

## **COMENTARIOS A LAS REFORMAS A LA NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA<sup>(\*)</sup>**

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez<sup>(\*\*)</sup>*

(Recibido 16/01/07; aceptado 25/06/07)

---

(\*) Documento presentado al VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y a las VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, Colombia 25 al 27 de julio del 2007.

(\*\*) Director Instituto de Investigaciones Jurídicas. Catedrático de Derecho Administrativo y Contratación Pública. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

e-mail: jorgerp10@mail.com; jorger@hotmail.com.

Telfax 00-506 250-1160; 00-506 259-4844

Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

## **RESUMEN**

En este artículo se hace una presentación de las reformas que se le han hecho a la normativa de la contratación administrativa, de acuerdo a los efectos que la normativa de 1996 ha tenido así como de las sentencias de la Sala Constitucional en esta materia.

**Palabras clave:** Compras públicas, bienes servicios, información pública, oferentes, especificaciones técnicas.

## **ABSTRACT**

In this paper presentation of the reformatations is made that have been made to the regulatory scheme of the administrative recruiting, according to the goods that regulatory scheme of 1966 has had as well as of the sentences of the Constitutional Court in this matter.

**Key words:** Government Procurement, goods, services, publish information, suppliers, technical specifications.

## **SUMARIO**

Introducción

Sección primera (Ley de la contratación administrativa)

Sección segunda (Normativa de lo contencioso administrativo)

Bibliografía

## **INTRODUCCIÓN**

Se han realizado reformas a las normas que regulan las compras del Estado o la contratación administrativa en Costa Rica.

Las reformas se hicieron mediante Ley No. 8511 de 16 de mayo del 2006. La Gaceta No. 128 de 4 de julio del 2006.

La pregunta es si estas reformas redundarán en beneficio al interés público.

Se informa que la licitación por registro y restringida, fue cambiada por la licitación abreviada, de tal modo que en los artículos en donde se dice “por registro” o “restringida” hay que leer “abreviada”.

Se incluirá, además, una exposición acerca del artículo 2, inciso a) del Código Procesal Contencioso Administrativo que entrará regir el año 2008, relativo a la materia de la negociación pública.

## **SECCIÓN PRIMERA**

### **LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

*Excepciones, artículo 2 d*

*Queda excluida del procedimiento del concurso la actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no puedan ser sometida a concurso público o no convenga someterla, sea porque solo existe un único proveedor; por razones especiales de seguridad o por otras igualmente calificadas de acuerdo con el reglamento de esta ley.*

En este inciso se prioriza de acuerdo al numerus apertus, indicando como ejemplo un único oferente o razones de seguridad.

*Excepciones, artículo 2 b*

*Queda excluida del procedimiento del concurso la actividad que, por su escasa cuantía, no convenga que sea sometida a los procedimientos ordinarios de concurso, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 27 de esta ley.*

*En estos casos, la Administración cursará invitación por lo menos a tres potenciales proveedores idóneos, si existen, y adjudicará a la oferta de menor precio, sin perjuicio de que se valoren otros factores que se estimen relevantes, lo cual deberá definirse en la invitación.*

*La administración únicamente considerará las ofertas de proveedores a los que haya cursado invitación.*

Aquí lo negociable que se considere de escasa cuantía, puede ser excluido del procedimiento del concurso.

La redacción del párrafo segundo no parece correcta, porque no puede decirse que se adjudicará a la oferta de menor precio, que es seleccionar la plica más barata; para luego, indicar que se pueden tomar en cuenta otros factores además del precio.

La redacción correcta debe ser:

*La Administración cursará invitación por lo menos a tres potenciales proveedores idóneos, si existen; y, adjudicará la oferta, que ponderados todos los factores que la componen, resulte ser la más adecuada a los interés públicos.*

#### *Artículo 2 bis. Autorizaciones*

*Exclúyense de los procedimientos de concurso establecidos en esta Ley, los siguientes supuestos autorizados por la Contraloría General de la República:*

- a) Cuando los bienes, las obras o los servicios, en razón de su gran complejidad o su carácter especializado, solo puedan obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas, de manera que por razones de economía y eficiencia no resulte adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios.*
- b) En los casos en que la administración, habiendo adquirido ya equipo tecnológico, decida adquirir más productos del mismo contratista, por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los equipos tecnológicos que se estén utilizando, teniendo en cuenta si el contrato original satisfizo adecuadamente las necesidades de la administración adjudicadora, si el precio es razonable y, especialmente, si se descartó la existencia de mejores alternativas en el mercado.*

- c) *Otras actividades o casos específicos en los que se acrediten suficientes razones para considerar que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.*

*La solicitud que dirija la administración deberá contener una justificación detallada de las circunstancias que motivan la aplicación de las excepciones establecidas en este artículo, así como el detalle de la forma que se ha previsto para seleccionar contratista.*

*La Contraloría General resolverá la solicitud en el término de diez días hábiles y podrá establecer procedimientos sustitutos a los ordinarios. Asimismo, especificará la vía recursiva que proceda en estos casos, así como los plazos aplicables al trámite respectivo.*

*Las autorizaciones contempladas en este artículo no exoneran a la administración solicitante por los resultados de la contratación, ni por la calificación errónea de las circunstancias que, eventualmente, puedan servir de justificación para la solicitud de excepción de los procedimientos ordinarios de contratación.*

Será la Contraloría General de la República la que autorice estas excepciones al concurso público.

