

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:
**SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE COMPRA DIRECTA EN CASOS DE ESCASA
CUANTÍA**

RESUMEN: El presente informe de investigación recopila la información relacionada al tema de la Compra Directa en el caso específico de cuando se realiza por escasa cuantía, de este modo se consignan las posiciones de la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República antinentes al tema.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)Análisis sobre el tema del Fraccionamiento Ilícito en casos de compra directa por escasa cuantía.....	1
2NORMATIVA.....	3
b)Ley de Contratación Administrativa.....	3
c)Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.....	8
3JURISPRUDENCIA.....	10
a)Resolución de la Sala Constitucional.....	10
b)Opinión de la Procuraduría General de la República.....	25
c)Opinión de la Contraloría General de la República.....	43

1 DOCTRINA

a) Análisis sobre el tema del Fraccionamiento Ilícito en casos de compra directa por escasa cuantía

[PADILLA CUBERO]¹

"Por otra parte, se ha advertido, que gira en torno a esta excepción de escasa cuantía un tema muy importante; el cual se ha denominado en la ley como fraccionamiento ilícito.

Se considera como fraccionamiento ilícito o fragmentación " (...) una actividad de un funcionario público, efectuada con el propósito específico de evadir el procedimiento concursal que correspondería observar de acuerdo con una estimación adecuada del negocio -para atender una necesidad prevista y dotada de respaldo presupuestario-, tendiente por lo general, a acudir a procedimientos menos gravosos, que comporten menor observancia de principios procedimentales de especial fuerza en la contratación administrativa, como el de la publicidad, libre participación e igualdad de trato. El fraccionamiento o fragmentación ilícita es particularmente grave, cuando se acude a una excepción, como lo constituye el trato directo o contratación directa, amparada a la "escasa cuantía", porque en estos supuestos se omite el concurso o licitación, como lo ordena la Constitución Política, en el artículo 182. (...)"

Las Administraciones a través de sus proveedurías u órganos encargados en realizar la contratación deben prestar especial observancia a la hora de aplicar el supuesto de excepción de "escasa cuantía", siendo cautelosos en el análisis de los expedientes y así evitar que la misma no esté amparando casos en los cuales se quieran burlar los procedimientos ordinarios de concurso al incurrir en casos de fraccionamiento ilícito.

Es menester, hacer referencia en este punto al hecho de la invitación que debe realizar la Administración al menos a tres proveedores para conformar con ellos un Registro de selección. ¿Hasta que punto, resulta obligatorio contar con tres oferentes cómo mínimo para llevar a cabo la selección y consecuentemente la contratación en este supuesto de escasa cuantía?

La respuesta es afirmativa. Si no existieran tres cotizaciones como mínimo que comparecieran, para participar de la contratación; la Administración se vería imposibilitada de realizar una comparación verdadera, pues no tendría con que justificar o inclusive razonar la conveniencia o no de "x" proveedor.

En este sentido, el Órgano Contralor manifestó en el Oficio No. 7494 (DGCA 784-99) del 02 de julio de 1999 lo siguiente:

"De esta forma, ante una contratación directa se debe invitar a los oferentes idóneos que figuren en el registro, pero también podría invitarse a cualesquiera otros oferentes -no inscritos- cuyas propuestas interesen a la Administración; lo contrario, sería negarse, sin razón alguna, otras posibilidades que ofrezca el mercado. Es decir, que no sólo ante casos de inopia procede hacer invitaciones a empresas no registradas, sino también cuando ello sea de interés de la institución. En resumen, la inscripción en el registro no es un presupuesto necesario para invitar a una empresa o persona física a participar en una contratación directa, lo que si es absolutamente indispensable es que la Administración pueda llevar a cabo una selección, para lo cual como mínimo debe contar con tres cotizaciones, pues de lo contrario sería casi imposible justificar su selección y que haya negociado en forma beneficiosa, ya que no habría un parámetro contra el cual comparar. Con lo dicho hasta aquí, no pretendemos desconocer el texto del artículo 79.4.8 del Reglamento, sino sentar una interpretación ajustada al interés público, tal y como lo expone la Sala Constitucional y lo ordena el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública, visto que entre otras cosas, el precitado artículo 79.4.8 carece de base legal y su interpretación rígida y literal podría llegar incluso a desnaturalizar la contratación directa."

2 NORMATIVA

b) Ley de Contratación Administrativa.

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]²

Artículo 2º.-Excepciones

Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta ley las siguientes actividades:

h) La actividad que, por su escasa cuantía, no convenga que sea sometida a los procedimientos ordinarios de concurso, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 27 de esta

Ley. En estos casos, la administración cursará invitación por lo menos a tres potenciales proveedores idóneos, si existen y adjudicará a la oferta de menor precio, sin perjuicio de que se valoren otros factores que se estimen relevantes, lo cual deberá definirse en la invitación. La administración únicamente considerará las ofertas de proveedores a los que haya cursado invitación.

Artículo 27.—Determinación del procedimiento. Cuando la Ley no disponga de un procedimiento específico en función del tipo de contrato, el procedimiento se determinará de acuerdo con las siguientes pautas:

a) Las administraciones cuyo presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales, sea superior a cincuenta mil setecientos millones de colones (¢50.700.000.000,00), utilizarán la licitación pública para las contrataciones iguales o superiores a trescientos cuatro millones de colones (¢304.000.000,00); la licitación abreviada, para las contrataciones menores a trescientos cuatro millones de colones (¢304.000.000,00) e iguales o superiores a cuarenta y dos millones trescientos mil colones (¢42.300.000,00), y la contratación directa, para las contrataciones inferiores a cuarenta y dos millones trescientos mil colones (¢42.300.000,00).

b) Las administraciones cuyo presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales, sea igual o inferior a cincuenta mil setecientos millones de colones (¢50.700.000.000,00), pero superior a treinta y tres mil ochocientos millones de colones (¢33.800.000.000,00), utilizarán la licitación pública para las contrataciones iguales o superiores a doscientos sesenta y dos millones de colones (¢262.000.000,00); la licitación abreviada, para las contrataciones menores a doscientos sesenta y dos millones de colones (¢262.000.000,00) e iguales o superiores a trece millones ciento veinte mil colones (¢13.120.000,00), y la contratación directa, para las contrataciones inferiores a trece millones ciento veinte mil colones (¢13.120.000,00).

c) Las administraciones cuyo presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales, sea igual o inferior a treinta y tres mil ochocientos millones de colones (¢33.800.000.000,00), pero superior a dieciséis mil novecientos millones de colones (¢16.900.000.000,00), utilizarán

la licitación pública para las contrataciones iguales o superiores a ciento ochenta y cuatro millones de colones (¢184.000.000,00); la licitación abreviada, para las contrataciones menores a ciento ochenta y cuatro millones de colones (¢184.000.000,00) e iguales o superiores a once millones ochocientos diez mil colones (¢11.810.000,00), y la contratación directa, para las contrataciones inferiores a once millones ochocientos diez mil colones (¢11.810.000,00).

d) Las administraciones cuyo presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales, sea igual o inferior a dieciséis mil novecientos millones de colones (¢16.900.000.000,00), pero superior a ocho mil cuatrocientos cincuenta millones de colones (¢8.450.000.000,00), utilizarán la licitación pública para las contrataciones iguales o superiores a ciento treinta y un millones doscientos mil colones (¢131.200.000,00); la licitación abreviada, para las contrataciones menores a ciento treinta y un millones doscientos mil colones (¢131.200.000,00) e iguales o superiores a diez millones quinientos mil colones (¢10.500.000,00), y la contratación directa, para las contrataciones inferiores a diez millones quinientos mil colones (¢10.500.000,00).

e) Las administraciones cuyo presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales, sea igual o inferior a ocho mil cuatrocientos cincuenta millones de colones (¢8.450.000.000,00), pero superior a mil seiscientos noventa millones de colones (¢1.690.000.000,00), utilizarán la licitación pública para las contrataciones iguales o superiores a noventa y un millones ochocientos mil colones (¢91.800.000,00); la licitación abreviada, para las contrataciones menores a noventa y un millones ochocientos mil colones (¢91.800.000,00) e iguales o superiores a nueve millones ciento ochenta mil colones (¢9.180.000,00), y la contratación directa, para las contrataciones inferiores a nueve millones ciento ochenta mil colones (¢9.180.000,00).

f) Las administraciones cuyo presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales, sea igual o inferior a mil seiscientos noventa millones de colones (¢1.690.000.000,00), pero superior a ochocientos cuarenta y cinco millones de colones (¢845.000.000,00), utilizarán la licitación pública para las contrataciones iguales o superiores a setenta y ocho millones setecientos mil colones (¢78.700.000,00); la licitación abreviada, para las contrataciones menores a setenta y

ocho millones setecientos mil colones (¢78.700.000,00) e iguales o superiores a siete millones ochocientos setenta mil colones (¢7.870.000,00), y la contratación directa, para las contrataciones inferiores a siete millones ochocientos setenta mil colones (¢7.870.000,00).

g) Las administraciones cuyo presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales, sea igual o inferior a ochocientos cuarenta y cinco millones de colones (¢845.000.000,00), pero superior a quinientos siete millones de colones (¢507.000.000,00), utilizarán la licitación pública para las contrataciones iguales o superiores a cincuenta y dos millones quinientos mil colones (¢52.500.000,00); la licitación abreviada, para las contrataciones menores a cincuenta y dos millones quinientos mil colones (¢52.500.000,00) e iguales o superiores a seis millones quinientos sesenta mil colones (¢6.560.000,00), y la contratación directa, para las contrataciones inferiores a seis millones quinientos sesenta mil colones (¢6.560.000,00).

h) Las administraciones cuyo presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales, sea igual o inferior a quinientos siete millones de colones (¢507.000.000,00), pero superior a ciento sesenta y nueve millones de colones (¢169.000.000,00), utilizarán la licitación pública para las contrataciones iguales o superiores a treinta y nueve millones cuatrocientos mil colones (¢39.400.000,00); la licitación abreviada, para las contrataciones menores a treinta y nueve millones cuatrocientos mil colones (¢39.400.000,00), e iguales o superiores a tres millones novecientos cuarenta mil colones (¢3.940.000,00) y la contratación directa, para las contrataciones inferiores a tres millones novecientos cuarenta mil colones (¢3.940.000,00).

