trabajan en el Gobierno son todo lo contrario a lo que la eficiencia, la honradez, la responsabilidad demandan, entonces las conclusiones a las que se pueden llegar son muy diferentes a aquellas a las que podríamos llegar si asumimos que los burócratas públicos son poco menos que angelicales. Probablemente, lo cierto de esto (al igual que en otras situaciones semejantes) es que los asalariados del Gobierno no sean ni demonios ni ángeles, sino un híbrido; con lo que abordamos otro tema de mayor calibre y fuste: el de la naturaleza humana. Como se ve fácilmente así podríamos caer en la antropología filosófica, la cual —parece— que está distante de la contratación pública administrativa. Pero, cerremos estas triviales estimaciones diciendo una perogrullada más: el burócrata público, como cualquier ser humano, está (esto sea dicho alegóricamente) entre el demonio y el ángel; entre el mal y el bien; entre lo absolutamente imperfecto y lo rotundamente perfecto.

Ahora bien, no dejemos de indicar que las Leyes, en un sentido global, cabalmente se hacen como mecanismos de *control social*, porque parten del supuesto de que al Hombre hay que “controlarlo” y no se le puede dejar en su “estado de naturaleza”. Es un sentido “*janista*”, por supuesto, la combinación imprecisa y vaga —pero, presente— del “ángel-demonio” que podría encajar dentro de esa composición orgánica del Homo Sapiens.

Retornando a las normas que aquí glosamos, veamos lo que el segundo párrafo del artículo 14 manda.

“Cuando se trate de compra-venta y arrendamientos de otros bienes y servicios, se sujetará, a lo siguiente:”

Es decir, que cuando se trata de contratos públicos cuyo objeto es la compraventa y los arrendamientos, son valederas otras normas jurídicas.

¿Cuáles?

Las que a continuación se expresan.

a) *Contratación directa:*

cuando el valor de lo negociado sea igual o inferior a diez mil colones (¢ 10.000,00).

“Cuando el valor sea igual o inferior a diez mil colones, el acto o negocio jurídico se podrá hacer directamente mediante el control del Departamento y autorización del Consejo”.

b) *Licitación privada:*

procede en los casos en que el objeto licitado esté entre los montos de ¢ 10.000,00 y ¢ 25.000,00.

“Cuando el valor de la operación sea igual e inferior a veinticinco mil colones se hará por licitación privada, recibiendo cotizaciones de por lo menos tres interesados si fuere factible”.

La indicación precisa es ésta:

en el supuesto de que el monto licitado sea superior a diez mil colones e igual a veinticinco mil; ya que si es igual a diez mil, procede la contratación directa, como es obvio.

También se puede agregar que, la licitación o concurso privado se puede llevar a cabo aún con un solo postor, siendo la cantidad mínima de tres oferentes la deseada, pero no la obligada, ya que esto último sería absurdo admitirlo, pues dejaría a la Administración maniatada para negociar cuando se le presenta un solo “aplicante” (portador de una “plica”). Esto lo corrobora el mismo artículo y párrafo *idem.*, cuando usa la expresión “*si fuere factible*”.

c) *Licitación pública:*

en los casos en que el monto licitado sea superior a los ¢ 25.000,00.

“Si el valor es superior a veinticinco mil colones, deberá efectuarse licitación pública a través del Departamento”. Lo que hemos subrayado tiene su sentido: el Departamento tramita la contratación pública, pero quien “verdaderamente contrata” es el Consejo, lógicamente, ya que este Departamento tiene una *competencia delegada* y *no residual*, como es natural iusadministrativamente.

Así, pues, la *licitación pública* es procedente, en cuanto participe el Consejo de marras, de acuerdo a supuestos:

CASOS EN LOS QUE PROCEDE LA LICITACION PUBLICA

<i>tipo de contrato</i>	<i>monto de la negociación</i>
Obra pública	sumas mayores a los ¢ 50.000,00
Compraventa y arrendamientos	sumas mayores a los ¢ 25.000,00

Procedencia de la formalización en escritura pública.

El inciso d) del artículo citado 14, manda que:

“*Toda contratación* por valor mayor a ¢ 10.000,00, deberá formalizarse en *documento público* firmado por el *interesado*, el Presi-

dente o Vicepresidente del Consejo y refrendado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes". (El subrayado es nuestro).

A esta disposición es necesario hacerle algunas observaciones.

En *primer lugar*, digamos que se debe hacer esta distinción. Si la contratación pública se realizó por medio de licitación pública, de acuerdo con tal norma, la misma debe ser refrendada, además de por el Ministro del MOPT, por la Contraloría General de la República. Ya que en los casos en que la adjudicación se formaliza en escritura pública, la misma debe ser remitida a la Contraloría para su refrendo legal; caso opuesto, la adjudicación respectiva no puede surtir efectos jurídicos. Es decir, estaríamos frente a un contrato público ineficaz, —supuestamente—, sea válido y perfecto.

En *segundo lugar*, además, cabe que se esté frente a un caso en el cual la negociación realizada se hubiere hecho mediante la contratación directa o por medio de la licitación privada; y, su monto sea superior a los ₡ 10.000,00. En este ejemplo, cabe la formalización en "documento público" y el refrendo sólo por parte del Ministro citado.