Los aspectos cubiertos en estas excepciones son:

- Obras y servicios de gran complejidad ofrecidos por pocos oferentes
- Equipo tecnológico
- Casos concretos o específicos debidamente razonados

La solicitud respectiva remitida a la Contraloría debe contener:

- Justificación idónea de la solicitud
- El método para seleccionar la oferta

La Contraloría, por su parte:

- Resolverá la solicitud dentro de los 10 días hábiles del día en que fue recibida en su despacho

- Indicará la senda de los recursos administrativos pertinentes

Obviamente, la responsabilidad correspondiente recae sobre la Administración y los funcionarios involucrados en esta solicitud.

Artículo 3, régimen jurídico, párrafo cuarto:

*Para el mejor ejercicio de sus potestades de fiscalización en la materia regulada en esta Ley, la Contraloría General de la República podrá requerir el criterio técnico de asesores externos; para ello, estará facultada para recurrir al procedimiento previsto en el inciso b), del artículo 2 de esta Ley, independientemente de la cuantía de la contratación. En caso de que tal requerimiento se formule ante un ente u órgano público, su atención será obligatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República.*

Aquí se establece la facultad de la Contraloría para contratar asesores externos.

Si los asesores externos trabajan en la Administración Pública, obligatoriamente deberán prestar sus servicios, pero la norma no dice que esta prestación sea gratuita. La interpretación que se puede hacer es que como esos agentes públicos reciben salario del Estado, no recibieran paga por esta asesoría. Se trata de una norma controversial, ya que requiere la obligatoriedad de la asesoría.

En los demás casos, la asesoría es pagada de modo claro.

Artículo 4, principios de eficacia y eficiencia:

*Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales.*

*Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior.*

*En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo.*

*Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación.*

*Las regulaciones de los procedimientos deberán desarrollarse a partir de los enunciados de los párrafos anteriores.*

En este numeral observo que se establece el principio *conservatio actus*, el cual señala que en caso de duda se debe interpretar a favor de la conservación o el mantenimiento del respectivo acto administrativo o actuación de la parte privada.

En materia de defectos subsanables se deben tener en cuenta los votos 998-98, 5947-98, 6432-98 y 2659-01.

El primer párrafo del artículo se refiere a los conceptos de eficiencia y eficacia en el marco de la Administración Pública.

Para el sector privado esos conceptos se orientan al logro del beneficio y la ganancia, en el marco de la ecuación costo-beneficio.

Artículo 6, principio de publicidad, párrafo tercero:

*En el primer mes de cada período presupuestario, los órganos y entes sujetos a las regulaciones de esta Ley darán a conocer el programa de adquisiciones proyectado, lo cual no implicará ningún compromiso de contratar. Para tales efectos, podrá recurrirse a la publicación en el Diario Oficial o a otros medios idóneos, tales como la página electrónica oficial del órgano o entidad. De utilizarse medios distintos de la publicación en La Gaceta, el respectivo órgano o entidad por lo menos deberá informar, en el citado diario o en dos diarios de circulación nacional, acerca del medio empleado para dar a conocer su programa de adquisiciones.*

Se establece la obligación de publicar el programa anual de compras.

Esa publicación se podrá hacer en La Gaceta, página web respectiva o en otro periódico nacional.

Artículo 6, principio de publicidad, párrafo quinto:

*En el primer tercio del plazo previsto para el estudio de ofertas o para el trámite de la apelación, la administración o la Contraloría General de la República, en su caso, podrán conceder una audiencia solicitada por algún interesado. De ser concedida esa audiencia o cualquier otra durante el procedimiento de contratación, la administración o la Contraloría deberá poner en conocimiento a las restantes partes o interesados, acerca de su hora, lugar y fecha, por medio de la dirección electrónica o el fax previamente señalados, asimismo, mediante un aviso que se colocará en un lugar accesible al público. En todo caso, de la audiencia se levantará una minuta y se adjuntará al expediente.*

Estamos ante una audiencia previa que la Contraloría o la Administración concede a las partes interesadas. Una vez dada la audiencia, la parte que la pidió puede acudir a ella; igualmente, las otras partes que se han enterado de esa audiencia.

La experiencia mostrará la forma en que se desarrollarán estas audiencias y su funcionalidad real.

En este momento, hago notar que se dejó pasar lo incorrecto de ubicar como **artículo 10**, sumisión a la normativa administrativa, en el capítulo III, derechos y obligaciones de la Administración, sección única, derechos de la Administración, una disposición propia del particular, del oferente y no de la Administración.

Artículo 12 bis.- Nueva contratación.

