

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE LICITACIÓN PÚBLICA (CASO DEL ICE)

INTRODUCCIÓN: A lo largo del presente informe, se realiza una breve recopilación jurisprudencial en torno al tema de las licitaciones públicas y sus principales presupuestos. De esta forma, se incluyen diversos extractos jurisprudenciales, relativos a las licitaciones públicas efectuadas en el seno del Instituto Costarricense de Electricidad en muy distintas materias. Se abordan diversos temas, como la garantía de participación, la indemnización por un rompimiento unilateral, el régimen jurídico, su naturaleza, etc.

Índice de contenido

1. Jurisprudencia.....	2
a. Garantía de participación en la licitación pública, institución bancaria que incumple con consorcio impresor que desea concursar en licitación pública para confeccionar guías telefónicas	2
b. Naturaleza jurídica de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, para determinar el régimen jurídico aplicable.....	12
c. Actuación arbitraria de la autoridad recurrida, al dejar sin efecto acto de adjudicación de licitación en forma unilateral.	17
d. Licitación de arrendamiento con opción de compra de 600.000 líneas telefónicas inalámbricas.....	18
e. Régimen jurídico, características y naturaleza del acto de adjudicación.....	23
f. Proceso licitatorio, como medio por el cual debe verificarse la contratación administrativa.....	27

DESARROLLO:

1. Jurisprudencia

a. Garantía de participación en la licitación pública, institución bancaria que incumple con consorcio impresor que desea concursar en licitación pública para confeccionar guías telefónicas

[TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL]¹

"IV.- El problema planteado puede resumirse, en lo esencial, así:
a) Las actoras convinieron con el banco demandado la expedición por este último de una garantía de participación, que les era indispensable para participar como oferentes en una licitación pública promovida por el Instituto Costarricense de Electricidad, y pagaron por la prestación de ese servicio; b) La garantía que les extendió el banco resultó no ser idónea para el fin que se proponían las actoras, por lo que la oferta de estas últimas ni siquiera pudo ser considerada por el Instituto; c) Por ello, las actoras piden que se declare el incumplimiento del banco que les suministró la garantía y el resarcimiento de los daños derivados de la citada pérdida de la posibilidad de ser tomadas en cuenta. Daños éstos que puntualizan así: i) el monto que pagaron al banco emisor por la garantía que a la postre resultó inadecuada, con sus intereses, ii) los gastos incurridos en la preparación de la oferta, iii) la suma que habrían podido ganar de haber resultado triunfadoras en la licitación y, iv) el daño moral que dicen haber sufrido. En el orden expuesto se harán los razonamientos del caso.
V.- a) La expedición de la garantía por el banco demandado. Por el lado de las actoras, se tiene a "Publicar, S.A., "Publicar de Panamá, S.A." y "La Nación, S.A.". La primera ha orientado sus actividades a la edición, publicación, distribución y comercialización de guías telefónicas, para lo cual dice contar con tecnología de punta y capacidad instalada suficiente para atender trabajos de alta calidad y en gran cantidad; la segunda, que es subsidiaria de la primera, a su vez afirma que tiene gran experiencia en la edición y publicación de guías telefónicas y, por último, "La Nación, S.A." tiene más de cincuenta años de trayectoria en Costa Rica en labores de edición y publicación de periódicos y otros impresos. Asimismo, que las tres se aliaron para participar en una licitación promovida por el Instituto Costarricense de Electricidad para la publicación de guías telefónicas y otros servicios conexos, con el nombre de "Consortio Publicar-La Nación". En síntesis, que se trata de empresas dedicadas habitualmente a labores de edición, publicación,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

distribución y comercialización de materiales impresos. También, que para el efecto de participar válidamente en la Licitación de comentario, las tres requerían la expedición de una garantía bancaria de participación, en el tanto de un millón de dólares (US \$ 1.000.000,00), moneda de los Estados Unidos de América, que resultaba indispensable para respaldar su oferta en las etapas iniciales del concurso. Tocante al demandado, que "Scotiabank de Costa Rica, S.A." es un banco cuyo giro habitual, como es obvio, es la prestación de servicios bancarios con sujeción al Ordenamiento aplicable a ese tipo de actividades, además de pagados, por lo que su obligación es prestarlos adecuadamente. Así fue como, en el curso de negociaciones para la expedición de la garantía de participación que interesaba a las actoras, "Scotiabank de Costa Rica S.A.", en razón de regulaciones propias de su actividad, formalizó la garantía de participación mediante dos documentos, uno por novecientos mil dólares (US\$ 900.000,00) emitido por él mismo, y otro por cien mil dólares (US\$100.000,00) emitido por "Scotia Mercantile Bank", un banco del exterior corresponsal de "Scotiabank de Costa Rica, S.A.", el cual avaló este último. VI.- Obligación de resultado. Por todo ello, "Scotiabank de Costa Rica, S.A." cobró su respectivo precio o "comisión". O sea, tal y como se ha descrito, para el Tribunal la obligación contraída por "Scotiabank de Costa Rica, S.A." era obviamente una "obligación de resultado", consistente en la expedición de un documento propio de su quehacer bancario habitual que debía servir adecuadamente para el fin propuesto, consistente en ser idóneo para satisfacer los intereses del consorcio comprador del servicio que lo solicitó y lo pagó. O sea, no se trató de un compromiso en que "Scotiabank de Costa Rica" ofreció poner a la disposición de las actoras todos los medios a su alcance para facilitarles la obtención de su objetivo pero sin poder asegurarlo, sino que se obligó a un resultado concreto: expedir una garantía bancaria que fuera idónea para el fin perseguido por las coaccionantes. De ahí que no es de recibo sostener que el deber del banco demandado fuera una "obligación de medios", ya que por tales se entienden, como se sabe, aquéllas en que un deudor se compromete a poner a la disposición del acreedor todos los recursos a su alcance para facilitarle la consecución de su objetivo, pero sin poder asegurarle que en efecto y a la postre, va a lograrlo. La cuestión, como también ya se sabe, es más bien propia de la carga de la prueba relativa al incumplimiento. En las de "resultado", el incumplimiento permite presumir la falta del obligado, por lo que corre por suya demostrar que no pudo cumplir porque se lo impidió caso fortuito, fuerza mayor o el hecho de la otra parte. En las de "medios", más bien toca a la víctima demostrar que el obligado no puso todo su

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

empeño y diligencia en la atención de los intereses del acreedor, es decir, que obró con culpa o con dolo, al punto de que los frustró definitivamente. En la especie, la diferencia es importante porque resulta del giro habitual de las partes que figuraron en el contrato: los interesados en la garantía tienen como quehacer empresarial la edición, publicación, distribución y comercialización de materiales impresos, mientras que el banco llamado a prestarla mediante un precio, tiene como giro habitual, precisamente, la prestación al público de servicios bancarios remunerados que han de ser conformes con el Ordenamiento. Así pues, ni las interesadas en la garantía tenían como actividad habitual la prestación de servicios bancarios, ni el banco que la extendió podía desconocer el conjunto de reglas aplicables al servicio bancario específico que estaba prestando mediante un precio. VII.- Competencia del Tribunal Civil; (b) La garantía extendida resultó inadecuada para el fin propuesto. Culpa concurrente. Una vez que fue presentada la garantía, junto con los demás atestados de interés, ocurrió que la oferta del Consorcio actor ni siquiera fue tomada en cuenta en la Licitación que les interesaba, principalmente porque el "Scotia Mercantile Bank", a la fecha en que extendió la garantía por cien mil dólares (US \$100.000,00), no estaba reconocido como "banco de primer orden" por las autoridades bancarias costarricenses. Tal reconocimiento era indispensable conforme a la legislación aplicable a la Licitación, para que las ofertas fueran por lo menos consideradas. El Tribunal se adelanta a poner de relieve expresamente que se limita sólo a constatar el hecho de que la oferta del consorcio actor ni siquiera fue considerada por el reparo atinente al reconocimiento como "banco de primer orden" de que carecía "Scotia Mercantile Bank", que es lo que aquí interesa. También, que por ello no entra a considerar siquiera lo relativo a si el Instituto licitante obró o no conforme a Derecho al descartar ad portas la oferta del consorcio actor en sede administrativa, ni si del mismo modo estuvo o no correcta la decisión de la Contraloría General de la República que conoció en alzada, siempre en sede administrativa, de una apelación con que las actoras buscaron salvaguardar la corrección de su oferta, porque son temas que escapan a su competencia por la materia. Su examen, por ello, le está vedado bajo pena de nulidad y además resulta de menor entidad dentro del problema aquí planteado. Por ello no es atendible el agravio expresado en esta instancia por la demandada al eludir a suplantación del Tribunal Superior Administrativo, en primer lugar porque la falta de competencia debió discutirse al principio, y no en esta etapa procesal en que cobra vigencia el principio de perpetuidad de la competencia, también denominado indebidamente perpetuidad de la jurisdicción (perpetuatio jurisdictionis) en

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

virtud del cual la parte demandada no puede invocar la falta de competencia, si tácitamente sometió el asunto al juez civil, al no alegarla como excepción previa. En todo caso, las pretensiones que aquí se discuten son eminentemente civiles, pues no se está analizando la garantía, si no las consecuencias patrimoniales del rechazo de esa garantía, o sea del incumplimiento de la obligación que había asumido el Banco accionado. Además las pretensiones dilucidadas no se encuentran en ninguno de los casos que señala el ordinal 97 en relación con el 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Lo que es importante, como se dijo, es que la oferta ni siquiera fue admitida a consideración porque la citada garantía de cien mil dólares (US\$ 100.000,00) no era conforme con el Ordenamiento aplicable a la Licitación. En ese orden de ideas, entonces, para el Tribunal resulta muy poco creíble la afirmación de que los personeros del consorcio actor sabían, desde antes de la expedición de la garantía, que "Scotia Mercantile Bank" no era un "banco de primer orden" reconocido en Costa Rica y, menos todavía, que aún así hubieran aceptado que la garantía se extendiera del modo que se hizo, estando conscientes del peligro tan grande de que su oferta ni siquiera llegare a ser considerada. Así lo ha pretendido "Scotiabank de Costa Rica, S.A." en su descargo. No es verosímil que los actores, empresarios dedicados habitualmente a la edición, publicación, distribución y comercialización de materiales impresos, según se vio, estuvieran dispuestos a arriesgar toda la cuantiosa negociación que aspiraban conseguir sólo por la falta de un requisito de orden bancario, que es una actividad muy diferente de la suya y, por el contrario, muy propia del banco cuyos servicios requirieron, y por los cuales pagaron. También encuentra inadmisibles el Tribunal el argumento, invocado en descargo de la demandada, que por haber participado algunos personeros del consorcio actor en la elaboración de los borradores previos de los documentos que en definitiva expidió el banco, dieron por buena la falta de reconocimiento como "banco de primer orden", ya que esto último es un requisito propio del quehacer bancario que estaba librado a la diligencia del banco demandado, por lo que no era de esperar que lo revisaran también los servidores del consorcio actor, ocupados como estaban en la atención de los múltiples requisitos de otra índole que debía satisfacer la oferta, como compleja, laboriosa y delicada que era. Tampoco es de recibo la tesis, asimismo traída a colación en descargo, de que al gestionar los personeros del consorcio actor ante el Instituto licitante y la Contraloría General de la República para que se tuviera por bien rendida la garantía de participación a pesar del reproche sobre "Scotia Mercantile Bank", con ello implícitamente dieron por bueno lo actuado por el banco