i) Las administraciones cuyo presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales, sea igual o inferior a ciento sesenta y nueve millones de colones (¢169.000.000,00), pero superior a cincuenta millones setecientos mil colones (¢50.700.000,00), utilizarán la licitación pública para las contrataciones iguales o superiores a veintiséis millones doscientos mil colones (¢26.200.000,00); la licitación abreviada, para las contrataciones menores a veintiséis millones doscientos mil colones (¢26.200.000,00) e iguales o superiores a dos millones seiscientos veinte mil colones (¢2.620.000,00), y la contratación directa, para las contrataciones inferiores a dos millones

seiscientos veinte mil colones (¢2.620.000,00).

j) Las administraciones cuyo presupuesto autorizado para el período, específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales, sea igual o inferior a cincuenta millones setecientos mil colones (¢50.700.000,00), utilizarán la licitación pública para las contrataciones iguales o superiores a trece millones ciento veinte mil colones (¢13.120.000,00); la licitación abreviada, para las contrataciones menores a trece millones ciento veinte mil colones (¢13.120.000,00) e iguales o superiores a un millón trescientos mil colones (¢1.300.000,00), y la contratación directa, para las contrataciones inferiores a un millón trescientos mil colones (¢1.300.000,00).

(Los límites económicos establecidos en los incisos del a) al j) fueron modificados por resolución de la Contraloría General de la República R-CO-7 del 15 de febrero de 2008)

La Contraloría General de la República se encargará de elaborar y enviar una lista con el nombre de cada administración, así como el monto de su presupuesto autorizado para respaldar la contratación de bienes y servicios no personales, con el fin de que se publique en La Gaceta, a más tardar en la segunda quincena de febrero de cada año.

Para establecer dicho monto, deberá considerarse el promedio de las sumas presupuestadas tanto en el período vigente como en los dos períodos anteriores, en lo relativo a las partidas para respaldar las necesidades de contratar bienes y servicios no personales.

Los ministerios y los órganos que haya desconcentrado sus servicios de proveeduría, se considerarán unidades separadas, para los efectos de la clasificación correspondiente.

En todo caso, la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa se clasificará de acuerdo con el monto que arroje la suma de los presupuestos para respaldar las necesidades de contratar bienes y servicios no personales de los ministerios cuya actividad contractual sea desarrollada por dicha entidad.

Las sumas establecidas en este artículo se ajustarán cada año, tomando como referencia, entre otros, la variación porcentual del Índice general de precios al consumidor. A más tardar en la segunda quincena de febrero de cada año, la Contraloría General de la República dictará una resolución que incorpore los incrementos y especifique los parámetros vigentes para cada órgano y cada ente comprendidos en esta Ley.

(Así reformado mediante el artículo 1º de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006).

c) Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa

[PODER EJECUTIVO]³

Artículo 14.—Exceso en los límites del procedimiento. Cuando se haya determinado una contratación directa de escasa cuantía, un procedimiento ordinario, o bien una contratación directa autorizada por la Contraloría General de la República con fundamento en la estimación preliminar del negocio y posteriormente las ofertas presentadas superen los límites para la aplicación del procedimiento respectivo, no se invalidará el concurso, si este exceso no supera el 10% y la Administración dispone de los recursos presupuestarios suficientes para asumir la erogación.

Si existen varias ofertas elegibles, para efectos de adjudicación no se considerarán las que superen el citado 10% y se escogerá dentro de aquellas que se ubiquen por debajo de ese porcentaje. Los oferentes cuya propuesta supere el 10% podrán rebajar para efectos del trámite y posterior ejecución, el precio hasta ese límite, sin embargo para la comparación se considerará el monto original.

Artículo 136.—Escasa cuantía. Las contrataciones que por su limitado volumen y trascendencia económica, de conformidad con los montos establecidos en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, podrán tramitarse siguiendo el procedimiento que se indica en este Reglamento.

Una vez que se ha determinado que procede una contratación directa de escasa cuantía, se ha de confeccionar un pliego de condiciones sencillo en donde se describa el objeto contractual, el plazo y forma de la entrega, así como también se debe fijar la hora y fecha para la recepción de las propuestas. En estos casos se adjudicará la oferta de menor precio, sin perjuicio de que se valoren otros factores relevantes, cuando así haya sido definido en la invitación.

La entidad dará un plazo mínimo de un día y un máximo de cinco días hábiles para la presentación de las cotizaciones. En casos acreditados como urgentes se pueden solicitar las cotizaciones con, al menos, cuatro horas de anticipación a su recepción; en este supuesto deberá existir un documento firmado por un funcionario que se haga responsable de esta decisión, quien será el mismo que dicta el acto de adjudicación.

La Administración invitará a no menos de tres potenciales oferentes del Registro de Proveedores establecido en este Reglamento, considerando únicamente las ofertas de proveedores a quienes se haya cursado invitación. En caso de que el número de proveedores inscritos sea menor a tres, o no exista ninguno inscrito, se podrá invitar a otros que no lo estén, considerando únicamente las ofertas de proveedores a los que se haya cursado invitación. Asimismo la Administración, podrá contemplar en el cartel, la posibilidad de estudiar todas las ofertas presentadas, incluyendo la de aquellos proveedores no invitados, los cuales, deberán lograr su inscripción antes de la apertura de las ofertas, en caso de que no se encuentren registrados.

(Así ampliado el párrafo anterior mediante el artículo 2 del decreto ejecutivo N° 33758 del 2 de mayo de 2007)

Para la validez del procedimiento no será necesario contar efectivamente con las tres cotizaciones, pero sí que los invitados sean empresas dedicadas al giro propio del objeto contractual específico; en cuyo caso igualmente se considerará falta grave el trámite seguido en sentido contrario a esta disposición.

Las ofertas podrán ser presentadas por fax o correo electrónico, de acuerdo a lo que establezca el cartel, debiendo realizarse la convalidación de la que resulte mejor posicionada de la evaluación realizada antes de dictar el acto de adjudicación.

En aquellos casos donde se cuente con un sistema que garantice los principios rectores del uso de medios electrónicos se podrán recibir las ofertas por dicho medio.

El acto de adjudicación, deberá dictarse en un plazo máximo de diez días hábiles, prorrogable por un plazo igual en casos debidamente justificados, contados a partir del día de la apertura de ofertas y de inmediato será comunicado a los participantes, quienes podrá interponer recurso de revocatoria, dentro del plazo

de dos días hábiles siguientes a su notificación. Si el recurso es admisible, se concederá audiencia al adjudicatario por el plazo de dos días hábiles, vencido el cual la Administración deberá resolver dentro de los tres días hábiles siguientes. En los casos declarados urgentes no habrá recurso alguno.

Asimismo en cuanto a la invitación a participar, la Administración deberá considerar lo establecido en el Decreto Ejecutivo número 33305-MEIC-H, "Reglamento Especial para la Promoción de las PYMES en las Compras de Bienes y Servicios de la Administración".

3 JURISPRUDENCIA

a) Resolución de la Sala Constitucional

[SALA CONSTITUCIONAL]⁴

RESOLUCION N° 2007-003319

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José , a las trece horas y uno minutos del nueve de marzo del dos mil siete.

Recurso de amparo interpuesto por ESTEBAN GUEVARA CALVO, cédula de identidad número 109110394, a favor de INVERSIONES GEO CHEM DOS MIL S.A., contra el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (ICE).

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 10:39 horas del 22 de febrero de 2007, el recurrente interpone recurso de amparo contra el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD a favor de INVERSIONES GEO CHEM DOS MIL S.A. y, en resumen, manifiesta lo siguiente: que su representada es una empresa que de ordinario se dedica a la distribución y comercialización de bienes

de importación, entre los cuales figuran repuestos para equipos y maquinaria pesada. Como parte de su actividad habitual, ofrece sus productos al ICE en los distintos procedimientos de contratación administrativa que esta entidad promueve, para lo cual se encuentra debidamente inscrita en el respectivo Registro de Proveedores del ICE. La Dirección de Proveeduría del ICE promovió la Contratación Directa N° 2007CD-0069- PROV a fin de adquirir "Repuestos para cargador perfil bajo", los cuales son necesarios para el funcionamiento de varios equipos de este tipo que son de su propiedad. Para dicho propósito, la Dirección de Proveeduría del ICE invitó a participar a tres potenciales oferentes, entre los que no se encuentra su representada, señalando como fecha límite para la recepción de las ofertas el día 8 de febrero de 2007 a las 16:36 horas. El día y hora señalados para la recepción y apertura de las ofertas respectivas, la Dirección de Proveeduría del ICE recibió un total de tres ofertas para la provisión de los repuestos requeridos, la de dos compañías que habían sido previamente invitadas por el ICE a cotizar en este procedimiento y la de su representada, que no obstante no haber sido invitada se enteró de la tramitación del procedimiento y consideró que podía perfectamente ofrecer los repuestos requeridos al ICE en los términos en que éste los solicitó, por lo que efectivamente planteó oferta formal dentro de dicho procedimiento, cuyo precio resultó ser el menor de todos los recibidos en la contratación. Ese mismo día, la Dirección de Proveeduría del ICE elaboró la respectiva "Acta de Apertura de Ofertas", en la que se dejaron consignados los resultados del procedimiento, indicándose claramente los datos correspondientes a los dos proveedores invitados y omitiéndose los relativos a la oferta de la amparada, respecto de la cual se incluyó al pie una observación que indica: " Se recibió oferta de Geochem que no fue invitada ". Con base en lo anterior y de conformidad con lo establecido por los artículos 2, inciso h, de la Ley de Contratación Administrativa y 136 párrafo cuarto de su Reglamento, la Dirección de Proveeduría del ICE no consideró para efectos de valoración y posterior adjudicación la oferta de la amparada. A la fecha, su representada no ha recibido ninguna invitación para participar en una Licitación Abreviada, lo cual estima violatorio de lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución Política. En tal sentido, manifiesta que, dado que las actuaciones de la Dirección de Proveeduría del ICE podrían estar fundadas razonablemente en el artículo 2 inciso h de la Ley de la Contratación Administrativa y el artículo 136, párrafo 4, del nuevo Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa, deja alegada su inconstitucionalidad para los efectos de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, al ser dichas normas contrarias a la