*Si, una vez ejecutado un contrato, la administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

a) *Que el contratista convenga en ello.*

- b) *Que el nuevo contrato se concluya sobre las mismas bases del precedente.*
- c) *Que el monto del nuevo contrato no sume más del cincuenta por ciento (50%) del contrato anterior.*
- d) *Que no hayan transcurrido más de seis meses desde la recepción provisional del objeto del primer contrato.*

Esta disposición era el numeral 14.5 del reglamento anterior, pero no estaba en la ley de esta materia, por ello esta disposición era ilegal, ya que excedía los límites de un reglamento ejecutivo.

El numeral 201 del actual reglamento manda *que esta modalidad contractual no es aplicable a contratos de obra.*

Artículo 21, verificación de procedimientos, párrafo segundo:

*El reglamento definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta ley, relativo a la suspensión sin goce de salario hasta por tres meses.*

*Artículo 27, determinación del procedimiento de acuerdo a las pautas que aquí se establecen, respecto de los umbrales.*

Lo que ha ocurrido es que estos umbrales se han aumentado en función de la devaluación monetaria.

Artículo 30, modificación del procedimiento en licitación infructuosa.

*Si se produce una licitación pública infructuosa, la administración podrá utilizar en el nuevo concurso el procedimiento de licitación abreviada.*

*Si una licitación abreviada resulta infructuosa, la administración podrá realizar una contratación directa.*

*En los casos anteriormente citados, deberá mediar autorización de la Contraloría General de la República, órgano que dispondrá de un término de diez días hábiles para resolver, previa valoración de las circunstancias que concurrieron para que el negocio resultara infructuoso.*

En el caso de un remate infructuoso, la administración podrá aplicar hasta dos rebajas a la base fijada por el avalúo respectivo, hasta en un veinticinco por ciento (25%) cada vez.

Se cambió la nomenclatura de “licitación por registro “y “restringida”, por el nombre de “licitación abreviada”.

Artículo 32.- Validez, perfeccionamiento y formalización, párrafos 5, 6 y 7.

*La administración estará facultada para readjudicar el negocio, en forma inmediata, cuando el adjudicatario no otorgue la garantía de cumplimiento a plena satisfacción o no comparezca a la formalización del contrato. En tales casos, acreditadas dichas circunstancias en el expediente, el acto de adjudicación inicial se considerará insubsistente, y la administración procederá a la readjudicación, según el orden de calificación respectivo, en un plazo de veinte días hábiles, el cual podrá ser prorrogado hasta por diez días adicionales, siempre que en el expediente se acrediten las razones calificadas que así lo justifican.*

*La Contraloría General de la República deberá resolver la solicitud de refrendo de los contratos, cuando este requisito proceda, dentro de un plazo de veinticinco días hábiles, cuando se trate de licitación pública, y de veinte días hábiles, en los casos restantes.*

*La Administración deberá girar la orden de inicio, dentro del plazo fijado en el cartel y, a falta de estipulación especial, lo hará dentro de los quince días hábiles contados a partir de la notificación del refrendo o de la aprobación interna, según corresponda, salvo resolución motivada en la cual se resuelva extender el plazo por razones calificadas, resolución que deberá emitirse dentro del plazo inicial previsto.*

El quinto párrafo facilita y puntualiza lo relativo a la procedencia de la *readjudicación*.

Por su parte, el párrafo sexto señala lo pertinente en relación al refrendo.

El séptimo párrafo atañe a la *orden de inicio* de la ejecución del contrato respectivo.

Artículo 33.- Garantía de participación.

*La administración estará facultada para solicitar, a los oferentes, una garantía de participación entre un uno por ciento (1%) y un cinco por ciento (5%) del monto de la propuesta, el cual se definirá en el respectivo cartel o pliego de condiciones, de acuerdo con la complejidad del contrato.*

*En los casos en que la administración decida no solicitar la garantía de participación y un oferente retire su propuesta, se procederá conforme a lo previsto en los artículos 99 y 100 de esta Ley.*

Es el artículo 37 del reglamento respectivo el que regula esta caución:

*Cuando lo estime conveniente o necesario para salvaguardar el interés institucional, la Administración podrá solicitar en el cartel o invitación una garantía de participación porcentual entre un 1% y un 5% sobre el monto cotizado o bien un monto fijo en caso que el negocio sea de cuantía inestimable o no le represente erogación.*

Lo relevante de esta disposición es que la garantía o caución de participación la Administración tiene la opción de pedirla o no; es decir, ya no es obligatoria como era antes de esta reforma, sino optativa para el Estado.

En mi criterio esta norma viola el principio constitucional de la intención seria de contratar, el cual quiere decir que el oferente debe garantizarle mediante el depósito de esta garantía que tiene una intención, real, concreta, responsable y seria para entrar en una negociación con la Administración Pública.

Por ello estimo que esta norma viola la Carta Magna en punto a un principio constitucional incluido en la norma 182 de esta Carta.

