



EL RÉGIMEN DE PROHIBICIÓN EN LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Licitación Pública.
Palabras Claves: Licitación Pública, Funcionario Público, Contratación Administrativa, Prohibiciones a Funcionarios Públicos, Oferentes.	
Fuentes de Información: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha: 18/03/2013.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
El Régimen de Prohibiciones en la Licitación Pública	2
Ámbito de Aplicación	2
Alcances	3
Levantamiento de las Incompatibilidades	5
Prohibición de Influencias	6
Efectos del Incumplimiento al Régimen de Prohibiciones	6
DOCTRINA	6
La Incompatibilidad de Funciones	6
JURISPRUDENCIA	7
1. Nulidad de la Adjudicación por Vínculos entre Funcionarios y Oferentes	7
2. El Despido como Sanción por Cometer Infracciones al Régimen de Prohibiciones de Participación en la Licitación Pública	12
3. La Responsabilidad Derivada de la Adjudicación Irregular	16
4. Sobre la Prohibición de los Funcionarios Públicos de Contratar con la Administración Pública. El caso de la Concesión de una Placa de Taxi	30
5. Sobre la Contratación entre el Instituto Nacional de Seguros y los Funcionarios Públicos	45

RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre el Régimen de Prohibiciones en la Licitación Pública, para la cual son aportadas las citas normativas, doctrinarias y jurisprudenciales que definen este régimen y establecen las reglas para su correcta aplicación en la Contratación Administrativa.

NORMATIVA

El Régimen de Prohibiciones en la Licitación Pública

[Ley de Contratación Administrativa]ⁱ

Ámbito de Aplicación

Artículo 22. **Ámbito de aplicación.** La prohibición para contratar con la Administración se extiende a la participación en los procedimientos de contratación y a la fase de ejecución del respectivo contrato.

Existirá prohibición sobreviniente, cuando la causal respectiva se produzca después de iniciado el procedimiento de contratación y antes del acto de adjudicación. En tal caso, la oferta afectada por la prohibición no podrá ser adjudicada; se liberará al oferente de todo compromiso con la Administración y se le devolverá la respectiva garantía de participación.

Cuando la prohibición sobrevenga sobre un contratista favorecido con una adjudicación en firme, la entidad deberá velar con especial diligencia porque se ejecute bajo las condiciones pactadas, sin que puedan existir en su favor tratos distintos de los dados a otros contratistas en iguales condiciones.

El funcionario sujeto a la respectiva prohibición deberá abstenerse de participar, opinar o influir, en cualquier forma, en la ejecución del contrato.

El incumplimiento de esta obligación se reputará como falta grave en la prestación del servicio.

Existirá participación directa del funcionario cuando, por la índole de sus atribuciones, tenga la facultad jurídica de decidir, deliberar, opinar, asesorar o participar de cualquier otra forma en el proceso de selección y adjudicación de las ofertas, o en la etapa de fiscalización posterior, en la ejecución del contrato.

La participación indirecta existirá cuando por interpósita persona, física o jurídica, se pretenda eludir el alcance de esta prohibición. Para demostrar ambas formas de participación se admitirá toda clase de prueba.

(Así reformado por el artículo 65 de la Ley N° 8422 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004).

Alcances

Artículo 22 bis. Alcance de la prohibición. En los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a esta Ley, tendrán prohibido participar como oferentes, en forma directa o indirecta, las siguientes personas:

- a) El presidente y los vicepresidentes de la República, los ministros y los viceministros, los diputados a la Asamblea Legislativa, los magistrados propietarios de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal Supremo de Elecciones, el contralor y el subcontralor generales de la República, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el tesorero y el subtesorero nacionales, así como el proveedor y el subproveedor nacionales. En los casos de puestos de elección popular, la prohibición comenzará a surtir efectos desde que el Tribunal Supremo de Elecciones declare oficialmente el resultado de las elecciones.
- b) Con la propia entidad en la cual sirven, los miembros de junta directiva, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los subgerentes, tanto de las instituciones descentralizadas como de las empresas públicas, los regidores propietarios y el alcalde municipal.
- c) Los funcionarios de las proveedurías y de las asesorías legales, respecto de la entidad en la cual prestan sus servicios.
- d) Los funcionarios públicos con influencia o poder de decisión, en cualquier etapa del procedimiento de contratación administrativa, incluso en su fiscalización posterior, en la etapa de ejecución o de construcción.