libre concurrencia o participación, libre contratación, publicidad, transparencia de la contratación, igualdad de oportunidades y no discriminación. Aduce que esas normas facultan a la Administración para promover, a contrapelo de aquellos principios de orden constitucional, procedimientos cerrados de contratación administrativa, en los que, sin existir situaciones de fondo que justifiquen ese carácter cerrado –como podrían ser los demás supuestos de hecho que autorizan la contratación con un único y determinado proveedor–, se discrimina a determinados interesados por el solo hecho de no haber sido invitados a cotizar, aún a pesar de encontrarse inscritos en el Registro Institucional de proveedores idóneos de bienes requeridos. En este sentido, aduce el petente que en su caso concreto, el precio cotizado por su representada resultó ser el menor de todos los recibidos por el ICE en esa contratación. Esta práctica administrativa, ahora prohibida por la nueva y reciente normativa legal y reglamentaria vigente en la materia, contrasta abiertamente con la apertura y amplitud del período anterior a su promulgación, época en la que cualquier interesado en participar, invitado o no por la Administración pero debidamente informado por la publicidad que se le concedía al procedimiento, presentaba su propuesta a consideración de la entidad, la cual evidentemente podía o no ser adjudicada por la Administración según fuera la bondad de sus condiciones técnicas y económicas, en abierta, franca y transparente competencia con todos los demás participantes, competencia que obviamente tampoco se ve garantizada por la supuesta rotación –para efectos de invitación– de los proveedores inscritos en el registro de proveedores, habida cuenta que eso solo dependería de la decisión de un funcionario cuya objetividad no necesariamente se daría. De hecho, su representada ha podido corroborar que, en la práctica, tal rotación no se está dando, como lo comprueba el hecho de que una misma empresa ha sido invitada a dos contrataciones consecutivas promovidas por el mismo ICE para la compra de repuestos genuinos. Estima que el hecho de que la legislación ordinaria imponga a la Administración la obligación de considerar únicamente 3 ofertas, provoca la tramitación de procedimientos cerrados, en los que los proveedores, antes de preocuparse por ofrecer las mejores condiciones a la Administración, deben hacerlo por al menos ser invitados, pues sin la respectiva invitación no existe acceso alguno al procedimiento, por lo que se viola la Constitución y los principios enunciados en las sentencias N° 998-98 y N° 13910-05 de esta Sala. Afirma que del análisis de la jurisprudencia de este Tribunal, se concluye que no es que los principios antes mencionados no le sean aplicables a la contratación directa, sino que deben aplicarse a condición de que no obstaculicen el logro de

la contratación propiamente dicha. La inconstitucionalidad señalada puede aplicarse igualmente a lo hoy establecido por la Ley y el Reglamento de la materia para el nuevo procedimiento de contratación denominado "Licitación Abreviada", figura que resultó de la fusión de los anteriores procedimientos de licitación por registro y licitación restringida, en el que de forma similar a la contratación directa por escasa cuantía, se prevé su tramitación con un mínimo de cinco oferentes invitados, bajo la premisa de que "la administración únicamente estudiará las ofertas de los proveedores que hayan sido invitados" (artículo 45 de la Ley de Contratación Administrativa). Como no se ha invitado a su representada a ninguna licitación de esta naturaleza, el perjuicio provocado es igualmente intenso que en el supuesto específico sometido en la especie a la consideración de esa Sala Constitucional, por lo que igualmente invoca para los efectos legales pertinentes la inconstitucionalidad de los artículos 45, párrafo tercero, de la ley de Contratación Administrativa y 98, párrafo tercero, de su Reglamento. Solicita que se le ordene al ICE permitir en este tipo de contrataciones la valoración y eventual adjudicación de las ofertas a proveedores no invitados, para lo cual debe ordenársele igualmente que dé una publicidad adecuada a su tramitación, a fin de que cualquier interesado pueda enterarse del concurso y participar.

2.- El artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a la Sala a rechazar de plano o por el fondo, en cualquier momento, incluso desde su presentación, cualquier gestión que se presente a su conocimiento que resulte ser manifiestamente improcedente, o cuando considere que existen elementos de juicio suficientes para rechazarla, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada.

Redacta el Magistrado Cruz Castro ; y,

Considerando:

I.- De la lectura del libelo de interposición del recurso, se colige que la inconformidad del recurrente estriba, en el fondo, en el hecho de que no se le invitara la Contratación Directa N° 2007CD-0069-PROV a pesar de que, en última instancia, presentó una mejor oferta que los auténticos participantes en ella, lo cual reputa intrínsecamente violatorio de lo dispuesto en el artículo

182 de la Constitución Política y de los principios de la libre concurrencia o participación, libre contratación, publicidad, transparencia de la contratación, igualdad de oportunidades y no discriminación; siendo que, además, en su criterio se violenta el principio de razonabilidad, puesto que la empresa amparada presentó una oferta más económica que las proveedoras que si fueron convocadas a participar. No obstante, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el mecanismo de la Contratación Directa reviste características peculiares que lo eximen de tales exigencias, sin que ello, en sí mismo, vulnere el Derecho de la Constitución, tal como se señaló en la sentencia N° 98-6754 de las 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998, en la cual se indicó lo siguiente:

"... 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 de 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 Contratación Administrativa, [...]'

Téngase presente, en resumen, que la contratación directa es apenas un medio de negociación de la Administración Pública de uso limitado, en tanto procede únicamente cuando el ente administrativo no pueda realizar una licitación pública o procedimiento concursal, lo que debe quedar debidamente justificado, en los términos en que se exige en el artículo 75.3 del citado reglamento:

'La determinación de los supuestos de prescindencia de los procedimientos ordinarios es responsabilidad exclusiva de la Administración. En todo caso deberá dictarse una resolución debidamente motivada y se dejará constancia expresa en el expediente que al efecto se levante de todas las actuaciones que

se realicen.'

De todas formas este procedimiento se caracteriza, entre otras, por las siguientes particularidades: 1.- no existe concurrencia entre postores al no haber concurso de ofertas, puesto que la excepción posibilita a la Administración a contratar en forma directa con el contratista, sin que ello sitúe a la Administración en el ámbito del derecho privado. Eventualmente, se podría realizar una consulta de precios sujeta únicamente al control interno de la institución, la que –se aclara– no es obligatoria, puesto que para esta modalidad no resultan exigibles los procedimientos licitatorios ordinarios, lo que constituiría, más bien, una garantía adicional para la transparencia de la propia contratación, puesto que su fin es únicamente promover las condiciones más ventajosas para la Administración y el interés público; 2.- no se debe publicar el proceso en el Diario Oficial, por lo que cobra especial importancia la labor de fiscalización y control que lleva a cabo la Contraloría General de la República. En este sentido, la Sala remite a lo expresado en la sentencia número 00998-98, respecto del control a que está sujeta la contratación administrativa y del órgano constitucional encargado de ello, como uno de los principios pilares esenciales de la contratación administrativa y que necesariamente debe aplicarse en la contratación directa, en razón de la excepción que se hace de los procedimientos ordinarios. Y ello es así, porque para que pueda prosperar una excepción al principio del artículo 182 constitucional y sus demás principios derivados (sentencia 00998-98), debe existir un alto contenido de razonabilidad y de proporcionalidad entre el caso concreto y los fines que se persiguen, lo que solo es susceptible de valorar por la vía del control constitucional, en este caso, por medio de la Contraloría General de la República, requisito sin el cual, no puede legítimamente realizarse esa contratación directa. Precisamente, este principio encuentra reconocimiento en el citado artículo 75.2 del nuevo Reglamento General de la Contratación Administrativa, en tanto somete los procedimientos de excepción de contratación administrativa:

'[...], a la fiscalización superior por parte de la Contraloría General ';

3.- tampoco existen formalidades procedimentales que deba seguir la Administración en el procedimiento de la contratación directa; se trata de un acto jurídico sin etapas preparatorias impuestas

por la ley, lo que su desarrollo y conclusión quedan librados a la responsabilidad de la autoridad administrativa, siempre dentro de los límites de la mínima justicia, oportunidad y lógica, en relación con el fin público perseguido con la contratación a realizar. Queda claro que en este tipo de contratación no rigen los principios de libre concurrencia ni el de igualdad de oportunidades o el de publicidad, ni la adjudicación a la mejor oferta, ni los demás principios aplicables al concurso público.. ”

Más recientemente, en sentencia N° 2006-006577 de las 12:16 horas del 12 de mayo de 2006, la Sala dispuso:

“ EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS (CONTRATACIÓN DIRECTA) Y EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY. Como se indicó anteriormente, el principio general que rige la contratación administrativa es que la misma debe verificarse 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 reguladas de conformidad con las disposiciones de la Ley y, además, la contratación directa. En relación con esta última, no lleva razón el accionante, en tanto afirma que en virtud de lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución Política , existe una prohibición absoluta para la Administración para utilizar este último procedimiento de contratación. Sobre el tema ha dicho la Sala que la contratación directa encuentra su justificación en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública , puesto que su principal característica es que procede en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible o sumamente difícil convocar (sic) a un proceso licitatorio ordinario, bajo la grave amenaza de ver comprometido el interés público y así se indicó –en lo que interesa– en la sentencia número 05947-98 al expresar :

‘IV.- DE LAS EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS: DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. DE LAS EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS. [...] 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 cuáles el uso de los procedimientos concursales ordinarios, y más específicamente el de la licitación pública, más 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.'