La Sala Constitucional ya dijo, en referencia a este principio constitucional que:

*Téngase en cuenta que la forma, modo, monto, momento y plazo para presentar la garantía de participación están regulados por las normas positivas de la contratación específica, según las especificaciones del cartel, en tanto su objeto, finalidad o razón de ser, es asegurar*

*o afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado en el pliego de condiciones. Esta garantía avala la solemnidad de la oferta, y como tal, constituye una señal precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato o su no cumplimiento, como medida cautelar de la responsabilidad del oferente. La garantía de participación constituye el presupuesto de la oferta, de manera tal, que sin la primera no puede válidamente legitimarse la oferta ante la administración, a la vez que del mantenimiento de la garantía depende la validez la oferta. En razón de lo anterior, es que, como elemento sustancial de la contratación administrativa, cualquier modificación en la garantía de participación implica una modificación en la oferta (voto 998-98 y resolución de la Contraloría General de la República, CGR, 584-03).*

La propia Contraloría General de la República ha sostenido que esta garantía:

*Es un aval por medio del cual el oferente demuestra la intención seria, responsable y firme de contratar con la Administración. Es mediante ella que se avala la solemnidad de la oferta por parte del oferente; constituyéndose en una señal precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato. La obligatoriedad es una característica de la garantía de participación ya que un presupuesto de la oferta (resolución CGR No. 701- 2002).*

Asimismo, ha dicho la CGR que:

*En relación con la garantía de participación, debemos recordar que su finalidad va encaminada a dar seriedad a la oferta que se presenta ante la Administración, para asegurar que, en caso de resultar adjudicatario, se va a concurrir a rendir la garantía de cumplimiento y a formalizar el respectivo contrato, manteniendo las condiciones planteadas en la plica que le procuraron ganar el concurso, como precio, plazos de entrega, garantías, calidad, etc. (resolución CGR No. 42-2000).*

De conformidad con lo anterior hay que decir que la obligatoriedad de rendir la *garantía de participación* en la contratación administrativa responde a un principio constitucional inserto en el numeral 182 de la Carta Magna, de tal modo que una ley no puede violentar la Constitución, por ser inferior a ella.

Por tal razón la disposición del artículo 33 citado es inconstitucional en cuanto permite que la exigencia por parte de la Administración, en el respectivo cartel, se torne optativa.

Artículo 40.- Uso de medios electrónicos.

*Para realizar los actos previstos en esta Ley, la administración y los particulares podrán utilizar cualquier medio electrónico que garantice la integridad del documento y la identidad del emisor. Estos actos tendrán la misma validez y eficacia jurídica que los realizados por medios físicos.*

*En el Reglamento de esta Ley se definirán los actos susceptibles de transmitirse por medios electrónicos y sus formalidades.*

*Es el capítulo X del reglamento pertinente, artículos 140 a 144 el que regula este campo electrónico.*

Numeral 140 del reglamento: uso de medios electrónicos.

*Los procedimientos de contratación administrativa podrán desarrollarse por medios electrónicos, siempre que la naturaleza de los actos lo permita y sea posible establecer con toda precisión, por medio de registros fidedignos la identificación del emisor y el receptor, la hora, la fecha y el contenido del mensaje. Así mismo deberá cumplirse con lo establecido en la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, Ley No. 8454 y su reglamento.*

*Para tales efectos, la Administración requerirá de los oferentes la indicación de casilleros electrónicos, facsímiles u otros medios telemáticos para dirigir las comunicaciones oficiales.*

Serán susceptibles de transmitirse por medios electrónicos entre otros los siguientes actos:

- *publicidad de los planes de compra;*
- *registro de proveedores;*
- *las invitaciones a participar, la divulgación del cartel, objeciones, modificaciones y aclaraciones,*
- *recibir ofertas y sus aclaraciones, realizar prevenciones para que se subsanen defectos formales trascendentes, así como recibir la subsanación,*

- *comunicar los actos finales del procedimiento como la adjudicación, declaratoria de desierta, fase recursiva,*
- *así como la formalización contractual y su aprobación interna o refrendo, orden de compra o pedido.*

*Todo lo anterior conformará el expediente electrónico.*

*Para ello, podrán utilizarse redes abiertas o cerradas, operando en plataformas de comercio electrónico o mercados digitales de transacciones.*

*La Administración Central de manera obligatoria, y las demás instituciones del Sector Público, que así lo deseen, utilizarán el Sistema de Compras Gubernamentales “CompraRED” para lograr una mayor eficiencia y eficacia en los procedimientos de contratación administrativa, lo anterior de conformidad en lo establecido en el Decreto Ejecutivo 32717-H.*

*La Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, o el órgano competente para ello, ejercerá la rectoría en el uso de medios electrónicos aplicados en materia de contratación administrativa, dictando para ello las políticas y directrices necesarias para su correcta aplicación.*

Artículo 141.- Principios rectores.