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

accionado. Bien se sabe que el esfuerzo necesario para formalizar una oferta en una licitación pública es complejo y delicado, además de que pone en juego sumas muy cuantiosas, por lo que para el Tribunal es explicable que ante el rechazo inicial se hubiera intentado salvar la negociación mediante alegaciones en sede administrativa con el fin de adjudicarse el concurso, lo que en definitiva no ocurrió. Pero de ello no puede concluirse que con tales alegaciones -se insiste, cuya procedencia el Tribunal ni siquiera entra a calificar- el consorcio accionante hubiera renunciado implícitamente a exigir responsabilidades del banco demandado, porque una renuncia de tal envergadura, por su naturaleza, habría tenido que consignarse de modo expreso o, por lo menos, presunto. Recuérdese que, en Derecho Privado, el silencio no implica otorgamiento o renuncia de derechos, por lo que el consentimiento para ello debe ser expreso o resultar de hechos de que necesariamente se deduzca, lo que no ocurre en la especie porque la simple presentación de la demanda lo descarta. Artículo 1008 del Código Civil. Por las mismas razones, el Tribunal tampoco encuentra que hubiera habido "culpa concurrente" entre las actoras y el banco demandado, como se ha pretendido para atenuar la responsabilidad, por el hecho de que los personeros del consorcio hubieran decidido no continuar la discusión sobre la validez de la garantía en sede jurisdiccional mediante un recurso jerárquico impropio ante el Tribunal Superior respectivo. De esa circunstancia proviene la alegación de que con la inercia de las actoras se impidió al banco demandado haber podido intentar en sede contencioso-administrativa la defensa de la validez de la garantía que extendió. La argumentación no es de recibo tampoco porque, según se explicó, lo que se requirió y se pagó al banco fue la expedición de una "garantía bancaria de participación" que tenía que ser eficaz para participar en una licitación pública, no una "eventual coadyuvancia en sede jurisdiccional para defender la validez" de la garantía de comentario. No queda sino concluir que el banco demandado incumplió gravemente sus deberes contractuales ante el consorcio actor, al extender una garantía bancaria de participación que no fue idónea para el fin que buscaba este último. Fin que, por lo demás, el banco conocía bien y era habitual en su giro. Tales deberes contractuales, como es obvio, resultan de la obligación de ejecución de buena fe de los convenios, con la necesaria lealtad y cooperación hacia la otra parte, mediante el suministro oportuno de la información indispensable para su interés. Artículos 21, 693, 702, 1007, 1008, 1022 y 1023 del mencionado Código Civil. VIII.- c) El resarcimiento de los daños. Debe tenerse por configurado, entonces, un incumplimiento de los deberes contractuales que tenía a su cargo del banco demandado. Incumplimiento que, además, tiene

que calificarse de grave, atendidas las consecuencias tan cuantiosas que produjo en daño de las actoras. Dicho en términos de la distinción reseñada entre "obligaciones de resultado" y "obligaciones de medios", ese incumplimiento permite presumir la responsabilidad del banco, a falta de demostración suya de que ocurrió por caso fortuito, fuerza mayor o por el hecho de las propias actoras, nada de lo cual trajo al debate. Por ello, se perfila la existencia de vínculo causal o de conexidad entre lo actuado por el banco y el perjuicio sufrido por las accionantes, resultante de que por obra de la prestación defectuosa del primero, la oferta de las segundas ni siquiera entró a considerarse por el Instituto licitante. Al efecto, el artículo 702 del Código Civil establece que cuando un deudor convencional falte al cumplimiento de su obligación, en la sustancia o en el modo de lo debido, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de un hecho de éste, de fuerza mayor o de caso fortuito, lo que no es el caso de autos, como acaba de decirse. Resta por examinar, entonces, la procedencia de cada uno de los extremos reclamados, según la puntualización que las actoras formulan en su petitoria, ya anunciada: i) el monto que pagaron al banco emisor de la garantía que a la postre resultó inadecuada, con sus intereses, ii) los gastos incurridos en la preparación de la oferta, iii) la suma que habrían podido ganar de haber resultado triunfadoras en la licitación y, iv) el daño moral que dicen haber sufrido. IX.- c) El resarcimiento del daño. i) El monto pagado por la garantía bancaria y sus intereses. En este particular, las actoras reclaman la devolución de "... a) El monto de la comisión que ... pagaron ... por emitir la garantía de participación, que resultó inhábil para los propósitos contratados.", así como "...b) Los intereses legales sobre el monto de la comisión pagada ..., desde el 6 de agosto de 1999 y hasta la efectiva restitución de esa cantidad " (folio 116). Ese costo, según lo reconoció la demandada, fue de diez mil dólares (\$ 10.000), moneda de los Estados Unidos de América (folio 856), como ya se tuvo por cierto, y además viene concedido en sentencia. La devolución de la comisión pagada es innegable, si se atiende a que fue un desembolso realmente hecho por las actoras y percibido por el banco en concepto de honorarios de la expedición de la garantía de participación que resultó inhábil para el fin propuesto. Los intereses al tipo legal desde el seis de junio de mil novecientos noventa y nueve y hasta su efectivo pago también son procedentes, porque fue en tal fecha que las actoras hicieron el pago, es decir, padecieron el deterioro patrimonial, y fue también en esa misma fecha que la demandada entró a aprovecharse de él, por lo que reúne los caracteres de las llamadas obligaciones dinerarias,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que no requieren de cuantificación al ejecutar el fallo. Artículos 704 y 706 del Código Civil. En ese particular, entonces, la sentencia debe confirmarse, como en efecto se dispone. X.- c) El resarcimiento del daño. ii) Los gastos incurridos en la preparación de la oferta. A este respecto, se pide el pago de "... Ciento noventa y un mil trescientos diecisiete dólares estadounidenses (\$ 191.317,00) ." (folio 116), suma que se tuvo por cierta con base en la prueba que se indica ("Hecho Probado" 22), y además viene concedida en sentencia. Como en el caso anterior, se trata de un desembolso efectivamente realizado por las actoras, con el propósito de formalizar una oferta que les permitiera adjudicarse la Licitación Pública de que se ha dado cuenta, uno de cuyos componentes primordiales era la garantía que resultó inadecuada. De manera que si por el incumplimiento del banco demandado se frustró todo el designio de participar en la licitación para pujar por la adjudicación del negocio, y para poder participar hubo que hacer gastos considerables, tales gastos obviamente entran en la categoría de "consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación", prevista en el artículo 704 del citado Código a propósito de los daños que deben indemnizarse. En ese particular, entonces, la sentencia debe confirmarse también, como en efecto se dispone. XI.- c) El resarcimiento del daño. iii) La suma que habrían podido ganar las actoras. Las actoras reclaman también el pago de "... d) La pérdida del valor de mercado de las sociedades actoras por no haberse considerado su oferta en la Licitación Pública..., en la suma de quince millones novecientos sesenta y ocho mil dólares estadounidenses (\$ 15.968.000,00). ", según se lee del folio 116. Tal monto resulta de un documento elaborado por "Publicar, S.A." bajo el nombre de "Evaluación del Negocio en Costa Rica" (folios 76 a 92), cuya conclusión es que "La no consideración de la propuesta de Publicar S.A. para editar las Guías Telefónicas de Costa Rica, cuando los términos de la propuesta económica para el ISE (sic) le daban una clara ventaja competitiva le impidieron consolidar su operación en el mercado centroamericano. Como resultado de ello su potencial de crecimiento se afectó negativamente, reduciendo su valor potencial de mercado.". Agrega que "La cuantificación del impacto sobre el valor de la empresa se realizó empleando varias alternativas metodológicas, utilizadas ampliamente por la banca de inversión. ...", para llegar a un promedio de quince millones novecientos sesenta y ocho mil dólares (\$ 15.968.000), y a la afirmación de que "El impacto para la compañía se puede definir en US\$ 15,97 millones." (folios 90 y 91). El documento de cita fue ofrecido como prueba, y sobre él se pidió evacuar dictamen pericial a fin de determinar si sus conclusiones "...son correctas o son incorrectas, o si deben

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

modificarse y cómo. El mismo perito ... determinará el monto de utilidades netas probables del adjudicatario para el caso de que la licitación ..., hubiera sido adjudicada al Consorcio Publicar-La Nación." (folio 119). El perito Licenciado Nils Avila Montanaro, Contador Público Autorizado, emitió su dictamen (folios 615 a 647) y concluye que "...considero, que el procedimiento utilizado para los cálculos, se ajusta en todo a procedimientos universales de evaluación de proyectos y por tanto la cifra de US\$ 16.019.717,00, (dieciséis millones diecinueve mil setecientos diecisiete dólares moneda de los Estados Unidos de Norte América), corresponde razonablemente monto (sic) de la 'Evaluación del Negocio en Costa Rica'." (folio 638). O sea, incluso admite que el monto es mayor que lo pedido. Aclara más adelante (folio 741), que "... lo único que se analizó en LA EVALUACIÓN DEL NEGOCIO DE COSTA RICA fue la edición por 8 años de las Guías telefónicas de Costa Rica (2001-2008). ...", conforme el tenor de la Licitación Pública que se ha venido comentando. De manera que las sumas dichas corresponden, según el perito, al monto total que por concepto de ganancias habría obtenido el consorcio actor si hubiera resultado vencedor y, por tanto, adjudicatario de la Licitación dicha. Ello, como es obvio, en el supuesto de que efectivamente su oferta hubiera merecido la adjudicación por el Instituto licitante y de que hubiera tenido que realizar en su totalidad el trabajo proyectado, extremos que el Tribunal no puede tener por absolutamente ciertos. No puede tenerlos por absolutamente ciertos porque se trata de un hecho irrepetible y porque no puede entrar a sustituir la decisión de los entes administrativos llamados a resolver el concurso o del órgano jurisdiccional que pudo haberlos calificado en definitiva, por razones de su competencia sobre la materia, ya expuestas. Además, es de tomar en cuenta que cuando se preguntó al perito experto en Contratación Administrativa Licenciado Luis Alberto Rodríguez Astúa específicamente "¿ Qué posibilidades objetivas tenía Consorcio Publicar-La Nación para que se le adjudicara la Licitación Pública... "?", contestó que "... si los expertos del I.C.E. hubiesen considerado que el Consorcio Publicar-La Nación, podía llegar a colocar la misma publicidad o hasta un 23.32% menos de ésta en sus guías, que lo que venía haciendo el otro Consorcio, pues es muy probable que al Consorcio Publicar-La Nación le hubiesen adjudicado la Licitación Ya (sic) que era más rentable. --- Ahora, si los expertos del I.C.E. hubiesen considerado que el Consorcio Publicar-La Nación al no conocer el mercado costarricense sus ventas de publicidad en las guías podrían bajar más de ese 23.32%, probablemente se lo hubiesen adjudicado al Consorcio GTE por ser ésta más rentable. ". Mas específicamente, se le interrogó sobre si un perito podría determinar sin lugar a dudas que las actoras hubieran sido las