Se entiende que existe injerencia o poder de decisión, cuando el funcionario respectivo, por la clase de funciones que desempeña o por el rango o jerarquía del puesto que sirve, pueda participar en la toma de decisiones o influir en ellas de cualquier manera. Este supuesto abarca a quienes deben rendir dictámenes o informes técnicos, preparar o tramitar alguna de las fases del procedimiento de contratación, o fiscalizar la fase de ejecución.

Cuando exista duda de si el puesto desempeñado está afectado por injerencia o poder de decisión, antes de participar en el procedimiento de contratación administrativa, el interesado hará la consulta a la Contraloría General de la República y le remitirá todas las pruebas y la información del caso, según se disponga en el Reglamento de esta Ley.

e) Quienes funjan como asesores de cualquiera de los funcionarios afectados por prohibición, sean estos internos o externos, a título personal o sin ninguna clase de remuneración, respecto de la entidad para la cual presta sus servicios dicho funcionario.

f) Las personas jurídicas en cuyo capital social participe alguno de los funcionarios mencionados en los incisos anteriores, o quienes ejerzan puestos directivos o de representación. Para que la venta o cesión de la participación social respectiva pueda desafectar a la respectiva firma, deberá haber sido hecha al menos con seis meses de anticipación al nombramiento del funcionario respectivo y deberá tener fecha cierta por cualquiera de los medios que la legislación procesal civil permite. Toda venta o cesión posterior a esa fecha no desafectará a la persona jurídica de la prohibición para contratar, mientras dure el nombramiento que la origina.

Para las sociedades cuyas acciones se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios de la Superintendencia General de Valores, tal prohibición aplicará cuando dicho funcionario controle el diez por ciento (10%) o más del total del capital suscrito de la sociedad. A este efecto la administración únicamente requerirá de la persona jurídica oferente una declaración jurada de que no se encuentra sujeta a ninguna de las causales de prohibición establecidas en este artículo.

(Así adicionado el párrafo anterior mediante el artículo 3° de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006).

g) Las personas jurídicas sin fines de lucro, tales como asociaciones, fundaciones y cooperativas, en las cuales las personas sujetas a prohibición figuren como directivos, fundadores, representantes, asesores o cualquier otro puesto con capacidad de decisión.

h) El cónyuge, el compañero o la compañera en la unión de hecho, de los funcionarios cubiertos por la prohibición, así como sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

i) Las personas jurídicas en las cuales el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes indicados en el inciso anterior, sean titulares de más de un veinticinco por ciento (25%) del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación.

j) Las personas físicas o jurídicas que hayan intervenido como asesoras en cualquier etapa del procedimiento de contratación, hayan participado en la elaboración de las especificaciones, los diseños y los planos respectivos, o deban participar en su fiscalización posterior, en la etapa de ejecución o construcción. Esta prohibición no se aplicará en los supuestos en que se liciten conjuntamente el diseño y la construcción de la obra, las variantes alternativas respecto de las especificaciones o los planos suministrados por la Administración.

Las personas y organizaciones sujetas a una prohibición, mantendrán el impedimento hasta cumplidos seis meses desde el cese del motivo que le dio origen.

De las prohibiciones anteriores se exceptúan los siguientes casos:

1. Que se trate de un proveedor único.
2. Que se trate de la actividad ordinaria del ente.
3. Que exista un interés manifiesto de colaborar con la Administración.

(Así adicionado por el artículo 65 de la Ley N° 8422 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004).

Levantamiento de las Incompatibilidades

Artículo 23. Levantamiento de la incompatibilidad. La prohibición expresada en los incisos h) e i) del artículo anterior, podrá levantarse en los siguientes casos:

- a) Cuando se demuestre que la actividad comercial desplegada se ha ejercido por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición.
- b) En el caso de directivos o representantes de una persona jurídica, cuando demuestren que ocupan el puesto respectivo, por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición.
- c) Cuando hayan transcurrido al menos seis meses desde que la participación social del pariente afectado fue cedida o traspasada, o de que este renunció al puesto o cargo de representación. Mediante el trámite que se indicará reglamentariamente, la Contraloría General de la República acordará levantar la incompatibilidad.

(Así reformado por el artículo 65 de la Ley N° 8422 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004).