*Deberán utilizarse medios electrónicos que garanticen la transparencia; libre competencia; igualdad, libre acceso, integridad, neutralidad, seguridad, consistencia, confidencialidad; y no repudiabilidad de las actuaciones, basados en estándares interoperables, permitir el respaldo de la información y el registro de operaciones desde su origen.*

Artículo 142.- Disponibilidad de la información.

*La información debe estar disponible a través del sitio web de la respectiva Administración, de modo que se garantice el acceso público, con las salvedades de ley. Salvo caso fortuito o fuerza mayor, debe garantizarse la disponibilidad de la información las 24 horas del día.*

Artículo 143.- Libertad de tecnologías y seguridad de la información.

*El sistema que utilice la Administración no deberá contener exigencias propias de tecnologías propiedad de determinados fabricantes. De igual forma no podrá permitir la alteración de los documentos contenidos en dicho sistema.*

Artículo 144.- Reglamentación.

*Toda Administración que realice su actividad contractual, total o parcialmente, por medios electrónicos, deberá contar con un reglamento debidamente publicado en el Diario Oficial La Gaceta.*

*El reglamento deberá normar aspectos tales como los mecanismos de identificación que se aceptarán; la conformación del expediente electrónico que garantice la secuencia, completitud e inalterabilidad de la información; los sistemas de respaldo garantizando su seguridad, conservación y la confidencialidad de las ofertas hasta antes de su apertura y de conformidad con los alcances de la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos y su reglamento.*

*Toda reglamentación deberá ser consultada, de previo a su promulgación, a la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda o al órgano competente para ejercer la rectoría en el uso de medios electrónicos aplicables en materia de contratación administrativa, quien tendrá un plazo de quince días hábiles para emitir el dictamen, cuya recomendaciones no tendrán carácter vinculante.*

La experiencia dirá en el futuro el destino de esta innovación electrónica.

En Chile, por ejemplo, los contratos de servicios y suministros se deben realizar totalmente por medio digital, de acuerdo a *la ley de bases sobre contratos administrativos de suministros y prestación de servicios*, No. 19.886 del 29 de agosto del 2003 y el reglamento respectivo por decreto supremo No. 250 del 24 de setiembre del 2004. Los contratos de obra pública no están incorporados en esta normativa.

El **artículo 42** se refiere a la estructura mínima de la licitación pública, aclarando que habrá un desarrollo reglamentario, respetándose los siguientes criterios mínimos.

Artículo 42 bis.- Adjudicación. (\*)

*El acto de adjudicación deberá ser dictado dentro del plazo establecido en el cartel, que no podrá ser superior al doble del plazo*

*fijado para recibir ofertas. Dicho plazo podrá ser prorrogado por un período igual y por una sola vez, mediante resolución motivada, en la cual se acrediten las razones de interés público que así lo justifiquen.*

*Vencido el plazo señalado en el párrafo anterior sin haberse dictado el acto de adjudicación, los oferentes tendrán derecho a dejar sin efecto su propuesta, así como a que se les devuelva la garantía de participación, sin que les resulte aplicable sanción alguna. Asimismo, los funcionarios responsables del no dictado oportuno del acto de adjudicación, estarán sujetos a las sanciones previstas en los artículos 96 y 96 bis de esta Ley, por incumplimiento general de plazos legales.*

*Para los efectos de la readjudicación o declaratoria de desierto del concurso, derivadas de la anulación del acto de adjudicación, la administración dispondrá de un plazo de un mes, contado a partir del día siguiente a la fecha de la notificación de la resolución respectiva, plazo que podrá ser prorrogado por un mes adicional, en los casos debidamente justificados mediante resolución motivada que deberá constar en el expediente. Vencido este plazo, los funcionarios responsables del no dictado oportuno del acto de adjudicación, estarán igualmente sujetos a las sanciones previstas en los artículos 96 y 96 bis de esta Ley, por incumplimiento general de plazos legales.*

Este numeral implica que:

- La adjudicación tiene que recaer dentro del plazo dado para hacer esa selección. Este plazo puede ser prorrogado una vez, por el mismo período.
- Terminado ese período sin adjudicar, los oferentes pueden retirar su oferta.
- Los agentes públicos responsables por esa omisión de adjudicación, se les aplicará las sanciones de los numerales 96 y 96 bis de esta ley.
- La Administración tiene la potestad de readjudicar, o en su caso, declarar desierto el respectivo concurso.

Artículo 53.- Precalificación

*Cuando lo considere favorable para el mejor escogimiento del contratista, la administración podrá promover una etapa de precalificación, como parte de la licitación pública o de la licitación abreviada, a fin de seleccionar previamente a los participantes, de acuerdo con sus condiciones particulares.*

Este primer párrafo fue reformado, para mandar que la Administración podrá realizar precalificaciones, como una etapa de la licitación pública o de la licitación abreviada.

En general, se puede decir, que existe poca experiencia acumulada en el país relativa a las precalificaciones.

Artículo 55.- Tipos abiertos.