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

adjudicatarias de la licitación, y respondió (folio 572): " Sin lugar a dudas o sea contundentemente no es posible, si bien el porcentaje de participación ofrecido por Consorcio Publicar-La Nación era mayor que la del adjudicatario, este último ha sido por muchos años la empresa que produce las páginas amarillas en Costa Rica. De esta forma que el conocimiento y manejo del mercado que tiene esa empresa podría haber convencido al I.C.E. que sus ingresos serían mayores al poder colocar mayor publicidad. " (Los subrayados son del Tribunal). O sea, en este punto la cuestión planteada en realidad no versa sobre un deterioro material real y efectivamente ya causado en el patrimonio de las actoras, lo que sería el concepto tradicional de "daño", sino sobre la eventualidad de haber obtenido una ganancia siempre y cuando el consorcio actor hubiera sido el favorecido en una Licitación, lo cual es propio de los "perjuicios". Se trata, pues, de que las actoras pudieran tener una expectativa, probabilidad, posibilidad o "chance" de obtener ganancias en el futuro, y que tal expectativa se frustró definitivamente por el incumplimiento del banco demandado, no la certeza irrefutable de que habrían tenido tal ganancia. Por ello, los criterios de indemnización no son propiamente los del daño o el perjuicio ciertos y ya ocurridos, en el sentido de procurar repararlos en su totalidad para volver al estado en que se hallaría la víctima como si nunca hubiera ocurrido el hecho dañoso, como es la función que normalmente cumple la responsabilidad civil. Son más bien los propios de indemnizar una conjetura o probabilidad. XII.- c) El resarcimiento del daño. iii) La suma que habrían podido ganar las actoras. Continuación. En la tradición francesa, de que proviene la nuestra, la función reparadora o restauradora de la responsabilidad civil se construyó sobre dos ideas principales, que son, por una parte, la constatación de unos daños y perjuicios ya ocurridos, y por la otra, que son además los directa e inmediatamente causados por el hecho dañoso, a fin de poner término a la espiral interminable de responsabilidades, dado que a una causa original le siguen de ordinario innumerables causas derivadas que, en última instancia, provienen de la primera. El deterioro patrimonial, o "daño" en sentido estricto, plantea un problema relativamente simple, que se resuelve por mera comparación del patrimonio existente antes del hecho dañoso y el que resulta después de éste. Tocante a los perjuicios, la solución es parecida. Al decir de Albaladejo , se trata de indemnizar "... la ganancia o beneficios que se podían anticipar con verosimilitud, según el curso normal de las cosas, o según las circunstancias especiales del caso, en especial, según las medidas y previsiones del caso. " (citado por MONTERO PIÑA, F ., Obligaciones, 2da. ed., s/e, San José, 2000, p. 277). Como

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sostiene Ghestin, "... Para que un perjuicio sea reparable es necesario que sea cierto. ... El perjuicio es evidentemente cierto cuando ya se ha realizado. ... Sin embargo, la jurisprudencia admite la reparación de un perjuicio que es solamente futuro, si su realización es, sin embargo, cierta. ... La jurisprudencia admite igualmente la reparación por la pérdida de una posibilidad. Supongamos, por ejemplo, que un litigante fue vencido en primera instancia. Por ello, pide a su abogado que interponga la respectiva apelación, pero éste por negligencia deja transcurrir el término sin hacerlo. El abogado negligente ha cometido, entonces, una falta. El litigante, ante el superior, habría podido eventualmente ganar el asunto que había perdido antes. Pero no estaba seguro de que los superiores revocaran el fallo de primera instancia. La jurisprudencia, en tal hipótesis, admite la reparación parcial del perjuicio sufrido. Considera que el litigante perdió una posibilidad. Los jueces apreciarán entonces el valor de esta posibilidad. La reparación no podrá ser igual a la cuantía del proceso, porque ello equivaldría a reparar un daño eventual, sino valorando las posibilidades que el litigante tenía de ganar el proceso. ", es decir, mediante una prudente apreciación de los juzgadores. (Lecons de Droit Civil, Montaigne, Bordeaux, 1967, p. 255, traducción libre). Véanse, en el mismo sentido y con parecidos ejemplos, CASTAN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, III, 10a. ed., Reus, Madrid, 1967, p. 191; MAZEAUD, H., L. y J., Lecons de Droit Civil, II, 3ª. ed., Monchrestien, París, 1966, p. 399 y ss.; MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile, I, 6ª. ed., Monchrestien, Paris, 1965, p. 268 y ss. Véanse, también, las Sentencias de la Sala Primera de la Corte números 112, de 14:15 hs. del 15 de julio de 1992, y 61, de 15:20 hs. del 23 de julio de 1997. XIII.- c) El resarcimiento del daño. iii) La suma que habrían podido ganar las actoras. Conclusión. De manera que, en la especie, debe tomarse en cuenta que el consorcio de las actoras, si bien es lo cierto que vio frustrada definitivamente su esperanza legítima de obtener ganancia en el monto que reclama, también lo es que en definitiva no tuvo que realizar el trabajo, con lo que no debió emplear a sus trabajadores ni sus instalaciones físicas, no tuvo que consumir materias primas ni esperar a que transcurriera la totalidad del plazo, para conseguirla efectivamente. Por ello, el Tribunal opta por fijar prudencialmente el monto de la indemnización por concepto de la suma que habrían podido ganar las actoras en la suma de un millón quinientos mil dólares (US-\$1.500.000.00). En ese particular, entonces, habrá de revocarse parcialmente lo dispuesto por el señor Juez, a fin de conceder la indemnización por el extremo dicho en la suma expuesta. XIV.- c) El resarcimiento del daño. iv)

El reclamo de daño moral. También se pide (folio 116), declarar que la demandada "... está obligada a indemnizar a las ... actoras el daño moral sufrido por el incumplimiento del contrato ..., que se estima, conjuntamente para las tres sociedades, en la suma de UN MILLON DE DOLARES. ", lo cual viene denegado por falta de prueba, y es también motivo de alzada (folio 987). La decisión deberá mantenerse porque, en efecto, ninguna demostración hicieron las actoras de que como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento del banco demandado, se hubiera producido un deterioro de su imagen empresarial y, por ello, una disminución apreciable en su volumen de negocios. Bien se sabe que el daño moral "puro" o "subjetivo" lo sufren sólo las personas físicas, por una lesión injustificada en su esfera afectiva, que normalmente se traduce en depresiones, angustias, sobresaltos, tristeza profunda, miedos injustificados y otros trastornos de parecido carácter. Aquí, lo cierto es que se trata de un grupo de sociedades cuyo giro habitual es el negocio editorial en todas sus variantes, por lo que, de haber sufrido algún menoscabo en su prestigio, renombre, o reputación empresarial, a raíz del incumplimiento del banco accionado, tal menoscabo tendría que haber producido una disminución de su volumen de negocios, nada de lo cual se demostró en el debate, tal y como debió hacerse al tenor del artículo 317 del Código Procesal ya citado. En el mundo de los negocios, no es insólito que alguna de las partes de un convenio incumpla lo suyo, y para tal caso existen los medios para restablecer la corrección perdida, de donde resulta que no puede generalizarse la idea de que todo incumplimiento entre empresarios acarrea, automáticamente, daño moral a favor de la parte no incumplidora. Viene de lo explicado, entonces, que lo dispuesto en ese particular por el Juzgado deberá mantenerse."

b. Naturaleza jurídica de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, para determinar el régimen jurídico aplicable

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]²

"V. Con el objeto de analizar los agravios de las partes, procede determinar, por su importancia, la naturaleza de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, para lo cual es conveniente tener como parámetro las sentencias de la Sala Constitucional, jurisprudencia de necesario acatamiento para los tribunales. Mediante sentencia N° 02975 del 23 de marzo de 2004, se expresó: " En el caso de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S.A nos encontramos en un caso típico de una empresa pública-ente privado, es decir, frente a una empresa donde el Estado, a través del Instituto Costarricense de Electricidad, es el socio mayoritario (dueño del 90% de sus acciones), la cual está constituida bajo una figura organizativa

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

del Derecho Privado, es lo que en Derecho Administrativo se ha denominado empresa pública esto en virtud de sus características particulares, a saber se encuentra constituida bajo una figura organizativa de derecho privado (en este caso una sociedad anónima) pero no está organizada bajo un esquema organizativo jurídico-administrativo ni realiza función administrativa, de manera que la CNFL si bien se puede considerar como parte del sector público no forma parte de la Administración Pública por sus características propias. Así las cosas, si bien es cierto la CNFL tiene como estructura jurídica propia del Derecho privado, los fondos que financian su actividad así como el hecho de que coadyuva con la entidad pública (ICE) en la obtención de uno de sus fines, el que a su vez constituye un servicio público esencial razón por la que se le considera parte del sector público para todos sus efectos." VI. El régimen jurídico aplicable, igualmente tema de debate, debe analizarse partiendo del momento en que fue adjudicada la licitación para el Financiamiento, la Construcción y la Puesta en Operación del Proyecto Hidroeléctrico Daniel González, ocurrido mediante el acuerdo del Consejo de Administración del CNFL en sesión N° 1411 del 21 de octubre de 1992, momento en que se perfeccionó la contratación, posteriormente formalizada en el contrato N° 57 P.H. del 22 de enero de 1993. En este momento, los instrumentos por los que se regía la actividad de la CNFL, lo eran el Decreto Ejecutivo N° 7927 de 12 de enero de 1978, publicado en La Gaceta del 6 de febrero del mismo año, Reglamento sobre el Funcionamiento de Empresas Estatales Estructuradas como Sociedades Mercantiles, en el cual se les obligaba, entratándose de contratos que no constituyeran su actividad ordinaria, a reglamentarlos y aquéllos que implicaran una erogación mayor de C100.000.00 deberían seguir los trámites siguientes: " a) deberá informarse por medio de la prensa con indicación expresa del día y hora en que se cierra el recibo de ofertas. b) El plazo entre la publicación y la recepción de ofertas no deberá ser inferior a 30 días si se trata de ejecución de obras y 12 días en otras compras. c) La escogencia deberá quedar debidamente fundamentada." La CNFL promulgó entonces el Reglamento General para la Contratación de Bienes y Servicios de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, Sociedad Anónima, Publicado en La Gaceta N° 47 del 6 de marzo de 1992. En consecuencia, se trata de una contratación, regida por el derecho público, determinado en las normas propias del tipo de sociedades anteriormente descritas. La Ley General de la Administración Pública entró en vigencia el 27 de abril de 1978, pero excluía los procedimientos administrativos contemplados en su libro a los concursos y licitaciones, disponiendo que seguirían rigiéndose por sus normas de procedimientos especiales. (Artículo 367.2. b) y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