Prohibición de Influencias

Artículo 24. Prohibición de influencias. A las personas cubiertas por el régimen de prohibiciones se les prohíbe intervenir, directa o indirectamente, ante los funcionarios responsables de las etapas del procedimiento de selección del contratista, ejecución o fiscalización del contrato, en favor propio o de terceros.

(Así reformado por el artículo 65 de la Ley N° 8422 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004).

Efectos del Incumplimiento al Régimen de Prohibiciones

Artículo 25. Efectos del incumplimiento. La violación del régimen de prohibiciones establecido en este capítulo, originará la nulidad absoluta del acto de adjudicación o del contrato recaídos en favor del inhibido, y podrá acarrear a la parte infractora las sanciones previstas en esta Ley.

(Así reformado por el artículo 65 de la Ley N° 8422 Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004).

DOCTRINA

La Incompatibilidad de Funciones

[Ortiz Ortiz, E]ⁱⁱ

El artículo 22 de la LCA prohíbe a los miembros así como a sus parientes en los grados que indica, el participar en ninguna licitación en la que trabajan, so pena de ser objeto de "las medidas que correspondan" para el caso de los funcionarios aludidos en el inciso a) del citado artículo (artículo 95 de la LCA). Se trata, además, de una incapacidad absoluta que produce absoluta nulidad del respectivo acto o contrato.

Artículo 95.- *"Sanciones a funcionarios cubiertos por prohibición:*

Los funcionarios públicos cubiertos por la prohibición dispuesta en el inciso a. del artículo 22 de esta ley, que participen, directa o indirectamente, en un procedimiento de contratación administrativa incurrirán en una falta grave de servicio. La autoridad competente deberá conocer de esta falta y adoptar las medidas que corresponden.

Si un diputado o un ministro infringen esta prohibición, se estará a lo previsto en el párrafo final del artículo 112 de la Constitución Política.

Si alguno de los funcionarios contemplados en el inciso b. del artículo 22 de esta ley comete la infracción, incurrirá en causal de despido sin responsabilidad patronal".

Quedan exceptuados de esta prohibición genérica, previo levantamiento de la incompatibilidad, los casos aludidos por los incisos d. 1 y e) del citado artículo 24 de la LCA, quienes acrediten que existe habitualidad en la actividad empresarial de interés (artículo 23 de la LCA).

JURISPRUDENCIA

1. Nulidad de la Adjudicación por Vínculos entre Funcionarios y Oferentes

[Sala Primera]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría:

“VI. Esta Sala comparte la tesis del Tribunal por los motivos que se dirán. El régimen de prohibiciones para contratar con la Administración Pública está contenido en el capítulo V de la LCA. En lo que interesa al presente asunto, dispone el canon 22 *“Artículo 22.—Ámbito de aplicación. La prohibición para contratar con la Administración se extiende a la participación en los procedimientos de contratación y a la fase de ejecución del respectivo contrato. [...] Existirá participación directa del funcionario cuando, por la índole de sus atribuciones, tenga la facultad jurídica de decidir, deliberar, opinar, asesorar o participar de cualquier otra forma en el proceso de selección y adjudicación de las ofertas, o en la etapa de fiscalización posterior, en la ejecución del contrato. [-*

] La participación indirecta existirá cuando por interpósita persona, física o jurídica, se pretenda eludir el alcance de esta prohibición. Para demostrar ambas formas de participación se admitirá toda clase de prueba.” Por su parte, reza el mandato 22 bis *“Artículo 22 bis.—Alcance de la prohibición. En los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a esta Ley, tendrán prohibido participar como oferentes, en forma directa o indirecta, las siguientes personas: [...] h) El cónyuge, el compañero o la compañera en la unión de hecho, de los funcionarios cubiertos por la prohibición, así como sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. [-*

] i) Las personas jurídicas en las cuales el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes indicados en el inciso anterior, sean titulares de más de un veinticinco por ciento (25%) del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación.” La violación a cualquiera de las prohibiciones, establece la norma 25 ibídem, vicia de nulidad absoluta el acto de concesión o el contrato en cuestión, y origina responsabilidad para los infractores. En el sub júdice, Ahora bien, esta Sala coincide con el Tribunal en el sentido de que la señora Acosta Acosta, hermana de la