En *tercer lugar*, se sabe que no todo documento público es una escritura pública; pero, que toda escritura pública sí es un documento público. En otras palabras, que la expresión "documento público" que usa el Reglamento es imprecisa e impropia. Debíó decir: "escritura pública".

En *cuarto lugar*, también es impropio el calificativo que hace el Reglamento de cita, de "interesado" el que resultó contratista del Consejo o Administración Pública o Estado, en sentido genérico. No se trata de "interesado" a secas, sino del "contratista".

Por su parte, el artículo 15 manda que el pago de las obligaciones las efectuará el Consejo Técnico de Aviación Civil mediante cheque girado contra su cuenta corriente. Siendo necesario para la validez de tales cheques:

- i) si son pagos inferiores a los cinco mil colones (₡5.000,00), las firmas del Director General de Aviación Civil o quien lo sustituya y del Jefe del Departamento; y,
- ii) si son pagos mayores a los cinco mil colones, las firmas del Presidente o Vice-Presidente del Consejo y del Jefe del Departamento.

Precisando el artículo siguiente, número 16, que toda erogación cuyo monto exceda de cinco mil colones, deberá ser aprobada por Acuerdo del Consejo Técnico de Aviación Civil.

Este Reglamento, según el artículo 35 del mismo, "rige a partir de su publicación".

Ejemplo de una apelación contra un acto "adjudicatorio" del Consejo Técnico de Aviación Civil.

Mediante Resolución de las 14 horas del 7 de marzo de 1974, la Contraloría General de la República, resolvió la apelación presentada contra el acto de selección realizado por el Consejo Técnico de Aviación Civil y recaído en favor de la firma "Niels Enterprisses S.A.". En esta Resolución, la Contraloría afirmó que de acuerdo con la Ley de Aviación Civil N° 5150 de 14 de mayo de 1973 y sus reformas, artículo 10, párrafo II; 89, aparte tercero; 304 y 305, la apelación contra tal acto se debió de presentar ante el Consejo dicho y no ante la citada Contraloría. Motivo por el cual se desechaba el recurso de impugnación interpuesto.

Veamos lo que esos numerales mandan.

Artículo 10, párrafo II:

Son atribuciones del Consejo el otorgamiento, prórroga, suspensión, caducidad, revocación, modificación o cancelación de permisos o concesiones para el funcionamiento de aeródromos, aeropuertos, servicios de despacho aéreo, comunicaciones aeronáuticas, radio ayudas para la navegación aérea y demás instalaciones aeronáuticas y servicios auxiliares de la aeronavegación.

Artículo 89, aparte 3°:

El Consejo podrá otorgar concesiones para la explotación de los servicios que estime convenientes conforme a tarifa, renta o derechos que al efecto indique el respectivo reglamento y mediante el trámite regular de *licitación pública* en los casos que no lo fueran por Certificado de Explotación.

Artículo 301:

Las resoluciones del Consejo y de la Dirección deberán expresar las razones de su fundamento y notificarse a todos los interesados, especialmente a quienes afecte de plano. Los reglamentos aéreos y los acuerdos del Consejo entrarán en vigor cuando ellos lo especifiquen y, a falta de tal indicación, al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial o su notificación a los interesados.

Artículo 302:

Contra las resoluciones de la Dirección podrá pedirse revisión o revocatoria ante ella, dentro de los cinco días posteriores a su notificación, debiendo en todo caso recaer resolución dentro de los cinco días siguientes a su presentación.

Artículo 303:

Dentro de los diez días siguientes a la notificación del rechazo de una revisión o revocatoria, podrá la parte afectada recurrir en apelación ante el Consejo.

Artículo 304:

Los recursos contra las resoluciones del Consejo serán interpuestos ante el mismo, el que caso de admitir el de apelación, citará y emplazará a las partes que hubieren señalado oficina para notificaciones, para que dentro del término de cinco días ocurran ante el superior a hacer valer sus derechos.

Artículo 305:

De las resoluciones que haya dictado el Consejo, conocerá en alzada el Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, quien resolverá definitivamente dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del término del emplazamiento.

— 0 —

Tal es la legislación relativa al caso en cuestión.

Precisamente, en diciembre de 1974, el citado Consejo acordó rescindir el contrato administrativo suscrito con la *supramencionada* adjudicataria con base a un conjunto de motivos que le dieron sustento a su resolución, en cumplimiento del artículo 301, ya transcrito. En *La Gaceta* del 3 de junio de 1975 se declaró desierto el concurso que se había promovido con el fin de contratar la explotación de los servicios de bar y restaurante en el aeropuerto "Juan Santamaría".

Este ejemplo lo hemos traído a nuestro discurso escrito con el fin de ilustrar, por medio de una impugnación ante la Contraloría, el comportamiento real de las normas de comentario.

ACERCA DE LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (*)

*Fernando Bolaños Céspedes (**)*

(*) Trabajo presentado cuando cursaba el primer año profesional de Derecho. (1974).

(**) Estudiante de 2º año de Derecho y 2º de Ciencias Políticas.