3.). Partiendo de lo anteriormente expuesto, el Tribunal discrepa de la opinión del a-quo, en el sentido de que la legislación aplicable lo es la actual Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, ya que la rendición de garantías ocurrió durante la vigencia de éstos, sin reparar que esos trámites tienen su origen en la licitación adjudicada que perfeccionó el concurso. Al respecto el Reglamento de la Contratación Administrativa, vigente al momento de los hechos, Decreto Ejecutivo 7676-H, publicado en el Alcance N° 153 a La Gaceta N° 202 de 26 de octubre de 1997, aplicable supletoriamente al caso en ausencia de disposición propia de los instrumentos del contrato, disponía: "Artículo 220. El contrato administrativo se perfecciona por el acto de adjudicación debidamente publicado o notificado, según corresponda, en cuanto a procedimientos de concurso y por la suscripción del convenio o aceptación en firme de la oferta respecto a contrataciones directas; no obstante, para la firmeza de las adjudicaciones y para la eficacia de los contratos se requiere el cumplimiento de los términos, procedimientos y formalidades que establece el ordenamiento jurídico. " Por lo dicho, tampoco puede compartirse la tesis del representante de la CNFL, en el sentido de que se trata de una negociación regida por el derecho privado. VII. Sobre la aplicación de los principios del debido proceso garantizados en la Constitución Política, artículos 39 y 41, al proceso de contratación administrativa, se deberá examinar, en este caso, si la ejecución de la garantía de calidad y de correcto funcionamiento de las obras y equipo objeto del contrato, vulneraron aquel principio, por violación a los derechos fundamentales de los ciudadanos que aseguran la justicia y la equidad. (Sentencia N°174-90 de la Sala Constitucional de las 15 horas 30 minutos del 23 de noviembre de 1990). En primer término hay que tener en cuenta que en el contrato N° 57, disponía la rendición de las siguientes garantías: 1) Garantía que respalde el buen manejo del anticipo. 2) Garantía de cumplimiento del Contrato, que ampare el cumplimiento de las obligaciones contraídas. "3) Garantía de calidad y correcto funcionamiento, que ampare la calidad y el correcto funcionamiento de las obras y equipos del Contrato, o sea, un millón trescientos setenta y nueve mil doscientos setenta y nueve dólares.(US\$ 1. 379.279). Esta garantía estaría vigente por los doce meses posteriores a la Aceptación Final del Proyecto. Si dentro de este período se presentaban deficiencias en las obras o equipos en garantía, dicha garantía deberá prorrogarse para esas obras y equipos a partir de la solución del problema, y por un período de doce meses por un monto proporcional al valor de la obra o equipos en cuestión." (Cláusula 10). La garantía amparada por la póliza F-0380 fue modificada el 28 de octubre de 1996 así: " El objeto de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la presente garantía partir (sic) del día 01 de noviembre de 1996 es: GARANTIZAR LA CALIDAD, DURABILIDAD Y EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO de las obras ejecutadas en desarrollo del proyecto Daniel Gutiérrez. También (sic) se indica que se prórroga (sic) la vigencia de esta garantía a partir de esta fecha sea del 01 de noviembre de 1996 al 01 de noviembre de 1997, ambos días inclusive. Dejando los demás términos y condiciones sin alteración." Debe notarse en primer término que la garantía dicha es de una índole estipulada expresamente en la contratación que se analiza, de distinta naturaleza de la de participación y de cumplimiento. El otro ángulo sujeto a análisis es si la ejecución de la garantía, fue una decisión sorpresiva y por lo tanto injusta a los intereses de la accionante, apreciación a la que se opone la evidencia documental que obra en autos, en la se refleja que al menos desde el 5 de junio de 1997, la CNFL había advertido al Consorcio accionante de las labores pendientes de realizar y de la necesidad si fuera del caso de la prórroga de la garantías (oficio DPR 79- 97), asunto que quedó transcrito en la Minuta N°10 del 2 de julio de 1997, en la que se recuerda al personero de la Corporación de la necesidad de extender la garantía de calidad y buen funcionamiento en razón de que las labores de reparación excederán el tiempo en que aquélla estaría vigente. También la declaración del testigo Raúl Gerardo Ávila Jones, abunda en manifestaciones en las que afirma haber sostenido conversaciones con el Consorcio actor, previamente al vencimiento del bono de garantía de mantenimiento, con el objeto de conocer si aquél sería renovado, asegurando que se le informó que no lo sería por su monto original, dando fe igualmente de que se mantuvieron conversaciones con representantes de la CNFL ocasionadas por la preocupación de que no se venciera el término de validez de la garantía. Esas evidencias hacen concluir al tribunal en que no hay indefensión ni sorpresa en la ejecución de aquélla, sobre todo tomando también en consideración que poco antes del vencimiento de la garantía F-0380, la accionante solicitó al INS una prórroga de la misma, pero por un monto menor, lo que fue rechazado por la CNFL. Es decir, ante el vencimiento de la garantía, la codemandada no tenía forma de obligarla a prorrogarla, de suerte que un poco antes de su vencimiento, optó por la única solución que entonces tenía, sea su ejecución, lo que no estima este Tribunal como ilegítimo ni contrario al principio constitucional del debido proceso, pues no se violaron derechos fundamentales y el resultado se ajusta a la la justicia y la equidad. En el actual Reglamento de Contratación Administrativa, numeral 16.5, que no estaba vigente al momento de suscribir el contrato pero que puede servir como referencia a la decisión que se comenta, se establece que "Prevenido el contratista, con al menos diez días hábiles de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

anticipación, de la necesidad de prorrogar la vigencia de la garantía de cumplimiento por vencer, y éste no atendiera la prevención, la Administración estará facultada para proceder a la ejecución un día hábil antes de su vencimiento, si no está acreditado en el expediente el debido cumplimiento de la prestación objeto del contrato." VIII. Resueltos los grandes temas de este proceso, debe referirse esta Sección al resto de los agravios expresados por el representante de la CNFL, en ese sentido ha de desecharse el alegato de inadmisibilidad de la demanda por haber sido suscrita la garantía F-380 por compañías distintas al Consorcio actor, alegación que es incierta como fácilmente es comprobable al examinar el bono suscrito, en que aparece claramente el accionante; tampoco este defecto fue alegado en primera instancia por lo que ha de ser desestimado. Los daños y perjuicios tal y como lo expone el personero dicho, han de ser probados y estimados en la litis y sólo su cuantía puede ser relegada para la ejecución de sentencia (Artículo 290, 5) del Código Procesal Civil). IX. En lo tocante a los agravios de la parte accionante, se estiman improcedente los que se refieren a la ausencia del debido proceso en la ejecución de garantías en sede del INS, tal como consta en los hechos tenidos por demostrados y en las razones que el juzgador de instancia expresó, no hay ningún error ni indefensión que pueda evidenciarse, todo lo contrario, dicha institución instruyó el proceso de ejecución y comprobó los incumplimientos que se aducían, únicas obligaciones que le competían; tampoco puede estimarse el agravio que se refiere a que fuera presentada cuando su vencimiento había acaecido, pues consta que lo fue un día hábil antes de aquel plazo y lo que se solicitó posteriormente fue información complementaria útil para la tramitación, pero que no significa la invalidación de su data de presentación. Los restantes agravios no pueden ser considerados, pues establecida la procedencia de la ejecución de las garantías formulada por la CNFL, su validez jurídica y los actos del instituto asegurador, no resulta procedente analizar la conexión, ni el alegado efecto que la anulación de las primeras produce sobre las segundas. De esta manera debe avalarse el pronunciamiento que declara sin lugar la excepción de falta de legitimación al proceso del ente asegurador, en su condición de pagador de las garantías y admitió la de falta de derecho, por no haberse detectado ninguna irregularidad en el proceso de pago a que lo obligaban la legislación aplicable al caso, demostrado el incumplimiento del Consorcio actor en la obra adjudicada y por ser los bonos de garantía, incondicionales y a primer requerimiento, procedió a ejecutarlos. La inclusión del lucro cesante por la energía no generada a consecuencia del mal funcionamiento de la turbina instalada por demandante, lo estima

esta Sección adecuado por estar este riesgo cubierto por la póliza, tal y como lo determinó el INS, basado en los criterios técnicos adoptados. X. De lo dicho se desprende que el fallo objeto de los recursos ha de ser confirmado en cuanto declaró con lugar la excepción de falta de derecho en relación al Instituto Nacional de Seguros, rechazó la de falta de legitimación pasiva y declaró sin lugar en todos sus extremos la demandada en contra de dicho Instituto. Revocado en cuanto declaró parcialmente con lugar la demanda del consorcio Impsa- Impsa Andina Concreto Sociedad Anónima, para en su lugar denegarla en todos sus extremos, acogiendo la defensa de falta de derecho."

c. Actuación arbitraria de la autoridad recurrida, al dejar sin efecto acto de adjudicación de licitación en forma unilateral

[SALA CONSTITUCIONAL]³

"La revisión oficiosa o anulación con quebranto de los requisitos legales referidos en los considerandos precedentes "sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser la nulidad absoluta evidente y manifiesta" (v. gr. que el dictamen sea desfavorable, que no se recabó el dictamen o que no se abrió un procedimiento administrativo ordinario) es absolutamente nula y hace responsable por los daños y perjuicios provocados tanto a la Administración Pública como al funcionario (artículo 173, párrafo 6°, ibídem). Esa potestad de revisión o anulación de oficio de los actos favorables, le caduca a la Administración Pública interesada y respectiva en el plazo de cuatro años (artículo 173, párrafo 5°, LGAP). Se trata, de un plazo rígido y fatal de caducidad - aceleratorio y perentorio- que no admite interrupciones o suspensiones en aras de la seguridad y certeza jurídicas de los administrados que derivan derechos subjetivos del acto administrativo que se pretende revisar y anular. Bajo esta inteligencia, la apertura del procedimiento administrativo ordinario y la solicitud del dictamen a la Procuraduría o Contraloría Generales de la República no interrumpen o suspenden el plazo.