representante de Laboratorios La Bomba, estuvo presente y participó en la sesión en que la Comisión Local Regional, donde se aprobaron las diversas solicitudes de contratación presentadas por ella y otros dos funcionarios, entre las cuales, se encontraba la de convenir directamente con la sociedad actora. Tómese en cuenta que esa decisión es el acto que da inicio al procedimiento de contratación, tal y como dispone el artículo 7 de la LCA. [...] En ese tanto, y en virtud del vínculo consanguíneo con la señora Elena María Montero Acosta, al haber participado la funcionaria Acosta Acosta en el acuerdo que aprobó la solicitud de contratación con LLBSA, esta empresa estaba impedida para ofertar, directa o indirectamente, con la entidad demandada, conforme establecen los preceptos 22 y 22 bis inciso i) en relación con el apartado h) de la LCA. Así las cosas, la funcionaria Ligia Acosta Acosta tuvo influyó y participó en el trámite de la contratación. Ello, está acreditado en el acta n.º 11-2008 y se extrae de la declaración del señor Omar Wright, quien precisó que –se insiste- estuvo presente en una reunión en la que se acordó que en su lugar, y por la incapacidad del Centro de Formación Taller Público de Limón, sería ella, como la encargada del Centro de Formación de Talamanca, a quien se encomendaba el seguimiento administrativo de los servicios por contratarse. Esta desatención implica la nulidad del acto de adjudicación, y en este caso, por tratarse de una contratación directa, del convenio, como consecuencia de la irregularidad en la presentación de la oferta y en el acuerdo de contratar con esa sociedad anónima, tomado por la Comisión Local Regional.

VII. También coincide esta Sala con el Tribunal en cuanto a la imposibilidad de ejecutar el contrato. Conforme al artículo 3 párrafo tercero de la LCA, el régimen de nulidad en esta materia se rige por lo dispuesto en la LGAP. No obstante lleva razón el casacionista en cuanto a que el artículo 173 de la LGAP impone al INA proceder acudir al contencioso de lesividad, o bien, a la declaratoria de nulidad absoluta en sede administrativa. Tampoco puede olvidarse que el canon 169 ejúsdem estatuye: *“No se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución”*; y por su parte, el 170 ibídem: *“El ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo producirá responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y eventualmente penal del servidor, si la ejecución llegare a tener lugar [...]”*. De manera que, pese a no haber iniciado el debido proceso para decretar la nulidad absoluta del acuerdo de contratar, actuó correctamente la entidad, pues enterada de la infracción al régimen de prohibiciones, y por lo tanto de la nulidad absoluta de la que padece el convenio, no podía proceder con la rúbrica del contrato y emitir la orden de inicio, pues no era pasible posible su ejecución. Todo ello, sin perjuicio, de su deber legal de la declarar de nulidad. Con independencia de si el testigo Ricardo Arroyo declaró que su negativa a suscribir el convenio obedeció a un eventual favorecimiento, es claro que la Laboratorios La Bomba se encontraba en el supuesto previsto por el precepto 22 bis inciso i), y por ello, el contrato adolece de nulidad y deviene en inejecutable. Si bien los artículos 32 de la LCA y 189 de su Reglamento, como señala el recurrente, establecen