*Los tipos de contratación regulados en este capítulo no excluyen la posibilidad para que, mediante los Reglamentos de esta Ley, se defina cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos ordinarios fijados en esta Ley.*

*Los Reglamentos que se emitan para tales efectos deberán ser consultados previamente a la Contraloría General de la República, a fin de que ésta presente las recomendaciones que estime procedentes, en relación con los aspectos de su competencia. El dictamen del órgano contralor deberá emitirse en un plazo de quince días hábiles y sus recomendaciones no tendrán carácter vinculante.*

Aquí la novedad consiste en que el dictamen contralor no es vinculante u obligatorio para la Administración. La reforma consistió en eliminar la obligatoriedad del criterio contralor hacia la Administración.

Si queda a voluntad de la Administración (porque es criterio contralor no vinculante), para qué sirve esta norma si carece de cumplimiento obligado por parte de la Administración. Se trata de un saludo a la bandera.

Artículo 62.- Límite de la subcontratación

*El contratista no podrá subcontratar por más de un cincuenta por ciento (50%) del total de la obra, salvo autorización previa y expresa de la administración, cuando a juicio de esta última circunstancias muy calificadas así lo justifiquen. Sin embargo, la subcontratación no relevará al contratista de su responsabilidad por la ejecución total de la obra. Asimismo, los subcontratistas estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 22 bis de esta Ley.*

La disposición eliminada decía que se podía subcontratar hasta por un 50% con la autorización de la Administración.

Ahora, se manda que se puede subcontratar por más del 50%, con la autorización de la Administración.

#### Artículo 88.- Fundamentación del recurso

*El recurso de apelación deberá indicar, con precisión, la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alegue como fundamento de la impugnación. Cuando se discrepe de los estudios que sirven de motivo a la administración para adoptar su decisión, el apelante deberá rebatir, en forma razonada, esos antecedentes; para ello, deberá aportar los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados.*

*En los casos en que se apele un acto de readjudicación, la impugnación, únicamente deberá girar contra las actuaciones realizadas con posterioridad a la resolución anulatoria, y cualquier situación que se haya conocido desde que se dictó el acto de adjudicación estará precluida.*

La norma anterior mandaba que el apelante podrá fundamentar su impugnación de ser posible (voluntariamente) por medio de dictámenes y estudios hechos por profesionales calificados para opinar sobre la pericia de que se trate.

Ahora, se eliminó lo de voluntariamente y se manda que el apelante tendrá (es una obligación) que aportar con su recurso los estudios y dictámenes realizados por profesionales calificados.

En este aspecto, es posible que existan polémicas sobre este obligado requisito para presentar el respectivo recurso. La experiencia nos dirá cómo se dan los hechos.

**Nota:** En La Gaceta del lunes 22 de octubre del 2007, se publicó el reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, vigente a partir del primero de enero del 2008.

#### Artículo 1.- Alcance del Reglamento

*El presente Reglamento regula el refrendo de los contratos administrativos que el artículo 184 de la Constitución Política encarga a la Contraloría General de la República, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa.*

*Según los términos de este Reglamento, y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 182 de la Constitución Política, requerirá refrendo la actividad contractual que ejecute la Administración Pública, entendida como el Estado, el sector descentralizado territorial e institucional, las empresas públicas y los entes públicos no estatales cuando su presupuesto se financie en más de un cincuenta por ciento con fondos públicos.*

## Artículo 2.- Naturaleza del refrendo

*El refrendo es un acto de aprobación, por lo que funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo y no como un medio por el cual la Contraloría General de la República pueda anular de forma indirecta el acto de adjudicación ni el contrato administrativo. Por medio del refrendo la Contraloría General de la República examina y verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, en los términos previstos en el artículo 8º de este Reglamento.*

*Cuando la Contraloría General de la República deniegue el refrendo a un contrato administrativo, señalará a la Administración los defectos que deben ser subsanados, enmendados o corregidos para obtener el respectivo refrendo en un eventual trámite futuro.*

*En virtud de que los procedimientos de contratación administrativa y todos los aspectos relativos a la formación y perfección de los contratos administrativos están imbuidos por la celeridad y sumaria de la debida e impostergable atención y satisfacción de las necesidades y requerimientos públicos, el análisis de legalidad que realiza la Contraloría General de la República en el refrendo está sujeto a los principios de eficiencia y eficacia desarrollados en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa y a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública.*

*El refrendo no constituye un procedimiento administrativo destinado a resolver intereses contrapuestos de las partes o de terceros interesados, por lo que las gestiones que con ese propósito se interpongan durante el trámite, serán rechazadas de plano.*

*El refrendo no es un medio por el cual la Contraloría General de la República ejerce las potestades de realizar auditorías y de investigación, reguladas en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica de*

*la Contraloría General de la República. En consecuencia el análisis de legalidad se basa en una revisión del expediente administrativo aportado por la Administración, por lo que se presume la veracidad de la documentación en él incorporada, según el principio de buena fe que rige la actividad contractual pública, todo bajo la responsabilidad de los funcionarios de la Administración encargados de la conformación y remisión del expediente.*