VII.- En el asunto bajo examen, está debidamente acreditado que al recurrente se le avisó que de acuerdo a la adjudicación de reacomodos realizada, a su representada se le asignó el trabajo de 2500 reacomodos en la zona huetar norte y por ello se le solicitó con urgencia, realizar el depósito de garantía así como enviar copia del mismo. Pese a la existencia de tal acto administrativo de carácter favorable, cuatro días después la Administración decidió anular el trámite de adjudicación realizado ya que presentaba inconveniencias en cuanto al precio cotizado por lo que

la obra sería recotizada. Bajo esta tesitura, la Administración actuó de forma contraria al principio de intangibilidad de los actos propios, puesto que, omitió iniciar el procedimiento ordinario y recabar el dictamen a que se refiere el ordinal 173 de la Ley General de la Administración Pública, o en su defecto, debió de haber acudido al contencioso de lesividad dispuesto en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Al no haber actuado de esta forma y por el contrario, haber comunicado a la amparada que se le había asignado el trabajo y cuatro días después indicarle que el trámite fue anulado, sin duda alguna se ha lesionado con ello los derechos fundamentales de la amparada, específicamente lo dispuesto en el artículo 34 constitucional y por ello se impone declarar con lugar el recurso de amparo interpuesto; razón por la cual deberá la Administración ajustar los procedimientos conforme lo indicado en los considerandos anteriores a fin de restituir a la amparada en el pleno goce de sus derechos."

d. Licitación de arrendamiento con opción de compra de 600.000 líneas telefónicas inalámbricas

[SALA CONSTITUCIONAL]⁴

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público", derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados -bases de datos ficheros-; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

TIPOLOGIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra -fuera- y (b) ad intra -dentro- de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada -uti universi- y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico -uti singuli-. Si bien este último derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado "Del acceso al expediente y sus piezas", Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274, no cabe la menor duda que tiene asidero en el ordinal 30 de la Constitución Política y, por ende, goza de los mecanismos de garantía, tutela y defensa previstos en el texto fundamental (artículo 48 de la Constitución Política) y desarrollados por la ley del rito de esta jurisdicción (ordinales 29 y siguientes). Este corolario se impone al reparar en el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

carácter claramente insuficiente, lento y engorroso del único mecanismo de protección, establecido a nivel infraconstitucional, del derecho de acceso a la información administrativa ad intra de un procedimiento administrativo. En efecto, el numeral 274 de la Ley General de la Administración Pública dispone que contra la resolución que deniegue el conocimiento y acceso a una pieza de un expediente caben los recursos ordinarios previstos por ese cuerpo normativo, esto es, la revocatoria, la apelación y, eventualmente, de tratarse del jerarca, la reposición, sin preverse una vía expedita y célere cuando los recursos sean declarados sin lugar, con lo cual resulta claramente insuficiente al obligar al petente a acudir a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 49 de la Constitución Política), para pretender la nulidad de la resolución que le ha denegado el acceso al expediente administrativo, solución que supone un elevado costo económico y temporal para el agraviado y que resulta, a todas luces, tardía.

DEBIDO PROCESO. La Sala ha tenido sobradas oportunidades para examinar cuáles son los elementos básicos constitutivos del debido proceso constitucional en sede administrativa. Fundamentalmente, a partir de la sentencia número 15-90, de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990 y en repetidos pronunciamientos subsecuentes, se ha dicho que:

"... el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política y por consiguiente el principio del debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental, o como suele llamársele en doctrina, principio de 'bilateralidad de la audiencia' del 'debido proceso legal' o 'principio de contradicción' (...) se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada." "... el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa..."

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Y también:

"...Esta Sala ha señalado los elementos del derecho al debido proceso legal, (ver especialmente la opinión consultiva n° 1739-92), aplicables a cualquier procedimiento sancionatorio o que pueda tener por resultado la pérdida de derechos subjetivos. La Administración debe, en atención al derecho de defensa del administrado: a) Hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna, los hechos que se imputan; b) Permitirle el acceso irrestricto al expediente administrativo; c) Concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa; d) Concederle la audiencia y permitirle aportar toda prueba que considere oportuna para respaldar su defensa; e) Fundamentar las resoluciones que pongan fin al procedimiento; f) Reconocer su derecho a recurrir contra la resolución sancionatoria..." (Sentencia número 5469-95 de las 18:03 hrs. del 4 de octubre de 1995)

CASO CONCRETO. SOBRE EL QUEBRANTO AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA AD INTRA DE UN PROCEDIMIENTO. En la especie, quedó demostrado de forma fehaciente e idónea que el acuerdo tomado en la sesión N° 5570 del 2 de diciembre de 2003, por cuyo medio el Consejo Directivo del Instituto Costarricense de Electricidad dispuso adjudicarle la Licitación Pública N° 7149-T a la oferta presentada por Ericsson y el Banco Centroamericano de Integración Económica, fue adoptado en firme. En efecto, el Presidente Ejecutivo de la entidad recurrida, al rendir el informe bajo fe de juramento (artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), indicó lo siguiente: "Llama la atención que el recurrente consigna que "entendemos" que el acuerdo se tomó en firme, porque tal como lo reconoce el propio recurrente, el 5 de diciembre se publicó el acuerdo de adjudicación en "La Gaceta" (...) de manera que si ya se produjeron actos concretos tendientes a la ejecución del acuerdo, es porque estaba en firme y por tanto debía tener por comprobado la firmeza del acuerdo, máxime que el recurrente tiene amplia experiencia en materia de contratación administrativa con la Institución. Por otro lado, el propio recurrente nos recuerda que la publicación del acuerdo de adjudicación en La Gaceta pone a correr el plazo de apelación ante la Contraloría, entonces ¿cómo se iban a producir estos importantes efectos jurídicos si el acuerdo no estaba firme? (...)" (manifestaciones visibles a folios 24-25), luego agrega lo siguiente: "Reiteramos que cuando el recurrente indica en este hecho que "presumimos" que el acuerdo se tomó en firme, distorsiona la realidad porque la publicación del acuerdo en La Gaceta era una clara indicación de que el acuerdo se tomó en firme (...)" (manifestación visible a folio 27). De otra parte, a folio 18

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

consta la publicación que se hizo del acuerdo adoptado el 2 de diciembre del 2003, siendo que fue publicado en el Alcance No. 59 a la Gaceta No. 235 del viernes 5 de diciembre del 2003, esto es, tres días después. No obstante, que el personero del ente recurrido reconoce la firmeza del acuerdo, trata de distinguir, impropiamente, entre la firmeza del acuerdo de adjudicación y la del acta en la que fue asentado, para lo cual invoca el numeral 56 de la Ley General de la Administración Pública, distinción que no se encuentra establecida en el texto legislativo y que, por tanto, le está vedada a cualquier operador del Derecho. La excusa ofrecida por la administración del ICE (Secretario a.i. del Consejo Directo y el asesor legal) el 11 de diciembre del 2003, la cual se encuentra asentada en el acta notarial de las 9:30 hrs. de ese día (visible a folio 16), en el sentido que se le podría brindar copia de las actas requeridas hasta que quedara en firme el acta del 9 de diciembre, sesión número 5.572, del Consejo Directivo del ICE, lo que ocurriría el 17 de diciembre, resulta, a todas luces, inadmisibles. Del mismo modo, tampoco es de recibo el descargo formulado por el representante del ICE cuando desdobra, de forma impropia, la firmeza del acuerdo y del acta contentiva de éste, en el sentido que había que esperar a que el acta de la sesión fuera confeccionada, adquiriera firmeza y fuere firmada por los miembros del Consejo Directivo. En suma, si el acuerdo de adjudicación quedó en firme al ser adoptado, tanto es así que fue publicado tres días después, se le debió brindar un acceso inmediato y expedito a los personeros de la empresa recurrente, habida cuenta de su especial condición de parte interesada en el procedimiento de contratación -licitación pública-, en su condición de oferente, y de los principios de profunda raigambre constitucional que informan éste como lo son el de publicidad y transparencia. La circunstancia de haberle denegado a la empresa gestionante el acceso inmediato y expedito al acuerdo de adjudicación, quebrantó palmariamente el derecho de acceso a la información administrativa, en su vertiente ad intra de un procedimiento administrativo, que posee esa persona jurídica. Lo anterior, aunque con posterioridad a la interposición del amparo -16 de diciembre del 2003- la administración hubiere atendido la solicitud de acceso a las actas donde se asentó el acuerdo de adjudicación de marras. Por lo anterior, se impone, en cuanto a este extremo se refiere, declarar con lugar el recurso de amparo interpuesto con las consecuencias de ley.

SOBRE LA INFRACCIÓN AL DEBIDO PROCESO. La empresa promovente aduce que la denegatoria del acceso a las actas le impidió, al estar corriendo los plazos de impugnación por haberse publicado el acuerdo de adjudicación, confeccionar un recurso en forma debida

con garantía del derecho de defensa. Sobre este particular, es preciso recordar que la Ley General de la Administración Pública en su numeral 259, párrafo 1º, dispone que los plazos podrá suspenderse por fuerza mayor, de oficio o a instancia de parte, siendo que el párrafo 4º preceptúa que "Se reputará fuerza mayor la negativa o el obstáculo opuesto por la Administración al examen del expediente por el administrado, si lo han impedido total o parcialmente, fuera de los casos previstos en el artículo 273. En esta hipótesis se repondrán los términos hasta el momento en que se produjo la negativa o el obstáculo". Se trata de una norma sabia y acertada del legislador que le ofrece a las partes interesadas un mecanismo de protección o tutela frente a la denegatoria de la administración para acceder el expediente administrativo. Como solución de carácter infraconstitucional que es, su infracción debe ser aducida en vía administrativa y, eventualmente, en la jurisdiccional correspondiente. De modo que, a tenor del bloque de legalidad, a la empresa recurrente, en aplicación del texto legal transcrito, el plazo para recurrir no le pudo haber corrido sino a partir del momento en que tuvo efectivo acceso a todas las piezas del expediente del procedimiento licitatorio, incluyendo, desde luego está, las actas en que fueron asentados los acuerdos del Consejo Directivo a través de los cuales se le adjudicó el contrato. Bajo esta inteligencia, el tema de la reposición del plazo para recurrir por mediar una causal de fuerza mayor atípica, al no derivar de un hecho de la naturaleza previsible pero inevitable sino imputable a la actitud contumaz de la administración, al no brindarle acceso a algunas piezas del expediente administrativo, es un extremo que debe plantearse en la vía administrativa o la jurisdiccional correspondiente.

Como corolario de lo expuesto, se impone declarar con lugar el recurso, únicamente, por el quebranto del artículo 30 de la Constitución Política."

e. Régimen jurídico, características y naturaleza del acto de adjudicación

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]⁵

"VII.- DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y DEMAS INSTITUCIONES Y SU REGIMEN JURÍDICO.- La contratación administrativa tiene un régimen especial de regulación, que se sustenta en primer lugar en lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política del que derivan sus principios constitucionales de libre concurrencia, igualdad de trato para todos los oferentes, principio de publicidad, el del equilibrio de intereses,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

formalismo de los procedimientos, principio de legalidad y transparencia de los procedimientos, mutualidad del contrato, seguridad jurídica y control de los procedimientos. En segundo lugar de su desarrollo legislativo, - Ley de la Contratación Administrativa No 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, No 7428 de siete de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro y sus reformas, la Ley de la Administración Financiera de la República, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función Pública, y su Reglamento, el Reglamento de la Ley de la Contratación, el Reglamento para el Refrendo, emitido por la Contraloría General de la República para determinar los diversos procedimientos licitatorios y para regular la competencia para las apelaciones administrativas en los procedimientos licitatorios. El contrato administrativo es un acto de colaboración voluntaria con la Administración Pública, destinado a satisfacer funciones esenciales del Estado, es decir, fines públicos; disfrutando la Administración de prerrogativas que se concretan en facultades de dirección, modificación, resolución, ejecución entre otros, llamadas en doctrina como "cláusulas exorbitantes", y que se fundan o motivan en ese interés público a tutelar. Al respecto al Sala Constitucional en la Sentencia No 6432-98 de las 10:30 horas del 4 de septiembre de 1998 manifestó: "Antes de abordar el examen de la figura jurídica de los reajustes de precios, resulta imprescindible destacar algunos rasgos característicos de la contratación administrativa a los efectos de ubicar correctamente el tema de la acción, para lo cual se debe acudir a la doctrina del Derecho Administrativo, de cuyo estudio resulta: Primero, que es conclusión generalizada tratar la figura del contrato administrativo como distinto del contrato civil, regulado por algunas instituciones que difieren de la sola voluntad de las partes; su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, destinado a satisfacer las exigencias de funciones esenciales del Estado tanto en lo que respecta a la prestación de un servicio, como a la realización de una obra-, es decir, de fines públicos, razón por la que lo esencial del contrato se desplaza de la armonía de intereses entre las partes involucradas, a la consecución del fin de interés público que se persigue; segundo, que es esencial a la diferenciación sustantiva del contrato administrativo, que la Administración goza de prerrogativas que se concretan en facultades (dirección, modificación, resolución, ejecución etc) llamadas cláusulas exorbitantes y que se fundan en el interés público; tercero, del concepto mismo de contrato se deriva la idea de equilibrio de los intereses contrapuestos, por lo que es natural pensar que el vínculo que une a las partes se