que el acto firme de adjudicación y la constitución de la garantía de cumplimiento (cuando se exige) perfeccionan la relación contractual, en el sub lite ésta resulta inválida, toda vez que LLBSA tenía prohibición para contratar con el INA. Por otra parte, de conformidad con el mandato 21 del mismo cuerpo legal y 210 del RLCA, la actora tenía el deber de verificar la corrección del procedimiento, así como de su ejecución. En este sentido, es claro que al cursársele la invitación, esta sociedad tuvo conocimiento de la condición 5.4. del pliego que, pese a no estar consignado como admitido en la minuta de la audiencia preliminar, el propio recurrente señala que obligaba al INA a suscribir un contrato con su representada por el plazo que duren los servicios, a fin de formalizar la contratación. Ergo, estaba al tanto que la relación se formalizaba con la suscripción del contrato, es decir, que su eficacia pendía del que ambas partes firmasen el convenio (disposiciones 32 de la Ley de marras y 190 del RLCA), lo que no ocurrió. Por ende, no es de recibo que pretenda ejecutar los servicios y recibir las consecuencias económicas pactadas, tampoco los daños y perjuicios, tal y como prevé la citada norma 21 de la Ley. Por otro lado, conviene precisar que el Tribunal no confunde –como afirma el casacionista- la decisión inicial de contratar, con el acuerdo de contratar a LLBSA; por el contrario, de forma diáfana expresó que la señora Acosta Acosta participó en la sesión ordinaria de la Comisión en que se acordó iniciar la contratación, y que esto fue el antecedente para que luego se decidiera aprobar el contrato con la actora. Se impone indicar además que no es de recibo el argumento del recurrente en el sentido de que operó un silencio positivo, por cuanto se trata de un aspecto novedoso. De esta suerte, conforme al principio derivado del mandato 608 del Código Procesal Civil (de aplicación supletoria por el precepto 220 del CPCA), por el que no puede ser objeto de recurso aspectos no discutidos oportunamente, habrá de rechazarse. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 16 de la LCA, en efecto, impone a los entes públicos el deber de tramitar cualquier gestión del contratista en el plazo de 30 días hábiles; transcurrido ese tiempo sin respuesta motivada, dispone, operará el silencio positivo y se tendrá por acogida la petición, siempre y cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización o tutela, ante solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones, o bien, ante inactividades específicas frente a las cuales una norma legal haya otorgado dicha posibilidad. Sin embargo, nótese que, según informa el impugnante, el requerimiento de su representada lo era para que se le comunicase la decisión de no firmar el contrato, de manera que no se enmarca dentro de los supuestos en que puede acudir a la figura silencial para enfrentar una omisión por parte de la Administración Pública. al no pretender un derecho subjetivo o interés legítimo, resulta improcedente la aplicación de la figura. Por último, en cuantos se reclama en el recurso infracción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, con motivo de la valoración de la prueba, no explica la parte actora en que qué consistió ese quebranto, tampoco precisa respecto de qué probanzas se produjo, de

allí que se impide a este Sala verter pronunciamiento. Por todo lo anterior, deberá desestimarse el presente agravio.“

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII]^{iv}

Voto de mayoría:

“**V- SOBRE EL FONDO:** El demandado Ruiz Castro ha sostenido a lo largo del proceso, que al momento de participar como miembro de la Comisión Técnica de Licitaciones y conocer y recomendar la adjudicación de los citados concursos, desconocía que el representante de la empresa P&P Construcciones S.A., señor Mauricio Pereira Ruiz, era su sobrino. De la misma forma lo alega en esta instancia. El apelante cuestiona el fallo en los siguientes aspectos puntuales:

o Confronta el fallo, diciendo que se le imputa una responsabilidad que deviene de la omisión de un tercero, lo que se opone a los principios de la responsabilidad administrativa. Menciona en su agravio que la Comisión contaba un Asesor Legal externo, responsable de vigilar que las recomendaciones fueran conforme al Ordenamiento Jurídico, y que el conocer el régimen legal de prohibiciones, resulta muy distinto a determinar en cada caso incompatibilidades de alguno de los miembros con los representantes de los oferentes, pues no estaba en condiciones objetivas de conocer la incompatibilidad, ya que en la práctica solo se revisan los expedientes en caso de duda, y la Comisión se guía por el cuadro resumen, por lo que era obligación de la asesora legal externa, el revisar las ofertas para detectar vicios legales. Tal argumento, merece rechazo. El demandado Ruiz Castro como miembro de una Comisión encargada de valorar y recomendar las ofertas en los concursos licitatorios, suscribió una declaración en la que afirma conocer el régimen sancionatorio dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa, mismo que lo cubría al momento de emitir su recomendación en la licitación cuestionada, lo cual generaba ineludiblemente una responsabilidad intransferible. Pierde de vista el apelante, que el objeto de dicha declaración, no constituye un mero requisito (folio 314), sino, contiene el aseguramiento de que el funcionario público, conoce el régimen sancionatorio de las faltas y conductas relacionadas con la materia de contratación administrativa; lo anterior con la finalidad clara que la función desempeñada dentro de una Comisión de tal naturaleza (a saber, la revisión objetiva, el estudio y recomendación a la Junta Directiva del respectivo concurso, según folio 11 de los autos por sí y en relación con el Art. 7 del Reglamento especial proyectado que aparece como prueba N° 4 Ampo del Exp. Adm-), sea desarrollada bajo el principio de transparencia, y que sus miembros comprendan las responsabilidades y consecuencias de sus actuaciones en el desempeño de su cargo, situación que no excluye el caso concreto. Si bien, lleva razón el recurrente al indicar que la asesora legal externa contaba con responsabilidades sobre rendir la debida orientación legal al momento de realizar las recomendaciones por parte de la Comisión, tal circunstancia no excluye su responsabilidad como