Debe advertirse que la utilización del procedimiento de la contratación directa se encuentra limitado y constreñido a las excepciones creadas por ley, precisamente por tratarse de una vía excepcional de contratación al principio general constitucional, de manera que para que proceda debe existir, previamente, una autorización expresa de origen legal. Sin que implique un prejuzgamiento de la constitucionalidad o no de cada una de las modalidades establecidas, lo que tendría que analizarse en cada caso concreto, para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de la excepción, la materia fue regulada por el artículo 96 de la Administración Financiera de la República , número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno y sus reformas –impugnado en esta acción–, en cuanto dispone:

'Artículo 96.- Se establecen excepciones a lo dispuesto en los tres artículos que preceden, conforme con las siguientes reglas:

a) Puede recurrirse, además, a la contratación directa en los siguientes casos:

1) Cuando el negocio constituya la actividad ordinaria del ente, conforme a la calificación que de la misma haga la Contraloría General de la República ;

2) Cuando se determine que solo una persona puede comprometerse, habida cuenta de la naturaleza de la operación o de las circunstancias concurrentes;

3) Cuando la operación requiera seguridades tales que no convengan interesar en ella sino a persona o entidad determinada que puedan garantizarlas;

4) Cuando se trate de contrataciones entre entidades o personas de Derecho Público;

5) En otros casos muy calificados, a juicio de la Contraloría General de la República ;

6) Respecto de contratos que se celebren con Gobiernos o entidades de otros países, o con organismos nacionales o extranjeros de utilidad pública o bien social, ajenos al ánimo de lucro; y

7) Las contrataciones con personas físicas o entidades privadas cuyo afán exclusivo en el caso concreto, sea de evidente ayuda al Estado o sus instituciones, sin lucrar en la operación.

b) Las contrataciones directas al amparo de las situaciones contempladas en los numerales 2) y 3) del inciso anterior, requieren la autorización de la Contraloría General de la República , cuando el monto de la operación exceda de dos millones quinientos mil colones (₡2.500.000.00); de un millón quinientos mil colones (₡1.500.000.00) o de setecientos cincuenta mil colones

(¢750.000.00) respectivamente, según se refiera a las administraciones contempladas en los artículos 93, 94 ó 95; y

c) Las contrataciones a que se refiere el inciso precedente, por un monto inferior del allí señalado, serán autorizadas internamente por la Proveeduría Nacional o por la institución interesada, según corresponda, mediante acuerdo debidamente razonado fundando el contrato directo en la excepción respectiva de la ley e indicando las justificaciones del caso, en tanto excedan los límites regulados por los incisos c) de los artículos 93, 94 ó 95.'

Esta disposición fue derogada por el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa , número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, reformada por Ley número 7612, de veintidós de junio de mil novecientos noventa y seis, en cuyo contenido se repite, de alguna manera y que en lo que interesa - sin que tampoco con esto se prejuzgue sobre su constitucionalidad, la que deberá ser estudiada en su oportunidad-, al expresar:

'Artículo 2.- Excepciones.

Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta Ley las siguientes actividades:

a) La actividad ordinaria de la Administración , entendida como el suministro directo al usuario o destinatario final de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines.

b) Los acuerdos celebrados con otros Estados o con sujetos de derecho público internacional.

c) La actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público.

d) La actividad de contratación que, por su naturaleza, las circunstancias concurrentes o su escasa cuantía, no se pueda o no convenga someterla a concurso público sea porque sólo hay un único

proveedor, por razones especiales de seguridad, urgencia apremiante u otras igualmente calificadas, de acuerdo con el reglamento de esta ley.

e) Las compras realizadas con fondos de caja chica, según se dispondrá reglamentariamente, siempre y cuando no excedan de los límites económicos fijados conforme al inciso anterior.

f) Las contrataciones que se realicen para la construcción, la instalación o la provisión de oficinas o servicios en el exterior.

g) Las actividades que resulten excluidas, de acuerdo con la ley o los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica.

h) Las actividades que, mediante resolución motivada, autorice la Contraloría General de la República, cuando existan suficientes motivos de interés público.

Quedan fuera del alcance de la presente ley las siguientes actividades:

1. Las relaciones de empleo.

2. Los empréstitos públicos.

3. Otras actividades sometidas por ley a un régimen especial de contratación.'

Otro criterio para autorizar la contratación directa es el de la cuantía de los negocios, reservándose para las contrataciones menores en cada grupo definido en los artículos 93 inciso c), 94 inciso c) y 95 inciso c) de la Ley de la Administración (en virtud de la declaración de inconstitucionalidad ordenada en la sentencia número 00998-98, por la que se ordenó la anulación del ordenamiento jurídico del artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa); sea, en los casos de enajenación o arrendamientos de bienes, adquisición de inmuebles suministros y todo contrato cuando el monto total de la operación no supere el

millón de colones en el primer grupo, los seiscientos mil colones en el segundo y los trescientos mil colones en el tercero. De todo lo anterior se concluye que para que proceda la contratación directa, se necesita una autorización que debe estar previamente establecida en la Ley, de manera que cobra especial significación el principio de reserva legal en esta materia.

VI.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN DIRECTA. Empece (sic) a lo dicho, 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 de 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 Contratación Administrativa, [...]'

Téngase presente, en resumen, que la contratación directa es apenas un medio de negociación de la Administración Pública de uso limitado, en tanto procede únicamente cuando el ente administrativo no pueda realizar una licitación pública o procedimiento concursal, lo que debe quedar debidamente justificado, en los términos en que se exige en el artículo 75.3 del citado reglamento:

'La determinación de los supuestos de prescindencia de los procedimientos ordinarios es responsabilidad exclusiva de la Administración. En todo caso deberá dictarse una resolución debidamente motivada y se dejará constancia expresa en el expediente que al efecto se levante de todas las actuaciones que se realicen.'

De todas formas este procedimiento se caracteriza, entre otras, por las siguientes particularidades: 1.- no existe concurrencia

entre postores al no haber concurso de ofertas, puesto que la excepción posibilita a la Administración a contratar en forma directa con el contratista, sin que ello sitúe a la Administración en el ámbito del derecho privado. Eventualmente, se podría realizar una consulta de precios sujeta únicamente al control interno de la institución, la que -se aclara- no es obligatoria, puesto que para esta modalidad no resultan exigibles los procedimientos licitatorios ordinarios, lo que constituiría, más bien, una garantía adicional para la transparencia de la propia contratación, puesto que su fin es únicamente promover las condiciones más ventajosas para la Administración y el interés público; 2.- no se debe publicar el proceso en el Diario Oficial, por lo que cobra especial importancia la labor de fiscalización y control que lleva a cabo la Contraloría General de la República. En este sentido, la Sala remite a lo expresado en la sentencia número 00998-98, respecto del control a que está sujeta la contratación administrativa y del órgano constitucional encargado de ello, como uno de los principios pilares esenciales de la contratación administrativa y que necesariamente debe aplicarse en la contratación directa, en razón de la excepción que se hace de los procedimientos ordinarios. Y ello es así, porque para que pueda prosperar una excepción al principio del artículo 182 constitucional y sus demás principios derivados (sentencia 00998-98), debe existir un alto contenido de razonabilidad y de proporcionalidad entre el caso concreto y los fines que se persiguen, lo que solo es susceptible de valorar por la vía del control constitucional, en este caso, por medio de la Contraloría General de la República, requisito sin el cual, no puede legítimamente realizarse esa contratación directa. Precisamente, este principio encuentra reconocimiento en el citado artículo 75.2 del nuevo Reglamento General de la Contratación Administrativa, en tanto somete los procedimientos de excepción de contratación administrativa:

'[...], a la fiscalización superior por parte de la Contraloría General ';

3.- tampoco existen formalidades procedimentales que deba seguir la Administración en el procedimiento de la contratación directa; se trata de un acto jurídico sin etapas preparatorias impuestas por la ley, lo que su desarrollo y conclusión quedan librados a la responsabilidad de la autoridad administrativa, siempre dentro de los límites de la mínima justicia, oportunidad y lógica, en relación con el fin público perseguido con la contratación a

realizar. Queda claro que en este tipo de contratación no rigen los principios de libre concurrencia ni el de igualdad de oportunidades o el de publicidad, ni la adjudicación a la mejor oferta, ni los demás principios aplicables al concurso público.

VII.- CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA COMO PROCEDIMIENTO DE CARÁCTER EXCEPCIONAL. De conformidad con lo señalado en los considerandos anteriores, no resulta contrario a norma o principio constitucional alguno, excepcionar de los procedimientos de contratación administrativa ordinarios a cierto tipo de negociaciones, precisamente en atención a la especial naturaleza de las mismas, como parte de la idea general de que el propio artículo 182 de la Constitución Política, remite a la ley para la determinación de los diferentes procedimientos de contratación administrativa. Debe advertirse, eso sí, que con lo dicho anteriormente no se contradice la doctrina emanada de este Tribunal en la sentencia número 00998-98, ya que en efecto, la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en relación con esta norma constitucional, se centró en la determinación del procedimiento más apto para que se realizara la contratación administrativa, estableciéndose como regla general el procedimiento de la licitación pública, y para las contrataciones cualitativas y cuantitativamente menores, el de la licitación privada (ver acta número 164 de la Asamblea Nacional Constituyente). En este sentido, lleva razón el Procurador General de la República, en tanto considera que la interpretación de las normas y principios constitucionales debe hacerse conforme a la realidad social e institucional del Estado moderno, de manera que, precisamente en aras de la satisfacción del interés público, es que resulta imposible remitir en forma indiscriminada a los procedimientos licitatorios ordinarios -entiéndase licitación pública- toda la contratación de la Administración Pública; debiendo entenderse justificada la contratación directa, única y exclusivamente como procedimiento de excepción para la elección del cocontratante con la Administración, en primer lugar, y cuando las condiciones especiales de la negociación de que se trate lo ameriten, de conformidad con los supuestos expresa y claramente dispuestos previamente en una norma de carácter legal, en tanto se trata de una excepción a un principio constitucional. En razón de lo anterior es que cabe concluir que en sentido general, ni el artículo 96 inciso a) punto 1) de la Ley de la Administración Financiera de la República, ni el 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, resultan violatorios del artículo 182 constitucional, en cuanto facultan a la Administración Pública contratar bienes y servicios mediante el procedimiento de la

contratación directa, como mecanismo excepcional y únicamente en determinadas circunstancias muy calificadas previamente por Ley formal. (Sentencia 1998-06754 las quince horas treinta y seis minutos del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y ocho).