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

nutre del principio de justicia conmutativa en cuanto se recibe alguna prestación que debe compensarse con cierta igualdad, o lo que es lo mismo debe existir reciprocidad de intereses; por ello, y como regla general, el contrato administrativo responde al tipo de los contratos que son onerosos (concepto de financiamiento por medio del gasto público), pero a la vez conmutativos (contraprestaciones equivalentes); cuarto, la doctrina reconoce que las prestaciones deben ser equilibradas en dos razones: porque la Administración financia el contrato con gasto público, que tiene un orden especial de origen constitucional (principio de Hacienda Pública), de manera que la obligación debe ser respaldada, necesariamente, con la existencia de fondos suficientes para enfrentarla; y en segundo lugar, porque la formalización del contrato reconoce un valor subjetivo que para cada una de las partes, tiene la prestación de la otra, valor que debe ser íntegramente respetado, sin que sean posibles alteraciones futuras, a menos que medie un nuevo acuerdo entre las partes; quinto, el contrato está sujeto a riesgos y a la aparición de circunstancias no tomadas en cuenta por las partes al momento de la formalización, que afectan, desde luego, el nivel económico originalmente establecido por las partes al acordar las prestaciones, dependiendo el grado de incidencia, usualmente de la complejidad de la relación y de su permanencia en el tiempo; sexto, es vital examinar el origen de las alteraciones que modifiquen la economía del contrato, para definir el tipo de reacción que la Administración deba adoptar para restituir ese nivel, puesto que es jurídicamente posible que se den varias modalidades. Así, cuando las modificaciones corresponden a la acción unilateral de la Administración (hecho del príncipe), o responde a un acto contractual derivado de su facultad modificadora de la relación, es la Administración la que deberá asumir, integral y plenamente, los efectos de sus propias decisiones; cuando las modificaciones en la ejecución contractual surgen de los llamados riesgos comerciales, principalmente por los errores cometidos por el contratista al formular su propuesta, esa conducta no da origen a ninguna indemnización, salvo que haya sido inducido al error por la contraparte, como por ejemplo lo serían la equivocada información suministrada en los documentos del pliego de condiciones (cartel), o un error en el diseño en la obra a construir; y por último, cuando las modificaciones son externas a la voluntad de las partes, como por ejemplo por alteraciones de las condiciones económicas que signifiquen incrementos de los precios y del costo de la mano de obra, y en términos generales a incrementos en los precios que incidan en los costos que integran el valor de la oferta propuesta, debe la Administración asumir el mayor costo; sétimo, el contratante al celebrar el contrato

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

persigue un beneficio, una utilidad, que se calcula, normalmente, no solo sobre la prestación que deberá realizar (suministro, obra, o transportes por ejemplo), sino también sobre el capital que ha de invertir en ello, de manera que al formalizarse la relación, este acto le asegura la obtención del beneficio proyectado y si por razones sobrevinientes o imprevisible, ese beneficio sufre un menoscabo, el contratista tiene el derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, para que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse con el contrato en las condiciones originarias...". VIII.- DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN.- El acto de adjudicación en un concurso público, es un acto administrativo unilateral de efectos bilaterales, por cuanto es dictado por la Administración licitante, en forma unilateral, dentro de un proceso concursal previo de contratación administrativa, en el que selecciona o determina la oferta que estima más conveniente para suplir la necesidad pública que sustenta todo el procedimiento de licitación (en este sentido se manifiesta la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en sentencia No 1205-96), en tanto el fin de toda contratación administrativa es la elección de la propuesta más conveniente para la satisfacción del interés público en beneficio de la colectividad que, por su contenido, genera una relación jurídico-administrativa, en tanto no sólo obliga al administrado, sino también a la Administración misma. Pero la característica más significativa de este acto, es que se trata de un acto declarativo de derechos, pues en virtud de éste, la Administración declara, determina y define quién es el adjudicatario del proceso de contratación Administrativa que ha convocado; por lo que genera obligaciones y derechos para ambas partes: la Administración licitante está obligada a respetar ese acuerdo conforme a lo pactado, en aplicación de los principios que integran la contratación administrativa, puede exigir el cumplimiento de ese acuerdo; y el adjudicatario, tiene el derecho de ejecutar el contrato declarado a su favor, y la obligación de hacerlo en los términos acordados. Por tal motivo, y siendo ese el contenido y efectos del acto de adjudicación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley General de la Administración Pública, su eficacia se da desde su adopción, no a partir de su comunicación; tal y como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional (Ver sentencias de la Sala Constitucional número 2000-10469 de las diez horas con veinte minutos del veinticuatro de noviembre del año dos mil, y la No 2003-05671 de las ocho horas con treinta y siete minutos del veintisiete de junio del año dos mil tres)."

f. Proceso licitatorio, como medio por el cual debe verificarse la contratación administrativa

[SALA CONSTITUCIONAL]⁶

“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para la interposición de la acción de inconstitucionalidad el promovente debe contar con un asunto previo, en el que se invoque la inconstitucionalidad de la norma como medio razonable para amparar el derecho que se estima lesionado. En consecuencia, la eventual declaratoria con lugar de su gestión en esta vía debe generarle al accionante un beneficio en relación con la pretensión que se está discutiendo en el asunto base, sea en sede administrativa o judicial. En el presente caso, estima la Sala que el accionante resulta legitimado en relación con los requisitos que exige la norma de cita, toda vez que en el juicio ordinario que se tramita ante el Juzgado Contencioso Administrativo bajo el expediente N° 97-000-304-163-CA, la Asociación Nacional de Agentes de Seguros cuestiona la autorización conferida por la Contraloría General de la República al Instituto Nacional de Seguros para contratar en forma directa con las agencias comercializadoras de seguros. En virtud de que ese acto se dictó con fundamento en las potestades que le confieren a la Contraloría las normas impugnadas, de lograrse la anulación de estas últimas en virtud de esta acción, ciertamente se produciría un resultado favorable a los intereses que defiende la accionante en el juicio mencionado, cumpliéndose de este modo con los requisitos de admisibilidad establecidos para este tipo de acción judicial.

III. Consideración preliminar. Como se desprende del análisis del expediente, además de los cuestionamientos de constitucionalidad que hace el accionante en relación con las normas impugnadas, plantea una serie de reparos respecto del caso concreto que invoca como asunto previo para la interposición de su recurso, principalmente en cuanto a la alegada infracción a los términos de la Convención Colectiva que cubre a los agentes que trabajan para el Instituto Nacional de Seguros y la valoración que del caso concreto hizo la Contraloría General al conceder su aprobación al INS para contratar directamente con las agencias comercializadoras de seguros. Esos extremos, tanto como la defensa que al respecto esgrimen las autoridades de esa entidad, son ajenos al análisis de constitucionalidad que le corresponde efectuar a esta Sala, siendo el pronunciamiento de fondo sobre el particular competencia de la sede contencioso administrativa, en la que actualmente se tramita el juicio interpuesto por la asociación accionante.

IV. Sobre el fondo. El régimen del artículo 182 de la Constitución

Política. El planteamiento fundamental de la acción sostiene que la intención de llevar al texto constitucional el procedimiento de licitación, fue el de asegurar que todas las compras de bienes y servicios que haga el Estado se realicen mediante un procedimiento de concurso, y de ello deduce -aunque admite que deben existir otras posibilidades- que la contratación directa no está autorizada constitucionalmente. Una apreciación de esa naturaleza se basa en una lectura formalista y literal del texto del referido artículo 182, que no es admisible a la luz de los principios que informan el régimen constitucional en esta materia, así como la satisfacción del interés público en la prestación de los servicios por parte del Estado, posición que ya ha sido desarrollada por esta Sala en numerosos antecedentes jurisprudenciales. Conviene, como primer punto, hacer referencia al sentido y alcances de la citada norma constitucional, siendo particularmente importante el amplio análisis que hace la resolución N° 998-98 de las once horas con treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, que se transcribe en lo conducente:

"V.- EL ARTICULO 182 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Al disponer el artículo 182 de la Constitución Política

"Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo "; desarrolla el principio general que enuncia la primera obligación constitucional en la materia de la contratación administrativa, en virtud del cual, " toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación ", como lo indicó esta Sala en la sentencia número 2101-91, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno, y lo ha reiterado en su jurisprudencia. El propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darle solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los Gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, la sensible reducción de ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial, y en especial, para ponerle fin a la práctica generalizada de " los contratos sin licitación ", que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la Oposición (Acta 164 de la Asamblea Nacional Constituyente), de donde nació la necesidad de consignar el principio en la propia Constitución, como expresamente lo indicó el constituyente Castro Sibaja. Por ello, como lo afirma en su informe la Contraloría General de la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

República y se verifica con el estudio de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, la discusión de la contratación del Estado y la creación y atribución de funciones de la Contraloría General de la República, generó poca discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, dado el consenso nacional de la necesidad de una normativa firme que coadyuvara a solucionar tales problemas. Y es en este sentido que debe entenderse el procedimiento de contratación; es decir, como el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos, constituyéndose, entonces, en principio de orden público derivado de la transcrita norma constitucional, en tanto resulta el " medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración " (sentencia número 1205-96), tal y como lo concibió con anterioridad esta Sala, en sentencia número 3049-94, en la que indicó que la licitación:

"[...] , es un procedimiento de garantía del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados y acrece la posibilidad para la Administración de una mejor selección del contratista. "

Precisamente, es el interés público el principio que da fundamento jurídico al procedimiento de licitación; motivos adicionales, pero complementarios, como el pretender las mejores condiciones técnicas y económicas para la Administración y el garantizar la igualdad de oportunidad para las posibles personas interesadas en contratar con ésta y el promover la más amplia competencia, constituyen la justificación jurídica de la escogencia de la licitación como el medio por el cual debe verificarse la contratación administrativa (...)"