miembro de dicha Comisión, la cual debía conocer en detalle cada una de las ofertas que se presentaban para los diferentes concursos, a fin de valorar y recomendar la adecuada, sin dejar de lado que sus obligaciones comprendían la vigilancia de la disposiciones de la ley que rige la materia, las cuales provienen de la aceptación del cargo y que se concretan en la declaración jurada en la que declara conocer las responsabilidades propias de esta función y de la materia, por lo cual, no resultan de recibo sus manifestaciones en torno a que surge gran diferencia entre el régimen legal de prohibiciones y el conocer la existencia de compatibilidad de alguno de sus miembros con los representantes de los oferentes, pues era de su conocimiento que en razón de su cargo, debía emitir su recomendación ajustada a Derecho; lo que no ocurrió en autos, al participar en una votación y posterior recomendación para la adjudicación de una oferente que era representada por su sobrino Mauricio Pereira Ruiz, y el hecho de que lo haya puesto en conocimiento de la Junta Directiva, no lo exenta de su responsabilidad y las consecuencias de su actuación.

Este Tribunal al analizar similar situación, en la que también concurren las mismas partes de la presente litis, determinó la importancia de la incompatibilidad en mención de la siguiente manera:

*"VI. (...) es claro que la Ley de Contratación Administrativa -en adelante LCA-, número 7494 de 2 de mayo de 1995, según reforma por la 7612 de 12 de julio de 1996 (no se aplica al caso la reforma por ley 8422 de 6 de octubre de 2004, por no estar vigente al momento de los hechos y decisiones que se juzgan), en su Capítulo V, determina una serie de prohibiciones, expresamente el artículo 22 regula que están inhibidos de participar en un proceso de contratación como oferentes los funcionarios públicos con influencia o participación directa o indirecta en cualquier etapa del procedimiento, o sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta tercer grado, o las personas jurídicas en que tales parientes sean titulares de más de un veinticinco por ciento del capital social o ejerzan puestos directivos o de representación en ellas (incisos b °, d ° y e °); situación en que evidentemente se encuentran el representante de la actora como dueño de su capital y su madre como miembro de la junta directiva respecto del doctor Ruiz Castro como funcionario, por ser tío del primero y hermano de la segunda. **Debe llamarse la atención de que la norma no regula un simple impedimento u obstáculo procesal, sino una clara y terminante prohibición;** acto seguido, el numeral 25 íbidem establece que la violación del régimen dicho originará la nulidad absoluta de la oferta, del acto de adjudicación o del contrato en que recaiga y acarreará a la parte infractora las sanciones que prevé la misma ley; lectura que conduce a dos conclusiones, una, que la consecuencia de la infracción dicha es la nulidad absoluta de los actos que benefician a quien incurrió en la figura; segunda, que la consecuencia dicha no afecta sólo el momento de la oferta, sino que se aplica a todo lo largo del procedimiento de contratación y recae igualmente sobre la adjudicación, como en este caso, o aún si ya se suscribió el contrato. (...) Tribunal Contencioso Administraivo, Sección Primera.*

Sentencia N° 344-2005 de las diez horas con veinticinco minutos del veinticuatro de agosto del dos mil cinco.”

2. El Despido como Sanción por Cometer Infracciones al Régimen de Prohibiciones de Participación en la Licitación Pública

[Tribunal de Trabajo, Sección IV]^v

Voto de mayoría

“III. Revisados que han sido los agravios de la demanda, este Tribunal en forma unánime es del criterio que lleva razón en cuanto alega.- Los hechos tenidos por probados por el Juzgado así como por la Auditoría no están cuestionados, la diferencia aquí se da en su calificación legal, es decir las consecuencias que derivan de ellos.- Es así como puede decirse que existe abundante prueba documental que da fe que el actor era accionista de la compañía el cuatro de octubre de mil novecientos noventa y nueve, fecha en que su acción y otras seis más, fueron cedidas a Miguel Cordero Benavides.- A esta fecha si bien es cierto no se había cerrado el período de recepción de ofertas del cartel licitatorio, este si se había publicado.- También está acreditado, que el actor formaba parte de la Junta Directiva, fungiendo como fiscal desde la fecha de la creación de la sociedad en mil novecientos noventa hasta agosto de mil novecientos noventa y siete, fecha a partir de la cual ocupó el cargo de secretario.- A la fecha del despido el actor fungía como jefe de mantenimiento dos, en la sección de Mantenimiento de Equipo Medico en la Uruca, que es precisamente la Unidad en donde se requerían los servicios licitados, por lo cual es innegable que dada su posición laboral, tenía algún tipo de injerencia en cuanto a los trabajos realizados en toda la unidad.-