De los antecedentes jurisprudenciales parcialmente citados es posible concluir que el principio general que rige la contratación administrativa es que la misma debe verificarse 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, entendiendo por tales la licitación por registro y la restringida reguladas de conformidad con las disposiciones de la Ley y, además, la contratación directa. En relación con esta última, la Sala ha dicho que la contratación directa encuentra su justificación en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, puesto que su principal característica es que procede en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible o sumamente difícil convocar a un proceso licitatorio ordinario, bajo la grave amenaza de ver comprometido el interés público (sentencia número 1998-05947). Por otra parte, existen dos únicas limitaciones contempladas en el artículo 30 de nuestra Constitución Política en cuanto a obtener información de los departamentos administrativos: a) que el asunto sobre el que se requiera información sea de interés público; y, b) que no se trate de un secreto de Estado. "

II.- En esta tesitura, como la inconformidad del petente consiste simplemente en el hecho de que se excluyera a la amparada de la contratación directa N° 2007CD-0069-PROV, en aplicación de los artículos 2, inciso h, de la Ley de Contratación Administrativa y 136 párrafo cuarto de su Reglamento, a pesar de haber presentado una oferta más ventajosa para la Administración –todo lo cual, en su criterio, violenta el principio de razonabilidad, el numeral 182 de la Constitución Política y de los principios de la libre concurrencia o participación, libre contratación, publicidad, transparencia de la contratación, igualdad de oportunidades y no discriminación–, debe decirse que tal reclamo, al menos en los términos en que es expuesto, en realidad se orienta más a cuestionar los criterios de legalidad, oportunidad y conveniencia que la Administración empleó a la hora de planear esa contratación, que a denunciar un verdadero problema de constitucionalidad propio de la normativa objetada. En

consecuencia, el conflicto al que se hace referencia, en el fondo, no corresponde ser conocido en esta sede por la vía del amparo, siendo que la Sala no puede dejar de advertir la situación concreta planteada en el recurso, específicamente en lo que se refiere a la posibilidad que otorga el artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, de interponer una acción de inconstitucionalidad sobre la base de un recurso de amparo o de hábeas corpus pendiente ante ella, debiendo indicarse que para estos casos es absolutamente necesario que tales recursos sean admisibles (véase la sentencia N° 2004-05760 de las 8:46 horas del 28 de mayo de 2004), a diferencia de lo que ocurre en cuanto a este extremo.

III.- Por otra parte, como el petente acusa la inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley de Contratación Administrativa, es menester señalar que el extremo también es inadmisibile, puesto que por disposición del numeral 30 inciso a) de la Ley que rige esta jurisdicción, no procede el amparo contra leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente con los actos de aplicación individual de aquéllas, o cuando se trate de normas de acción automática; todo lo cual no se invoca en este caso. Por consiguiente, se impone rechazar el presente recurso, en el entendido de que esta declaratoria no prejuzga sobre la constitucionalidad de la normativa cuestionada en este amparo.

Por tanto:

Se rechaza por el fondo el recurso.

b) Opinión de la Procuraduría General de la República.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁵

OJ-227-2003

11 de noviembre de 2003

Ingeniera

María Lorena López Rosales

Viceministro de Obras Públicas y Transportes

S. D.

Estimada señora:

Con la aprobación del Procurador General Adjunto, me refiero a su atento oficio N° DVOP-002151-03 de 23 de octubre último, mediante el cual plantea una consulta en relación con la potestad de la Administración para contratar mediante mecanismos de excepción la construcción del proyecto "Carretera Naranjo-San Carlos: Sección Naranjo-Florencia". Es interés de la Administración obtener el "criterio jurídico que permita la contratación directa y que ello no representa un rompimiento a nuestro ordenamiento jurídico y constitucional, aún en el entendido que motivado a la revisión de los renglones de pago, el proyecto se incrementó de un presupuesto preliminar de cincuenta millones de dólares a ochenta millones de dólares (manteniendo un porcentaje de imprevistos a un rubro de cinco millones de dólares de los Estados Unidos) para todo el proyecto".

Es criterio de la Administración que puede utilizar otros procedimientos de contratación contemplados en la ley, a fin de maximizar los recursos públicos. Posibilidad que deja abierta la Ley de Contratación Administrativa, al permitir en el artículo 2, inciso d) la contratación directa cuando se den los supuestos allí contemplados. La posibilidad de que no se pueda o no convenga realizar un concurso público queda sujeta a tres criterios: la naturaleza, las circunstancias concurrentes y la escasa cuantía. Además, se ejemplifican casos donde se daría la posibilidad de contratar. La norma legal se remite al Reglamento para determinar y precisar los supuestos de contratación directa (artículo 79 del Reglamento). Enfatiza en el inciso 3 de ese artículo reglamentario, señalando la existencia de un Convenio de Cooperación Técnica entre la República de Costa Rica y la República de China. Convenio bajo el cual se acordó la realización del diseño de construcción de la nueva carretera a San Carlos, para lo cual se contrató a la empresa MOH & Associates Inc., proyecto entregado al Gobierno de Costa Rica. Se agrega que la construcción de la Carretera a San Carlos tuvo que ser dividida en

dos etapas constructivas por motivos financieros. La etapa Florencia-Sifón será desarrollada bajo la modalidad de precios unitarios financiados con el contrato de préstamo con el Export-Import Bank de la República de China, pactado en condiciones favorables en orden al período de gracia, tasa de interés y sin cobro de comisión sobre saldos no utilizables. Por su parte, la Etapa II, Sifón-Naranjo, es financiada por el Gobierno de la República de China, mediante la modalidad "llave en mano". Etapa que se realiza con fondos donados por el Gobierno de la República de China, Artículo III, Acuerdo de Donación de 9 de diciembre de 2002. Dicho Acuerdo dispone que la obra deberá ser realizada por una entidad de la República de China, con experiencia en obras de infraestructura y en especial, en la construcción de carreteras. Por ello la obra va a estar a cargo de RSEA ENGINEERING CORPORATION. El proyecto es de interés público y nacional. Se indica que CONAVI realizará la Sección I y que, por conveniencia y oportunidad, la Administración considera oportuno recurrir a la contratación directa al amparo del artículo 2 inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Agrega que la jurisprudencia constitucional autoriza acudir a la contratación directa, en el entendido de que la Contraloría General de la República no pierde la fiscalización y control en la Sección I del proyecto. Señala que la empresa seleccionada constituye una empresa estatal para el Gobierno de la República de China. Por lo que la Contraloría General de la República puede conceder la respectiva autorización de contratación directa y que la misma "no debe verse por el monto de proyecto como un parámetro de resolución sino la oportunidad para el país de emprender una obra pública", en un caso donde media la cooperación de un Estado que dona un tramo del proyecto con un valor de 15 millones de dólares.

La consulta versa sobre materia de contratación administrativa. Específicamente se desea conocer si la Administración puede acudir a una contratación directa, fundándose en uno de los incisos del artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa.

La materia de contratación administrativa forma parte del ámbito de competencia de la Contraloría General de la República. Esa competencia abarca la posibilidad de ejercer control sobre la contratación administrativa que realizan los organismos públicos. Pero también determina una función consultiva con efectos vinculantes, según se deriva del artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. De lo preceptuado por dicho artículo, en conjunción con lo normado en el artículo 5 de

nuestra Ley Orgánica, la Procuraduría ha concluido que existe una competencia prevalente de la Contraloría General de la República para dictaminar sobre aspectos de la contratación administrativa. Competencia que va de suyo cuando de lo que se pretende es establecer si se dan los supuestos para acudir a una contratación directa.

Puesto que se está ante una materia que atrae la competencia prevalente del Organismo de Control, se sigue como lógica consecuencia, que la Procuraduría General de la República está imposibilitada para emitir un pronunciamiento con carácter vinculante para la Administración Pública y, obviamente, para el Organismo de Control.

Dadas esas condiciones, la emisión de un pronunciamiento por parte de la Procuraduría debe carecer del efecto vinculante propio de nuestros dictámenes y, además, está sujeta a lo que disponga la Contraloría en el ejercicio de su competencia. No obstante, dicha emisión se justifica como una forma de asesorar a la Administración y orientarla en el ámbito contractual. Es de advertir y así debe quedar claro que la decisión sobre el punto está sujeta a lo que resuelva la Contraloría. Por consiguiente, la decisión de acudir a una contratación directa ya no con base en lo dispuesto en el inciso h) del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa, sino de lo preceptuado en el inciso d) escapa a la competencia de la Procuraduría como órgano consultivo, quedando exclusivamente a la responsabilidad de la Administración y a lo que disponga el Organismo de Control.

Teniendo presente lo antes señalado, nos referirnos al fondo de su consulta. En relación con lo consultado, interesa destacar que efectivamente el ordenamiento jurídico permite la contratación directa aún cuando no satisface plenamente los principios de libre participación y publicidad. Como toda contratación administrativa, la celebrada en forma directa debe tender a la satisfacción del interés general, pero además éste puede constituirse el fundamento de una negociación directa.

A.-LA CONTRATACION DIRECTA ES UN MEDIO VALIDO, AUNQUE EXCEPCIONAL, DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA

La contratación administrativa se realiza por procedimientos contractuales determinados. Una de sus características es, precisamente, la sujeción a los concursos públicos, en que los principios de publicidad, igualdad de oportunidades, de participación y, por ende, la idea de competencia constituyen los principios rectores. Principios que, empero, no pueden ser alcanzados cuando las circunstancias excepcionales determinan la necesidad de una contratación directa en vez de un concurso público.