Resulta importante tener presente que esa resolución sienta el principio de que la cobertura de esta norma constitucional comprende toda la actividad contractual de la Administración, de forma tal que la enumeración que se hace de ejecución de obras públicas, compras, ventas o arrendamientos de bienes, no es en modo alguno taxativa, es decir, a manera de numerus clausus , y en consecuencia debe entenderse comprendida toda figura contractual que utilice el Estado en la disposición de los fondos públicos para la adquisición de bienes y servicios en general. Asimismo, la resolución de comentario hace referencia al sistema de principios que informan la contratación administrativa, sistema que posee una trascendencia fundamental, en tanto en virtud del artículo 182 también tienen rango constitucional todos los principios que se derivan de la figura de la licitación, aunque puedan verse matizados según el mecanismo contractual al que se recurra. Sobre

el punto señala esa sentencia:

"Algunos de estos principios que orientan y regulan la licitación son: 1.- de la libre concurrencia , que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece; 2.- de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes , principio complementario del anterior y que dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental; 3.- de publicidad , que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate; 4.- de legalidad o transparencia de los procedimientos , en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política; 5.- de seguridad jurídica , que es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación; 6.- formalismo de los procedimientos licitatorios , en cuanto se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa; de manera que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia; 7.- equilibrio

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de intereses , en tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste; 8.- principio de buena fe , en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro; 8.- de la mutabilidad del contrato , puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar; 9.- de intangibilidad patrimonial , en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólme el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato); y 10.- del control de los procedimientos , principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. De manera que es necesaria, en todo el procedimiento de la contratación administrativa, cuando menos, la verificación de los siguientes controles: el jurídico , para comprobar que ninguna entidad o funcionario realice acto alguno o asuma conductas que transgredan la Ley, realizado mediante la verificación de la existencia previa de recursos económicos; el contable , que es el examen o juzgamiento de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios que tienen a su cargo de la administración de fondos y bienes del Estado, que deriva de la revisión constante y sistemática de todas las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa o la Contraloría, a fin de que los gastos tengan su respaldo financiero y se ajusten a la clasificación establecida, realizado por las oficinas de control de presupuesto y contabilidad de cada ente o

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

institución contratante; el financiero , que consiste en la fiscalización de la correcta percepción de ingresos y de la legalidad del gasto público, de competencia de las propias oficinas financieras de las instituciones, la Tesorería Nacional, la Oficina de Presupuesto, y la Contraloría General de la República; y el control económico o de resultados , que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión, la determinación del cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento óptimo de los recursos, control que se lleva a cabo muy parcialmente por parte de las instituciones y no se ha concebido como un efectivo instrumento para el desarrollo gerencial e institucional."

V.- La contratación directa como excepción de los procedimientos concursales formales. Teniendo presente lo dicho en el considerando anterior, en el sentido de que los principios derivados del artículo 182 constitucional son aplicables a toda la actividad contractual de la Administración, procede hacer referencia a la contratación directa como una de las excepciones al procedimiento de licitación. Así, en sentencia N° 5947-98 de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho se expresó:

"III.- DE LAS EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS. Como se indicó anteriormente, el principio general que rige la contratación administrativa es el que obliga a que la misma se verifique mediante el procedimiento de la licitación pública, y sólo a manera de excepción a esta regla , es que puede justificarse la utilización de los procedimientos de contratación privada, entendiéndose por tales la licitación por registro y la restringida, y la contratación directa, procedimientos que se encuentran regulados en las disposiciones de la Ley de la Contratación Administrativa. Son éstas situaciones expresamente regladas y que resultan acordes con el marco constitucional (principios y control de la contratación administrativa) comentado en el considerando anterior, y que han sido reiteradamente reconocidos por la jurisprudencia constitucional, en tanto, se limita la licitación privada a contrataciones menores; y en cuanto la contratación directa, es una excepción a la licitación en tanto encuentra su fundamentación precisamente en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, ya que procede únicamente en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible para el ente contratante convocar a licitación pública, bajo seria amenaza de ver comprometido el interés público. Se trata de situaciones especiales en las cuales el uso de los procedimientos concursales ordinarios, y más específicamente el de la licitación pública, más

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

bien implicarían un serio entorpecimiento en el cumplimiento del fin público encomendado a la Administración Pública, donde el cumplimiento " per se " de exigencias legales más bien podría traducirse en serias alteraciones al orden institucional establecido en la propia Constitución Política. Situaciones como la adquisición de bienes para la atención de una emergencia o urgencia apremiante, cuando exista un único proveedor en el mercado, cuando se trate de servicios conceptualizados como "actividad ordinaria" de la institución contratante, o de negociaciones en las que se requieran especiales medidas de seguridad y que se encuentran establecidas precisamente en el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, sin que esta afirmación constituya una valoración constitucional de cada uno de los supuestos establecidos en esta disposición, los que deberán ser analizados en su oportunidad. En virtud de lo anterior cabe concluir que efectivamente es posible establecer excepciones a los trámites ordinarios establecidos en la Ley de la Contratación Administrativa derivada del artículo 182 constitucional siempre y cuando se respete el marco constitucional (principios y control), y que resulte razonable y proporcional a los fines de la contratación ". (énfasis agregado)

Por su parte, resulta importante lo dicho en la resolución N° 6754-98 de las quince horas treinta y seis minutos del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, como criterio orientador en cuanto a los límites en la utilización de esta vía de excepción:

"Debe aclararse que la contratación directa no implica la posibilidad de que la Administración contrate de cualquier manera y hasta en forma arbitraria -según su parecer o antojo-, sino que el procedimiento para hacerlo debe ajustarse y respetar los criterios generales que delimitan la validez en su actuación, tal y como se dispone en el artículo 75.2 del Reglamento General de la Contratación Administrativa -Decreto Ejecutivo número 25.038-H de siete de marzo de mil novecientos noventa y seis-, al indicar: "La actividad contractual administrativa excluida legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación, deberá adaptarse en todos sus extremos a los principios generales, los requisitos previos, los derechos y obligaciones de las partes, los controles y el régimen de prohibiciones y sanciones previstos en la Ley de la Contratación Administrativa..." ... De todas formas este procedimiento (de contratación directa") se caracteriza, entre otras cosas, por las siguientes particularidades: 1.- no existe concurrencia entre postores al no haber concurso de ofertas... 2.- no se debe publicar el proceso en el Diario Oficial, por lo que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

cobra especial importancia la labor de fiscalización y control que lleva a cabo la Contraloría General de la República... 3.- Tampoco existen formalidades procedimentales que deba seguir la Administración en el procedimiento de la contratación directa".

De los antecedentes jurisprudenciales citados hasta aquí ha quedado suficientemente claro que el régimen constitucional establece como regla de principio el procedimiento concursal formal, es decir, la licitación, como el mecanismo idóneo para garantizar la más amplia participación de los proveedores en condiciones que permitan a la Administración seleccionar la mejor oferta del mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia. En segundo término, que es constitucionalmente válido que se establezcan en el ordenamiento calificadas excepciones a este régimen, que por sus especiales condiciones determinan que la realización de este tipo de concursos sea abiertamente incompatible con la consecución del fin público. En consecuencia, y en tanto esta Sala ya se ha pronunciado expresamente en el sentido de que dentro de esas excepciones se encuentra la contratación directa, la discusión se circunscribe a dilucidar el punto de la validez de los términos en que el ordenamiento legal y reglamentario la ha regulado, propiamente en orden a la posibilidad de que la Contraloría pueda autorizar a la Administración a recurrir a esta vía con fundamento en determinados motivos de interés público.

VI. Reserva de ley en materia de excepción al procedimiento de licitación y facultades de la Contraloría General de la República. Según la tesis del accionante, todas las posibles excepciones en que la Administración está facultada para recurrir a la contratación directa deben estar contempladas expresamente en la ley, de modo que resulta inadmisibles desde el punto de vista constitucional que se confiera a la Contraloría General de la República la posibilidad de autorizar este tipo de contratación en casos particulares no previstos por el ordenamiento. La Procuraduría General respalda esta tesis, al considerar que cuando el artículo 182 de la Constitución establece que las contrataciones del Estado "se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo", establece una reserva de ley que implica que todas las excepciones que, por interés público, sean incompatibles con el procedimiento de licitación y por consiguiente resulta admisible recurrir a la contratación directa, deben estar taxativa y expresamente contempladas en la legislación sobre la materia. En ese sentido, afirma que se trata de un vicio particularmente grave en tanto no existe parámetro alguno para determinar cómo esa autoridad va a establecer los casos de excepción, y que las facultades para

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

autorizar no deben confundirse con la potestad de regular. Señala que la indeterminación de la norma es absoluta, y sobre ello el accionante sostiene que se trata de una potestad ad infinitum, abierta, que permite al órgano contralor actuar bajo su más libre criterio, lo que violenta el régimen constitucional en materia de contratación administrativa, cuyos principios se ven desvirtuados con el establecimiento de un portillo de esa naturaleza. A juicio de esta Sala, existen una serie de elementos que no pueden dejarse de lado en el análisis de la validez constitucional de las normas cuestionadas. En primer término, no puede partirse de un análisis simplista o formal, pues la contratación administrativa es una materia sumamente compleja que se desenvuelve en un entorno de cambios constantes, muchas veces con un ritmo vertiginoso. En efecto, el proceso de adquisición de bienes y servicios está inmerso y a la vez determinado por las condiciones y reglas del mercado, cuyas variables difícilmente pueden aprehenderse en la rigidez de una norma. Por esa razón, y tomando en cuenta que, como bien señaló la Procuraduría, los procedimientos de contratación tienen un carácter instrumental de frente a la satisfacción de los intereses públicos, nunca podrían verse convertidos en un fin en sí mismo, sino que deben conservar su naturaleza de simples medios para la consecución del fin superior. Bajo este razonamiento, cabe preguntarse entonces si es factible prever en un cuerpo normativo todos los posibles motivos de excepción que en determinado momento pudieran requerir de un procedimiento como la contratación directa. La función de un tribunal constitucional, al que se le encomienda la labor de descubrir, aclarar y declarar el significado del ordenamiento primario del Estado, no puede desentenderse del entorno, y, en este caso, de las realidades y problemas que puede enfrentar el Estado en su actividad contractual. Esa perspectiva, claro está, debe guardar en justo equilibrio con la preservación y defensa de la supremacía Constitucional. De ahí que en esta difícil tarea de extraer el sentido lógico y espíritu de las normas constitucionales, éstas deben ser situadas en su contexto, pues de otra forma podrían llegar a convertirse en disposiciones de un carácter muy limitado o inoperante, de poca actualidad y que puede incluso llegar a impedir la satisfacción del interés público que debe perseguir el Estado. Volviendo al caso concreto, estima este Tribunal que en materia de las posibles excepciones que pueden ser incompatibles con los procesos concursales formales, difícilmente pueden ser previstas con un grado absoluto de taxatividad, como se pretende en la acción. Sin embargo, es también cierto que esa circunstancia no debe en modo alguno propiciar la violación al régimen consagrado en el artículo 182, permitiendo que la Administración en forma antojadiza se exceptione de éste aduciendo cualquier