## SECCIÓN SEGUNDA

### 1. Legislación de lo contencioso administrativo en dos países

#### 1.1. Costa Rica

##### 1.1.1. Ley actual

Artículo 2 de la *actual* Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa:

Conocerá también la jurisdicción contencioso-administrativa:

- a) De lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por el Estado y demás entidades de Derecho Público, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

##### *Ley futura*

Código Contencioso administrativo 2008, ley 8508

Artículo 2, a:

*La jurisdicción contencioso-administrativa y civil de hacienda también conocerá lo siguiente:*

- a) *La materia de la contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.*

Este numeral se puede vincular con el numeral 36, c de la ley 8508:

La pretensión administrativa será admisible respecto de los actos *administrativos, ya sean finales, definitivos o de trámite con efecto propio.*

De acuerdo con el acta 5 del miércoles 2 de noviembre del 2004, de la subcomisión de la comisión legislativa permanente de asuntos jurídicos, p. 24, la redacción que tuvo este artículo 2, a, decía:

*También conocerá la jurisdicción contencioso administrativa y civil de hacienda de la materia de contratación administrativa, incluyendo los actos preparatorios susceptibles de impugnación conforme al artículo 36, así como de la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.*

La Procuradora General de la República hizo la observación de que ese numeral citado debía referirse concretamente al artículo 36, c y no a todo el numeral 36 (acta 5, *idem.*, p. 30).

Al final, ese artículo 2-a, quedó sin la referencia al numeral mencionado 36 de la ley 8508 (acta 6, *ibídem*, p. 13).

## **España**

### *1.2.1 Ley de 1956*

*Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa*

*Artículo 3. La jurisdicción contencioso administrativa 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.*

### *1.2.2 Ley actual*

*Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998*

Artículo 2. El orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

- b) *los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas.*

Como puede observarse los textos son similares.

## **2. Alcance del artículo 2, a de la ley 8508**

### *Vida pre-contractual*

El alcance de la norma contenida en el numeral 2 a de la ley aprobada para el 2008, comprende los actos preparatorios con efecto propio, relativos a la contratación administrativa.

Algunos de esos *actos preparatorios con efectos propios*, podrían ser:

- impugnación al cartel, que tiene contemplada la Ley de la contratación administrativa (artículos 81 y 82).
- actos de precalificación de ofertas (Ley de la contratación administrativa, art. 53).

Esta precalificación carece de impugnación en la LCAd., en su carácter de acto propio.

### *2.2. Vida contractual*

La materia de contratación administrativa referida a:

- la adjudicación
- interpretación
- efectos
- extinción

El alcance de esta disposición cubre la materia de la contratación *administrativa cualquiera que sea su naturaleza.*

*Actos preparatorios de efecto propio:* aquellos actos que sin ser inicialmente actos administrativos, se conviertan materialmente en tales, con plena autonomía e incidencia negativa o positiva en las situaciones jurídicas de los administrados (San José: Poder Judicial, Escuela Judicial, Manrique Jiménez Meza et al *El nuevo proceso contencioso administrativo*, 2006, p. 56).

### **3. Posición de la Universidad Nacional, UNA, respecto de este numeral 2, a:**

Esta norma alarga los periodos de tiempo de los procedimientos de selección de contratista público. A la vez que haría imposible la ejecución de los contratos en un plazo razonable (*La Nación*, 26 de febrero del 2006, p. 14 suplemento viva).

De la Administración Pública nacional, esta posición crítica de la UNA fue la única publicada en los medios de comunicación.

Comparto esta preocupación, pues considero que lo que la citada norma establece hará más lentos los procedimientos y bloqueará la consecución final de la selección del contratista público y de la ejecución del respectivo contrato.

Una vez que esta ley 8508 de lo contencioso administrativo se aplique, se verá en la práctica que clase de problemas genera.

### **4. Otras opiniones diversas sobre el artículo 2, a de la ley 8508**

#### *4.1. Paralización de las contrataciones*

Para algunos de los redactores del proyecto de lo contencioso administrativo (luego, ley 8508), la posibilidad de sujetar la firmeza de las adquisiciones públicas a la intervención de un juez, es un imperativo de rango constitucional. Esto no parece ser así, ya que es la propia Constitución, en los artículos 11 y 182, la que establece el mandato de eficiencia en toda forma de actividad pública y en especial en las compras estatales (Rodolfo Saborío, *La Nación*, 5/12/05, opinión).

#### *4.2. La supremacía de la ley*

Se contesta a Rodolfo Saborío, en el sentido de que no solo para algunos de los redactores del proyecto, la posibilidad de sujetar la firmeza de las adquisiciones públicas a la intervención de un juez, es un imperativo de rango constitucional. Es claro que el artículo constitucional 49 rechaza cualquier intento de inmunidad jurisdiccional de la conducta administrativa (...) en toda forma de actividad pública y en especial en las compras estatales, las decisiones que se adopten en ese campo, son susceptibles de ser revisadas en la vía judicial (...) es una exigencia de transparencia y no de discriminación en las compras del Estado y no como obstáculo a su actividad (Aldo Milano, *La Nación*, 28/12/05, opinión).