1-. En materia de contratación, la regla es el concurso

El sistema de contratación administrativa debe propiciar la mayor competencia en la búsqueda de la mejor satisfacción del interés público. Y para ello se necesita que la Administración no sólo permita, sino que propicie, que diversas personas le ofrezcan sus bienes o servicios. El concurso y, particularmente, la posibilidad de una mayor competencia, tiene como objeto que la Administración contrate con la persona, física o jurídica según corresponda, que reúna las mejores condiciones para satisfacer las necesidades administrativas. En la medida en que participe el mayor número de oferentes, la Administración puede realizar una mejor selección. Por ende, puede lograr una mejor satisfacción del interés general. Esa satisfacción explica que la contratación administrativa moderna se rija por los principios de amplia publicidad, libre acceso de los que reúnan los requisitos y la igualdad de participación. Ergo, los procedimientos contractuales deben propiciar la concurrencia entre diversos oferentes. La Administración debe contar, así, con varias ofertas donde escoger, incluso cuando se trata de contrataciones *intuitu personae*, como es el caso de las concesiones de servicio público.

En ese sentido, la necesidad de concurrencia, la publicidad de los procedimientos tienden a concretizar principios de buena administración y moralidad administrativa y, por ende, la necesidad de una gestión honorable de los fondos públicos. Gestión que obliga a evitar el favoritismo y el negociado. Es por ello que se propicia el concurso como forma de selección del cocontratante de la Administración. Esa necesidad lleva a postular la licitación como la regla del procedimiento de contratación administrativa.

La licitación entraña un mecanismo restrictivo de la libre elección del cocontratante, pero también de la competencia de la autoridad administrativa. La Administración no es libre para contratar con quien desee. Debe hacerlo buscando la satisfacción del interés público, pero con apego al procedimiento que legalmente corresponda. Se parte de que la satisfacción del interés público no se logra si no se propicia la libre concurrencia en condiciones de igualdad de participación. Estos objetivos se consiguen sujetándose al procedimiento de concurso que corresponda, lo cual está determinado por el monto del gasto que implique el contrato en relación con el presupuesto ordinario de la Administración interesada en la contratación.

De lo anterior se sigue el rechazo de la negociación directa como forma de contratación administrativa. Se estima que esta negociación directa, al rehuir la competencia, puede dar lugar a una contratación ilícita, viciada e incluso a prácticas de corrupción. Es por ello que la necesidad de una cierta concurrencia se impone para todos los organismos públicos que puedan actuar con un grado de poder en el mercado.

2-. No obstante, se permite la contratación directa

El contrato es un medio, un instrumento, no un fin. El procedimiento de contratación es también instrumental, por lo que la licitación no puede convertirse en un fin en sí misma. Se contrata para posibilitar el cumplimiento de los fines públicos, no para obstaculizarlo. Dejando de lado la necesidad de celeridad en la satisfacción de los requerimientos administrativos y del fin público asignado, se plantean supuestos ante los cuales el procedimiento de licitación constituye un obstáculo para la actividad administrativa y para el cumplimiento del fin público: la publicidad puede atentar contra la seguridad implícita en el objeto de ciertas contrataciones; un procedimiento formalista y complejo puede resultar incompatible con determinadas contrataciones de poco monto o que se fundan en la exclusividad del producto o del oferente. Las mismas reglas de buena administración pueden determinar la necesidad de un procedimiento de contratación directa, sea porque el trámite de licitación aumenta los costos del negocio, sea porque resulte incompatible con el principio de eficiencia que rige la actividad administrativa.

Estos aspectos no fueron desconocidos por los constituyentes. Algunos constituyentes cuestionaron la racionalidad de la regla de licitación, señalando la conveniencia de que el Estado realizara obras en forma directa. Incluso se recomendó omitir el tema de la licitación a nivel constitucional, por no ser una regulación de contenido constitucional. Estas críticas explican que, si bien la Constitución contenga la regla de la licitación, no imponga que ésta sea pública. (Véase, Asamblea Nacional Constituyente: Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta Nacional, 1955, p. 447).

Resulta evidente que una interpretación que prohíba en forma absoluta la contratación directa se enfrentaría a la realidad institucional y social, por cuanto no daría cuenta de las necesidades a que se enfrenta la Administración Pública, ni permitiría satisfacer en muchos casos el interés público, con violación del orden público constitucional. De modo que la Administración debe poder recurrir a ese mecanismo cuando circunstancias especiales establecidas expresamente por la ley lo justifique. Esta posibilidad no desmerece el procedimiento licitatorio, que continua siendo la regla frente al carácter excepcional de la contratación directa; pero impide convertirlo en un fin en sí mismo y en un fin superior al interés público.

Así, el desarrollo legislativo de la contratación tiende a establecer mecanismos de contratación directa. Dentro de esa perspectiva, el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa autoriza la posibilidad de una contratación directa cuando se produzca alguno de los motivos que indica: actividad ordinaria, seguridades especiales, acuerdos entre entes de Derecho Público o con Estados u otros sujetos de Derecho Internacional, urgencia, fondos de caja chica, contrataciones de obra o alquiler en el exterior, motivos cuya razonabilidad es indiscutible, máxime que la realización de un concurso impediría la satisfacción del interés público u obligaría a mayores gastos, con detrimento del cumplimiento de los objetivos de la política económica y fiscal del Estado.

Empero, la contratación directa se analiza como un mecanismo de excepción. Lo que obliga al legislador a regular expresamente bajo qué condiciones puede la Administración recurrir a dicho procedimiento. En consecuencia, sólo en los casos de excepción expresamente establecidos por la Ley de Contratación Administrativa u otras normas de rango legal puede la

Administración recurrir a la contratación directa.

Se ha cuestionado si el establecimiento de esas excepciones es constitucional. La respuesta de la Jurisdicción Constitucional es positiva. Recientemente, la Sala resolvió:

"VII. - DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONTRATACION DIRECTA COMO EXCEPCIÓN AL REGIMEN DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO .- En numerosas ocasiones este Tribunal se ha pronunciado en relación con el contenido del artículo 182 de la Constitución Política y a los principios constitucionales que de esta norma se derivan (en este sentido remite a las sentencias 2202-93, de las quince horas treinta y nueve del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y tres, 2633-93, de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres, 078-7-94, de las quince veintiuno de ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, 3348-95, de las ocho horas treinta minutos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, 1205-96 de las nueve horas del quince de marzo de mil novecientos noventa y seis y 0998-98 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, entre otras). Específicamente en relación con el tema de las excepciones a los procedimientos licitatorios (contratación directa) que dispone el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, que autoriza a la Administración Pública para contratar bienes y servicios mediante el procedimiento de la contratación directa, la jurisprudencia de este Tribunal se ha desarrollado en el sentido de que resulta constitucionalmente válido en determinadas circunstancias especiales, que se establezcan en el ordenamiento calificadas excepciones al régimen licitatorio, el que por sus especiales condiciones hacen que la realización de este tipo de concursos sea abiertamente incompatible con la consecución del fin público. El examen de conveniencia y oportunidad para acudir a estas figuras especiales de la contratación debe realizarlo la propia Administración, con apego a los límites de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad constitucionales. Es en tal sentido que mediante la sentencia número 6754-98 de las quince horas treinta y seis minutos del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, la Sala dispuso que: "IV(...) el principio general que rige la contratación administrativa es que la misma debe verificarse 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

reguladas de conformidad con las disposiciones de la Ley y, además, la contratación directa." Añadió en esa misma oportunidad que, el artículo 182 de la Constitución Política no establece una prohibición absoluta para la Administración para utilizar el procedimiento de contratación directa como erróneamente sostienen los accionantes, sino que: "(...) la contratación directa encuentra su justificación en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, puesto que su principal característica es que procede en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible o sumamente difícil convocar a un proceso licitatorio ordinario, bajo la grave amenaza de ver comprometido el interés público ". Del precedente citado se infiere que la contratación directa es un procedimiento de excepción que por un lado tiende a garantizar el interés público, y por otro responde a necesidades muy puntuales que urgen ser satisfechas por medios más expeditos que el que ofrece el procedimiento licitatorio común, lo que debe procurarse en armonía con los supuestos expresamente dispuestos previamente en una norma de carácter legal. Más recientemente, mediante la sentencia 01-2660 de las quince horas veinticuatro minutos del cuatro de abril del dos mil uno, este Tribunal analizó la constitucionalidad de los artículos 96 de la Ley de la Administración Financiera No. 1279 y 212 del Reglamento General de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No.7576-H, así como el inciso h) del artículo 2 de la actual Ley de Contratación Administrativa No.7494 y el artículo 83 de su reglamento, Decreto Ejecutivo No.25038-H aquí impugnados. En dicha oportunidad destacó que los principios derivados del artículo 182 constitucional son aplicables a toda la actividad contractual de la Administración y la contratación directa se presenta como una de las excepciones válidas al procedimiento de licitación. Sala Constitucional, resolución N° 3487-2003 de 14:09 hrs. de 2 de mayo de 2003. La cursiva no es del original.

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 público². Sala Constitucional, resolución N° 2060-01 de 15:24 hrs. del 4 de abril de 2001.

Agregó el Tribunal en esta resolución:

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 posible 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..."

A partir de lo expresado en las sentencias de mérito, se evidencia que la contratación directa no rompe el ordenamiento constitucional, pero que su regularidad jurídica depende de la efectiva realización de los supuestos que el legislador haya establecido como fundamento de la contratación directa.

B.-EL INTERES PUBLICO Y LA CONTRATACION DIRECTA

Señala Ud. que la Administración puede acudir a la contratación directa bajo criterios de razonabilidad, oportunidad y conveniencia del orden público. Lo que le permitiría acogerse a una de las excepciones que prevé el artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa.

1-. Posibilidades de contratación directa

Dispone el artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa:

"Excepciones

Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta ley las siguientes actividades:

a) La (actividad ordinaria)* de la Administración, entendida como el suministro directo al usuario o destinatario final, de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines. (*) Interpretada por Resolución de la Sala Constitucional N° 6754-98 de las 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998.

b) Los acuerdos celebrados con otros Estados o con sujetos de derecho público internacional.

c) La actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público.

d) La actividad de contratación que, por su naturaleza, las circunstancias concurrentes o su escasa cuantía, no se pueda o no convenga someterla a concurso público sea porque solo hay un único proveedor, por razones especiales de seguridad, urgencia apremiante u otras igualmente calificadas, de acuerdo con el reglamento de esta ley.

e) Las compras realizadas con fondos de caja chica, según se dispondrá reglamentariamente, siempre y cuando no excedan de los límites económicos fijados conforme al inciso anterior.