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

justificación. Como ya se vio, la jurisprudencia de este Tribunal se ha referido a la contratación directa como una forma contractual constitucionalmente válida, señalando que este régimen de excepción debe estar regulado en la legislación ordinaria sobre la materia, sea la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento. En este sentido, es claro que es la ley la que debe establecer bajo qué condiciones la Administración puede excepcionarse de los procedimientos de concurso, como en efecto lo hace el artículo 2º de la actual Ley de Contratación Administrativa. Se contemplan en dicha norma hipótesis como la actividad ordinaria de la Administración -caso al que ya se han referido varias sentencias de esta Sala-, los acuerdos celebrados con otros Estados, entre sujetos de derecho público, proveedor único, escasa cuantía, razones de seguridad, urgencia apremiante, compras con fondos de caja chica, contrataciones para construcción o provisión de oficinas en el exterior, actividades excluidas de acuerdo con la ley o los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica. Valga señalar que este esfuerzo por contemplar de forma taxativa en el régimen legal las causales que dan lugar a una contratación directa, ciertamente imponen límites tendientes a evitar una eventual infracción del régimen constitucional que impone la licitación como regla en este campo. Sin embargo, no debe perderse de vista que la taxatividad per se no es una garantía absoluta de respeto al régimen, toda vez que la prescindencia de los procedimientos ordinarios queda librada a la responsabilidad exclusiva de la Administración (artículo 75.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa), de modo que, en principio, no existe ningún mecanismo de control previo que permita determinar que no se ha desbordado el marco que establecen dichas excepciones. Como se dijo antes, un régimen de esta naturaleza difícilmente permite enumerar exhaustivamente todos los posibles supuestos en que el procedimiento de licitación no permite satisfacer el interés general o bien la contratación directa sea la única posibilidad de evitar daños o lesiones a los intereses públicos. Justamente en razón de esa necesaria flexibilidad que debe acompañar al régimen es que la propia ley se encargó de contemplar la hipótesis consagrada en el inciso h) de la Ley de Contratación Administrativa y 83 de su reglamento, normas que ahora se impugnan. Así, la autorización para que la Contraloría mediante resolución debidamente motivada autorice para contratar directamente en otros supuestos no previstos expresamente, es una facultad contemplada expresamente en la ley sobre la materia, y desarrollada en su respectivo reglamento. Se trata de una posibilidad limitada, que puede demandarse en ciertos casos muy concretos cuyos elementos y circunstancias no es posible preverlos a nivel de norma general. A juicio de la Sala, esta

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

posibilidad no es en modo alguno ilimitada, infinita y carente de todo parámetro de control, y por ello seriamente lesivo al régimen constitucional de contratación, como se aduce al plantear la acción. Antes bien, el ejercicio de esa facultad se encuentran atada no sólo a los múltiples principios generales que se derivan del artículo 182 de la Constitución, según lo ha desarrollado la jurisprudencia de esta Sala, sino también a las normas legales y reglamentarias que se encargan de delinear esta posibilidad. Es así como el artículo 75.2 del Reglamento de Contratación dispone expresamente que toda "la actividad contractual excluida legalmente de los procedimientos ordinarios de contratación deberá adaptarse en todos sus extremos a los principios generales, los requisitos previos, los derechos y obligaciones de las partes, los controles y el régimen general de prohibiciones y sanciones previstos en la Ley de Contratación Administrativa, y se encontrará sometida, en general, a la fiscalización superior por parte de la Contraloría General". Por ese elenco de razones, como bien afirma el Instituto Nacional de Seguros al rendir su informe, es más bien la finitud y residualidad lo que caracteriza esta posibilidad. Tanto los principios generales como las normas concretas del régimen de contratación -al contrario de lo que opina el accionante- impiden que la atribución de la Contraloría pueda ser ejercida en forma antojadiza, ilimitada o arbitraria. Pero aún más importante es la naturaleza y funciones que la Constitución le ha conferido a la Contraloría General de la República, como órgano de fiscalización superior de la Hacienda Pública, lo que hace de esta posibilidad, más que un riesgo, una garantía de frente al régimen constitucional en materia de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Sobre el particular ha dicho este Tribunal:

"DE LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. (. . .) Como se indicó en los considerandos VII. y VIII. de esta sentencia, a éste órgano constitucional le corresponde, por disposición expresa de la Carta Política, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a la Hacienda Pública, lo que consecuentemente implica, que directamente le conciernen, como parte de su competencia, los procedimientos de la contratación administrativa, como competencia contenida en lo dispuesto expresamente en los artículos 182 y 183 de la Constitución Política y en su Ley Orgánica, específicamente en los artículos 11, 12, 14, 17, 20, 25, 30 y 37 inciso 3)..." (resolución N° 998-98)

De la relación de normas que cita esa sentencia, conviene hacer especial énfasis en el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, cuyo texto dispone que tendrá la facultad, en

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

materia de contratación administrativa, de intervenir de acuerdo con la ley, por lo que no podría afirmarse que la atribución otorgada en las normas impugnadas sea ajena a su esfera competencial. Por otra parte, en la resolución N° 5445-99 de las catorce horas con treinta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve, referida al nuevo Código Municipal, en relación con los controles en materia de contratación administrativa, se dijo lo siguiente:

"El cuarto gran principio se refiere al control que ejerce la Contraloría General de la República en la contratación administrativa; el cual constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se conforma el sistema, de manera tal que deriva directamente de lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, en tanto se trata del órgano constitucional encargado de la vigilancia de la hacienda pública, de manera que se constituye en la garantía de la correcta utilización de los fondos públicos, en aras de la satisfacción del interés público. Y en este sentido,

"[...] aún cuando no existiera normativa legal específica que desarrollara las competencias propias de esta institución -Contraloría General de la República-, la misma estaría legitimada para ejercer actuaciones tendentes a vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública, precisamente por estar basada su competencia en normas de rango constitucional" (sentencia número 0998-98, supra citada).

Lógica consecuencia de lo anterior, es que mediante ley común no pueden rebajarse, disminuirse, suprimirse o atribuirse a otro órgano público las atribuciones propias del órgano contralor, de manera que la normativa en general tiene que reconocer estos principios, para no ser contraria a estos parámetros y valores constitucionales. La legitimidad y constitucionalidad de este control ha sido reconocido con anterioridad por este Tribunal, así, en sentencia 2398-91, de las quince horas veinte minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en que indicó:

"En primer término, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, corresponde a la Contraloría General, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a los procedimientos de contratación administrativa";

y reafirmó en sentencia número 0998-98, supra citada:

"[...] de manera que la Contraloría, en ejercicio de las

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico -según se anotó anteriormente-, se encarga de ejercer un control financiero y de legalidad en el manejo de los fondos públicos, que comprende las diversas operaciones de ejecución del presupuesto del Estado, control que consiste en fiscalizar la coincidencia entre la acción administrativa financiera y la norma jurídica, por lo que, como lógica consecuencia, no escapa a este control de la Contraloría, la actividad referente a la contratación administrativa, [...]”

VII.- Otro de los argumentos esgrimidos en la acción es que las normas impugnadas rebasan la competencia de la Contraloría, en el sentido de que le permiten asumir funciones que implican coadministrar, cuando su naturaleza es únicamente fiscalizadora, tesis que tampoco es compartida por esta Sala. En efecto, nótese que la formación de la voluntad administrativa, así como la planificación que ello conlleva en sus distintas etapas recae bajo la responsabilidad de la Administración. Es ésta la que identifica y determina la necesidad de contratar, la disponibilidad presupuestaria y la imposibilidad de seguir un procedimiento concursal. Es en el ámbito de la administración activa en el donde se valoran los criterios de oportunidad y conveniencia que pueden intervenir en la contratación de que se trate. Tan es así que la solicitud que se plantea ante la Contraloría para su aprobación debe contener una justificación detallada de las circunstancias que provocan que la utilización de los procedimientos ordinarios no sea conveniente, y debe detallar la forma en que se tiene previsto seleccionar al contratista (véase artículo 83.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa). De lo anterior se desprende que en esos casos la Contraloría no tiene la iniciativa, no determina la necesidad ni la oportunidad de los criterios con que se pretende hacerle frente a ésta, de ahí que no pueda decirse que está ejerciendo una coadministración. En el acto de aprobación de este tipo de solicitudes, lo que fiscaliza es que efectivamente se esté frente a un caso concreto que presenta características de excepción que no permite alcanzar la satisfacción del fin público mediante la realización de un procedimiento ordinario concursal, y que tampoco encaja en uno de los supuestos ya previstos expresamente en la normativa sobre la materia. Desde esa perspectiva, y teniendo presente las reflexiones sobre la naturaleza y el papel de la Contraloría que fueron comentadas líneas atrás, debe concluirse que este control previo mediante la aprobación de la solicitud, lejos de vulnerar el orden constitucional, se convierte en un mecanismo para garantizar que la Administración no se excepcione ilegítimamente de los procedimientos ordinarios que deben ser la regla en las negociaciones contractuales del Estado, según el principio

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

constitucional, pero sin cerrar normativamente la posibilidad de valorar determinados casos concretos que, aunque razonablemente pueden requerir de una contratación directa, no pueden ser previstos en normas generales.

VIII.- Por último, se alega que los términos del artículo 83 del Reglamento General de Contratación Administrativa (DE-N° 25038-H) rebasan los alcances de la Ley y con ello se genera un vicio de inconstitucionalidad. A juicio de la Sala, esa norma, al desarrollar lo previsto en el inciso h) del artículo 2 de la Ley de cita, lejos de flexibilizar o ampliar el espectro de actuación de la Contraloría en esa materia –que es lo que genera los reparos del accionante– restringe y delimita sus alcances, propiciando con ello un examen más exigente de las solicitudes planteadas por la Administración para recurrir a la contratación directa. En suma, estima este Tribunal que no cabe presumir que la intervención del órgano superior competente en la materia, como lo es la Contraloría General, en el ejercicio de una potestad como la que ahora se le cuestiona, vaya a propiciar una infracción del régimen constitucional y legal que está llamada a defender. Antes bien, el acto de aprobación se convierte en un efectivo mecanismo fiscalizador y garantista del principio derivado del artículo 182 constitucional, a fin de velar porque la Administración no se exceptione irregularmente de los procedimientos ordinarios de concurso, sino únicamente en aquellos casos en que las calificadas circunstancias del caso concreto así lo demanden, teniendo como fin último la efectiva satisfacción del interés público, y apegándose, con excepción de la formalidad de un procedimiento de licitación, a todos los principios y el régimen especial que se deriva tanto de la Constitución como de la normativa sobre la materia, según fue desarrollado en los anteriores considerandos. Si, como se ha insistido a lo largo de esta sentencia, la Constitución da cabida a un régimen de contratación que requiere flexibilidad, también exige que la existencia de suficientes mecanismos de control, habida cuenta de que está de por medio la disposición de los fondos públicos, y en este marco resulta de importancia decisiva la intervención fiscalizadora de la Contraloría, a la que se le ha encomendado justamente esa labor por mandato constitucional.”

FUENTES CITADAS:

- 1 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL. SECCIÓN PRIMERA. Resolución No. 228-2005, de las diez horas con treinta minutos del veintinueve de junio de dos mil cinco.
- 2 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Resolución No. 516-2006, de las catorce horas con cinco minutos del catorce de noviembre de dos mil seis.
- 3 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 12828-2004, de las once horas con cuarenta y tres minutos del doce de noviembre de dos mil cuatro.
- 4 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 4637-2004, de las doce horas con quince minutos del treinta de abril de dos mil cuatro.
- 5 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Resolución No. 61-2006, de las diez horas con veinticinco minutos del siete de julio de dos mil seis.
- 6 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 2660-2001, de las quince horas con veinticuatro minutos del cuatro de abril de dos mil uno.