#### 4.3. *Judicialización de compras públicas*

El artículo 2, a de la ley 8508, dispone que será del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa la materia de la contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica (...). Se abre la puerta para que se pueda entorpecer de una forma completamente irracional los procedimientos de compras públicas (Rodolfo Saborío, proyecto procesal negativo, La Nación, 21/04/06, opinión).

#### 4.4. *Judicialización de contrataciones*

Insiste Saborío en que el Código contencioso administrativo ocasionará un entorpecimiento de las compras públicas, ahora porque se admite impugnar actos preparatorios con efecto propio. Muy a pesar de que entienda que tal interpretación responde a una “literalismo constitucionalero”, lo cierto es que el artículo 49 constitucional rechaza cualquier intento de inmunidad jurisdiccional de la conducta administrativa, lo cual explica lo señalado por el artículo 2, a del código.

(Ernesto Jinesta Lobo, Magistrado et al, proyecto procesal muy positivo, La Nación, 25/04/06, opinión).

### **5. Criterios de Profesores españoles**

#### 5.1. *Dr. Jesús Leguina Villa*

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Alcalá

La ley mantiene el criterio tradicional de incluir en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, como competencia de atribución, las cuestiones que se susciten en relación con los “*contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las administraciones públicas*”.

Con acertado criterio, la ley remite en bloque al conocimiento de este orden jurisdiccional todos los litigios que suscite la contratación

administrativa, eliminando tanto las menciones específicas que de tales cuestiones litigiosas se hacía en el artículo 3, a de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1956 (cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos) como la referencia, hoy ya carente de interés, a la naturaleza y finalidad de tales contratos.

La ley extiende, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa a los actos separables de preparación y adjudicación de los “demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas” (en: Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, bajo la dirección de Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón, pp. 55 y 56, Valladolid, editorial Lex Nova, 1999).

## 5.2. Dr. Jesús González Pérez

Catedrático de Derecho administrativo

Universidad Complutense de Madrid

Respecto de los contratos administrativos, la jurisdicción de los tribunales contencioso administrativos es plena. Cuantas cuestiones deriven de los mismos, cuantos litigios se susciten en relación con ellos, serán conocidos por los tribunales de este orden jurisdiccional. No será admisible la impugnación ante la jurisdicción civil.

La regla general es que para que las cuestiones derivadas de un contrato en que sea parte una Administración Pública queden atribuidas a los tribunales contencioso administrativos, es indispensable que tales contratos sean de naturaleza administrativa (en: Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, Ley 29 del 13 de julio de 1998*, Madrid: Civitas, T. I, pp. 166 y sgts., 1999).

Aunque la lentitud es, sin duda, el más grave de los defectos de que adolece la justicia administrativa, existen otros, determinantes, asimismo, de que el ciudadano español se encuentre sin una protección jurisdiccional eficaz frente a las arbitrariedades de una Administraciones Públicas cada día más gravosas (en: Introducción a la obra dirigida por el Dr. Jesús González Pérez, *La reforma de la jurisdicción contencioso administrativa*, Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, p. 11, 1997).

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Benavides, José Luis. *El contrato estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado* (Bogotá: Universidad del externado de Colombia, 2004).
- Cascante, Wagner; López, Carla; Zúñiga, Alfonso; Rodríguez, Rodrigo. Suplemento especial *La Contratación Administrativa* (San José: Contraloría Universitaria, Universidad de Costa Rica, Boletín Técnico Gestión y Control, julio 2007).
- Campos, Christian (editor). *La Contratación Administrativa y su reglamento* (San José: EUNED, 2007).
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo* (Buenos Aires: LexisNexis, 2005).
- Cassagne, Juan Carlos; Enrique Rivero Ysern. *La contratación pública* (Buenos Aires: Hammurabi-Depalma, 2 tomos, 2007).
- Dussán, Jorge. *Elementos del contrato estatal* (Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005).
- Fernández-Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo. Contratos* (México: Porrúa-UNAM, 2000).
- García de Enterría, Eduardo; Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 2 tomos, 1999).
- Guiridlian Javier. *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras* (Buenos Aires: LexisNexis, 2004).
- Linares, Mario. *El sistema internacional de protección de la inversión de la inversión extranjera y los contratos públicos* (Lima: Grijley, 2006).
- Lucero, Manuel. *La licitación pública* (México: Porrúa, 2004).
- Pérez, Alejandro. *Renegociación de contratos públicos* (Buenos Aires: LexisNexis, 2002).
- Ramos, Daniel. *Licitación pública* (México: Escuela Nacional de Administración Pública, 2004).
- Romero-Pérez. *La contratación administrativa* (San José: EUNED, 2002)  
*Derecho Administrativo* (San José: EUNED, 2002).  
*La contratación pública* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003).
- Contratos públicos y aeropuertos* (San José: Editorial Lex, 1999).
- Santamaría, Juan. *Fundamentos del Derecho Administrativo* (Madrid: editorial Ramón Areces, 1991)