(...).

h) Las actividades que, mediante resolución motivada, autorice la Contraloría General de la República, cuando existan suficientes motivos de interés público.

(...)." .

La actividad contractual que pretende desarrollar el Ministerio no se ubica dentro del concepto de actividad ordinaria ni podría considerarse un contrato entre sujetos de Derecho Internacional o entre entes de Derecho Público, por lo que una contratación directa tendría que resultar justificada en algún otro de los supuestos legales. En concreto, lo dispuesto en los incisos d) y h) del artículo 2.

Una contratación directa puede ampararse en el inciso d) cuando se funda en razones de seguridad, exclusividad, urgencia. Es la naturaleza de la contratación o las circunstancias que concurren en el proceso lo que determina la conveniencia de contratar en forma directa. Este aspecto es desarrollado por el Reglamento, en su artículo 79. Dispone ese numeral en lo que aquí interesa:

"79.-

Actividades por naturaleza y circunstancias no sujetas a concurso público

(...).

79.3 Contratos con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas que evidencien su afán de ayuda desinteresada a la Administración y su ausencia de ánimo de lucrar en la respectiva operación.

(...)".

Estima la Procuraduría que para que el supuesto reglamentario se configure deben concurrir dos elementos: la entidad de que se trate debe guiarse por objetivos diferentes al lucro. No se trata sólo de verificar que por la naturaleza del ente, éste debe buscar otro tipo de interés sino que es indispensable que al participar en el contrato se procure simplemente beneficiar a la Administración. El afán de ayuda a la Administración debe ser evidente. Puesto que la participación en el contrato es desinteresada, eso significa que la empresa contrata con la Administración directamente para ayudarla, no para obtener una utilidad propia con el contrato que le permita lucrar. Si el contrato prevé la derivación de utilidades para la entidad, éstas tendrían que ser mínimas para considerar que la participación se motiva en el simple interés de ayudar. Aspecto que es importante valorar en tratándose de contrataciones millonarias.

Si el legislador afirma el carácter de excepción de este supuesto, ello se debe a que la contratación administrativa es normalmente un negocio oneroso:

"El cocontratante de la Administración está guiado principalmente, al contratar, por un interés privado patrimonial, financiero o económico. Este interés económico privado se materializa fundamentalmente en la contraprestación que, por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, debe recibir generalmente de la Administración contratante, el cocontratante de ésta", A, BREWER-CARIAS: Contratos Administrativos, Editorial Jurídica Venezolana, 1997, p. 185.

Es precisamente ese interés económico lo que justifica la importancia de mantener el equilibrio financiero en los contratos administrativos y que en los contratos de obra pública lleva al

reconocimiento de reajustes de precio.

Puesto que la decisión de contratar fundándose en el inciso d) del artículo 2 de la Ley y del 79, inciso 3) del Reglamento corresponde exclusivamente a la Administración, es ésta quien debe valorar si existe efectivamente ausencia de interés particular en la contratación y si los términos de la negociación imposibilitan un lucro, por lo que una determinada empresa privada oferta para efectos de ayudar a la Administración. Es claro, sin embargo, que la decisión que se adopte está sujeta al control de la Contraloría General de la República y, en su caso, a los tribunales judiciales.

2-. Una contratación por interés público

Se afirma que la contratación directa se justifica en razones de interés público.

Toda contratación administrativa debe dirigirse a satisfacer el interés general, pero también éste puede fundar la decisión de contratar en forma directa. En efecto, el legislador previó expresamente el interés público como fundamento de la excepción, según lo dispuesto en el inciso h) del artículo 2 de la Ley. Motivo que es desarrollado en el numeral 83 del Reglamento, al disponer:

"83.-

Autorización de contratación directa

83.1 La Contraloría General podrá autorizar, mediante resolución motivada, la contratación directa en otros supuestos no previstos por las anteriores disposiciones, cuando existan razones suficientes para considerar que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general, o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.

(...)".

La Ley autoriza a la Contraloría General de la República a otorgar

autorizaciones para contrataciones directas. El Organo de Control puede autorizar el recurrir a la contratación directa por motivos de interés público. Lo que implica que corresponde en último término a la Contraloría el determinar la necesidad y conveniencia, el mérito de realizar la contratación en forma directa, para lo cual puede apreciar la oportunidad, el interés público de que no se realice una licitación. En ese sentido, la Administración no está autorizada por el ordenamiento para contratar en forma directa porque exista interés público. Una contratación directa por interés público es posible, pero requiere de la autorización de la Contraloría General. El punto es qué se entiende por "interés público".

Como la autorización se funda en la apreciación del interés público, se trata de "supuestos no previstos" por el ordenamiento. Lo que significa que puede fundarse en cualquier motivo de interés público no retenido expresamente por el legislador. Es la Contraloría la que, a partir de los elementos presentes en la solicitud administrativa, establece si existe interés público en la contratación directa y si ese interés no puede ser satisfecho a través de otro procedimiento. Una competencia que debe ser ejercida dentro:

"...de los límites de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad constitucionales, correspondiendo por su parte a la Administración licitante conciliar el trámite del procedimiento de contratación directa con los postulados de utilidad, justicia, igualdad y no discriminación, entre otros, todos de la contratación administrativa" (Sala Constitucional, resolución N° 3487-2003 de 14:09 hrs. de 2 de mayo de 2003).

El interés público que en términos generales identificamos con el interés general, es el fin último de la acción pública, al punto que se le considera la "piedra angular de la acción pública". Es el fundamento de la legitimación de la actuación administrativa (cfr. Conseil d'Etat: Réflexions sur l'intérêt général . Le rapport public pour 1999), que garantiza la adhesión de los ciudadanos a la acción del Estado (F. RANGEON: L'idéologie de l'intérêt général, Economica, 1986, p.9). En ese sentido, el interés general confiere al Estado el poder de actuar sobre el conjunto de los individuos, superponiéndose a los distintos fines particulares. Se explica entonces que el interés general pueda actuar como fundamento de contrataciones administrativas directas, derogando la regla de concurso público.

El interés general es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser precisado en cada caso:

"...Norma variable, el interés general adquiere un sentido preciso en el contexto de una situación particular. Sin embargo, esta adaptación a las situaciones concretas supone un principio de orden, una lógica que guía la aplicación de la norma. F. RANGEON: op. cit. p. 21.

Una lógica que hoy en día es preponderantemente económico-social: la utilidad económica y social derivada por la colectividad, no por la Administración Pública. A partir de esa utilidad debe precisarse el interés general en cada caso. Es por ello que no puede afirmarse a priori que una determinada contratación directa es de interés general. Solo el análisis del contexto y de las condiciones que rodean la contratación podrá revelar tal naturaleza, máxime si se considera que lo normal es que sea de interés público contratar por medio de un concurso público.

El interés general puede referirse a diversos valores y bienes tutelados por el ordenamiento. En ese sentido, puede ser un interés social o económico. Pero, ¿puede considerarse que una ventaja financiera es por sí misma un interés general? No obstante la importancia que hoy día adquiere el aspecto financiero y fiscal en la actuación administrativa, no puede considerarse que exista una identidad absoluta entre interés financiero e interés general, de manera tal que todo interés financiero sea un interés general. Estos intereses son de naturaleza diferente. El Interés general puede recubrir una situación socioeconómica, educativa, cultural, de salud e higiene y eventualmente, un interés financiero. Se acepta, empero, que el interés financiero configura un interés general solo en situaciones excepcionales. Eso indica que la posibilidad de un ente de obtener una ventaja financiera o el monto de una determinada transacción no es en sí mismo un interés público, aún cuando financieramente pueda ser relevante. De la misma forma, la cuantía de una transacción o contratación no puede determinar el carácter general y público del interés.

En nuestro medio la diferencia entre interés financiero e interés general puede considerarse presente en la Ley General de la Administración Pública. Preceptúa el artículo 113 de dicha Ley:

"Artículo 113.-

1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.

3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia".

Al proponer este artículo, Ortiz Ortiz comenta:

"Este es un artículo que nosotros tomamos de Agustín Gordillo, publicista argentino, porque nos pareció conveniente el hacer ver que hay muchos casos donde el interés de la Administración es un sujeto que se interpone al interés mismo de la comunidad en relación con un servicio, por ejemplo, puede ser que se el compruebe a una institución, puede ser el Ferrocarril Eléctrico al Pacífico, que es muy importante que abra un ramal del ferrocarril, pero la Institución sostiene que ese nuevo ramal no es lucrativo o que va resultar en pérdidas y es que se desprende de la Ley Orgánica misma de la Institución que es una institución de servicio al costo, entonces nosotros ponemos aquí que se ha de preferir el interés de la comunidad en el servicio al interés económico o patrimonial de la Administración como sujeto de derecho". R, QUIROS CORONADO: Ley General de la Administración Pública, concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional Actas de la Ley General de la Administración Pública, ASELEX S. A., 1996, p. 213.

La presencia o no de identidad entre interés financiero e interés general no puede radicarse en el monto mínimo o máximo de una determinada operación, como pareciera desprenderse del oficio que nos ocupa. Por el contrario, para establecer que el interés

financiero coincide o no con el interés general debe considerarse un conjunto de factores y, en particular, la satisfacción de la necesidad pública dentro del mayor respeto del ordenamiento y de los derechos de los ciudadanos.

En ese sentido, si la acción se funda en el interés público es porque efectivamente éste existe más allá del interés financiero que recubre la actuación y, consecuentemente, ese interés público no puede estar en función del monto de una determinada negociación. Observamos, al efecto que la autorización de contratación directa por el monto alude, precisamente, a contrataciones de poca "transcendencia económica" (la "escasa cuantía" a que alude el Ministerio), lo que haría presuponer que si el negocio es estimado en un monto bajo, no podría considerarse la posibilidad de una contratación directa como único medio de satisfacer el interés público. Por el contrario, se estaría ante una contratación directa de las previstas en el inciso d) del artículo 2. Con ello indicamos que el supuesto del inciso h) del artículo 2 no se refiere al mayor o menor costo de la contratación.

Por ello, para plantear una solicitud de autorización al Organo Contralor, lo importante es establecer si del conjunto de circunstancias que rodean la negociación que se pretende, se extrae la presencia del interés general, independientemente de que el monto sea X o Y.

CONCLUSION:

Por lo antes expuesto, es opinión no vinculante de la Procuraduría General de la República, que:

1-. Si bien en materia de contratación administrativa la regla es el concurso público, el ordenamiento permite la contratación en forma directa.

2-. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional no puede considerarse que la contratación directa en los supuestos excepcionales autorizados por el legislador constituya un rompimiento del orden constitucional y legal.

3-. La apreciación de los motivos que conforme el inciso d) del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa autorizan contratar en forma directa corresponde a la Administración Pública, bajo el control de la Contraloría General de la República. En ese sentido, escapa a la competencia de la Procuraduría General como Organismo Consultivo el apreciar si la contratación con una determinada empresa se ajusta a lo dispuesto legalmente.

4-. En todo caso, cabe señalar que de dicho inciso y del artículo 79.3 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se desprende la necesidad de comprobar que al cocontratante seleccionado no le mueve un interés lucrativo. Aspecto que debe resultar de la comparación de las condiciones financieras ofrecidas por la empresa y su valoración a la luz de la totalidad del contrato que se proyecte realizar.

5-. La Contraloría General de la República es competente para autorizar una contratación fundada en el interés general. Interés general que está en relación con la satisfacción de la necesidad pública que se pretende satisfacer. Si bien el interés financiero (monto que se ahorraría o que obtendría la Administración por acudir a la contratación directa) es importante, ese interés no configura por sí mismo un interés público. Se trata, entonces, de un elemento más que contribuye a definir la presencia del interés general. Por ello éste puede existir independientemente del monto, reducido o amplio, de la contratación.

De la señora Viceministra, muy atentamente,

Dra. Magda Inés Rojas Chaves

PROCURADORA ASESORA

c) Opinión de la Contraloría General de la República.

[CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁶

12 de noviembre de 1999

DAGJ-296-99

Licenciado

Mauricio Madrigal Calvo

Proveedor

REGISTRO NACIONAL

Asunto: Firma de las cotizaciones en procedimientos de contratación directa.

Estimado señor:

Nos referimos a su oficio número DPRN-99-3138 del pasado 14 de octubre, mediante el cual nos consulta si las cotizaciones que son presentadas en procedimientos de compra directa deben ser firmadas por el representante legal de la empresa oferente, tal como lo estima el Departamento de Asesoría Legal de ese organismo, o, si en consideración a la escasa cuantía de esas contrataciones basta con que el representante legal, por escrito, indique el personal de su empresa que esta autorizado para cotizar, posición que mantiene esa Proveeduría.

Sobre el particular, entendemos que la consulta se refiere a las contrataciones directas que como excepción a los procedimientos de concurso permite el numeral 2 inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa, concretamente en cuanto a la escasa cuantía de la compra -según el respectivo grupo presupuestario en que se ubique cada entidad- y no a los otros supuestos de excepción permitidos por nuestro Ordenamiento Jurídico.

En esos casos, por el limitado volumen y trascendencia económica de la contratación, se dejan de lado los rígidos formalismos de la licitación y se permite mayor agilidad en la compra, por supuesto respetando los aspectos básicos de la materia, tal como lo indica el artículo 75.2 del Reglamento General de Contratación Administrativa, al expresar:

“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 Contratación Administrativa (...)"

No obstante, al amparo de esa norma no podría pretenderse que se tengan que observar los requisitos propios de un procedimiento concursal en una contratación directa de escasa cuantía, pues entonces la mayor flexibilidad que ésta supone quedaría en letra muerta.

El numeral 79.4.8. del Reglamento General de Contratación Administrativa al referirse a la contratación directa en razón de la cuantía, textualmente indica:

"En los casos anteriores, la Administración acudirá al Registro de Proveedores para seleccionar al contratista, procurando brindar, en el transcurso del tiempo, un acceso igual a todos los oferentes. Cuando no exista en el Registro de Proveedores una persona calificada para la prestación, la Administración podrá seleccionarla directamente".

En tal sentido, la antigua Dirección General de Contratación Administrativa de este Organismo Contralor, en su Oficio No.107 (DGCA-21-98) del 7 de enero de 1998, señaló:

"La contratación directa basada en la "escasa cuantía" tiene por finalidad arbitrar un procedimiento ágil, rápido, en función de la poca monta que reviste el negocio para la Administración. Se parte del supuesto de que en estos casos se da una observancia atenuada o disminuida, de los principios de contratación. Así, por ejemplo, el principio de libre participación no tiene cabida, porque justamente, se pretende efectuar una contratación ágil, entre un número reducido de inscritos o de potenciales proveedores, entre quienes sí debe respetarse el principio de igualdad de trato. Como corolario de lo anterior, en la contratación directa no hay obligación de dar publicidad en el Diario Oficial o en diarios de circulación nacional. (...) Si la Administración no dispone de oferentes idóneos en su Registro, para proceder en la forma dispuesta, esta Contraloría General es del criterio de que en forma oficiosa la Proveeduría u órgano a cargo de la compra, debe gestionar la presentación de al menos tres proformas de proveedores idóneos, que le permitan acreditar en el respectivo expediente la conveniencia de la decisión que finalmente llegue a adoptar y que ha negociado en forma beneficiosa."

En el mismo sentido, mediante el oficio N°11001 (DGCA-1165-99) de 28 de setiembre de 1999, la anterior Dirección General de Contratación Administrativa dispuso la flexibilidad de requisitos en relación con la prestación de las declaraciones juradas de estar al día en el pago de los impuestos nacionales cuando la entidad tramita contratación directa de escasa cuantía, en los siguientes términos:

"Damos respuesta a su oficio DA-SAS-003-99, mediante el cual nos consulta la interpretación que debe darse al artículo 53.1., del Reglamento General de Contratación Administrativa, por cuanto, nos indica, a raíz de lo dispuesto por el Departamento de Tesorería de esa entidad, se solicita a todas aquéllas personas físicas y jurídicas que tengan un vínculo comercial con el Ministerio, presentar una certificación de solvencia económica, lo cual estiman está causando trastornos con los oferentes.

Sobre el particular, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

El artículo 53.1. del Reglamento General de Contratación Administrativa dispone:

"Artículo 53.- Declaraciones juradas

53.1. La oferta contendrá declaración jurada de que el oferente se encuentra al día en el pago de todo tipo de impuestos nacionales. En caso de resultar adjudicatario, el contratista deberá aportar una certificación en donde se acredite oficialmente esta condición, antes de que se efectúe cualquier pago."

De acuerdo con el texto literal de esa disposición reglamentaria, la obligación de comprobar el contenido de lo consignado en la declaración jurada contenida en la oferta, es a cargo del adjudicatario, únicamente. Ahora bien, esa disposición es propia de procedimientos concursales, no de la contratación directa de escasa cuantía, donde por su propia naturaleza, se supone que el trámite es más fluido y expedito (ver voto N°6754, de 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998, publicado en el Boletín Judicial N°2, del 5 de enero de 1999, p. 5, considerando V)."

Así las cosas, en la contratación directa se justifica la

observancia de menos formalidades en aras, precisamente, de una mayor agilidad. En consecuencia, estima este Despacho que la cotización en una contratación directa no requiere cumplir con los estrictos formalismos de una oferta presentada a un concurso licitatorio, por lo cual resulta admisible que esa propuesta sea realizada en papel membreteado de la firma comercial y sea suscrita por un empleado autorizado de esa firma. Tratándose de personas físicas, su cotización sí debe venir suscrita por ella misma, con indicación de su nombre completo, número de cédula y dirección exacta.

En el caso de que el representante legal de la compañía proveedora expresamente autorice a uno o varios empleados para suscribir cotizaciones de contrataciones directas, constituye razón de más para tener las mismas por válidas y ajustadas a derecho, aspecto que consideramos no debe condicionar la aceptación de la propuesta en este tipo de contrataciones.

Al respecto el Código de Comercio en su artículo 372, párrafo primero, establece:

"Si un comerciante por medio de circular dirigida a sus corresponsales autorizare a un empleado para hacer determinadas operaciones de su ramo, serán válidos y obligatorios los contratos que el empleado celebre con las personas a quienes se comunicó la circular, siempre que el acto o contrato llevado a cabo se halle dentro de las funciones confiadas a dicho comisionado. Igual comunicación es necesaria para que la correspondencia de los comerciantes, firmada por el dependiente, sea eficaz con respecto a las obligaciones que por ella se contraigan".

Adicionalmente, debemos indicar que en el caso de las contrataciones directas, es factible aceptar que la invitación, así como la cotización, sean sometidas mediante fax.

En conclusión, en los procedimientos de compra directa por la escasa cuantía de la negociación, no resulta indispensable que la cotización sea firmada por el representante legal de la empresa oferente.

Atentamente,

DIVISION DE ASESORIA Y GESTION JURIDICA

Lic. Jesús Mora Calderón

Gerente Asociado

Estudio y redacción:

Lic. Eduardo Zumbado Esquivel. Abogado

FUENTES CITADAS

- 1 PADILLA CUBERO, Monica. Contratación Directa. Procedimiento de excepción en la contratación administrativa. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. U.C.R. 2002. pp 124-127.
- 2 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley de Contratación Administrativa. Ley : 7494 del 02/05/1995.
- 3 PODER EJECUTIVO. Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Decreto Ejecutivo: 33411 del 27/09/2006.
- 4 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. RESOLUCION N° 2007-003319. San José , a las trece horas y uno minutos del nueve de marzo del dos mil siete.
- 5 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica. OJ-227-2003 del 11 de noviembre de 2003
- 6 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficio: DAGJ-296-99, 12 de noviembre de 1999.