Al trece de octubre de mil novecientos noventa y nueve, fecha en que que vencía el cartel de la licitación 99-109 el actor era directivo de la compañía, más ya no era accionista de esta pues, como se indicó supra, cedió su acción el cuatro de octubre anterior.- Motivada en esta circunstancia, aunada a que la elaboración del cartel y la adjudicación del mismo estuvo a cargo de otros funcionarios diferentes al actor, la jueza a-quo indica que no se cumple la incompatibilidad de que da cuenta el artículo 22 de la ley por cuanto el actor no tenía poder de decisión y porque este ya no participaba del capital social, por lo cual la primera causal de despido en su criterio no se acredita.- Ciertamente el actor ya no era parte del capital social de la empresa, pero al ser directivo con rango de secretario, aún cuando no ostentara representación legal dentro de la compañía, sí tenía interés directo en la gestión de la compañía, y esta le beneficiaba.- De no tener ningún interés ¿que explicación puede darse al hecho de que a pesar de haber cedido la acción, se mantuviera en la Junta Directiva?.-

Este interés en la gestión, es lo que constituye una falta de su parte, pues da pie al conflicto de intereses, conflicto que resulta tan cuestionable, que otro de los oferentes del cartel planteó una queja al sentirse agraviado.- Es menester aquí recordar que el comportamiento de un funcionario público debe ser probo e impecable y no debe ser cuestionado desde ningún punto de vista porque es depositario de la confianza de todos los usuarios de ese servicio.- Como se indicó líneas atrás, esta situación de hecho da lugar a la existencia de una falta.- La norma lo que en el fondo preve es que exista interés y este, sí existía.- Pretender como lo hace la jueza a quo que la norma contemple la forma de participación en forma taxativa, no es necesario porque como ha dicho la Sala Constitucional

*“... Debe tenerse presente que, aunque en la potestad sancionatoria disciplinaria debe respetarse el principio de tipicidad, éste no se aplica con el mismo rigor que en la materia penal: "Puede afirmarse que el principio de tipicidad constituye un principio fundamental en la responsabilidad disciplinaria, pero no en la misma forma que en ámbito jurídico-penal, ya que los principios "nullum crimen sine lege", "nullum poena sine lege" no tienen la rigidez y exigencia que les caracteriza en el derecho penal sustantivo, por cuanto la actividad sancionatoria de índole penal y la de índole disciplinaria corresponden a campos jurídicos diferentes, y los parámetros de discrecionalidad que son propios del ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa son más amplios que los de la potestad sancionatoria penal del Estado. Así, en el derecho penal, en relación con los delitos, toda pena debe estar establecida en la ley con respecto al hecho incriminado, excluyendo, por su generalidad, toda posibilidad de referencia a los llamados conceptos jurídicos indeterminados, o las cláusulas abiertas o indeterminadas; si la conducta no está plenamente definida no hay pena. En el derecho disciplinario, en razón del fin que persigue, cual es la protección del orden social general, y de la materia que regula, -la disciplina-, la determinación de la infracción disciplinaria es menos exigente que la sanción penal, ya que comprende hechos que pueden ser calificados como violación de los deberes del funcionamiento, que en algunas legislaciones no están especificados, y, en otras, sí. De manera que, el ejercicio de este poder es discrecional, de allí que proceda aplicar sanciones por cualquier falta a los deberes funcionales, sin necesidad de que estén detalladas concretamente como hecho sancionatorio, por lo cual, la enumeración que de los hechos punibles se haga vía reglamentaria no tiene carácter limitativo. Motivado en la variedad de causas que pueden generar su aplicación, en la imprecisión frecuente de sus preceptos y en la esfera de aplicación, no siempre es orgánico ni claro en la expresión literal, razón por la cual puede sancionarse discrecionalmente las faltas no previstas concretamente, pero que se entienden incluidas en el texto, siempre y cuando resulten de la comprobación de la falta disciplinaria, mediante un procedimiento creado al efecto. **La falta o infracción disciplinaria se ha definido diciendo que es una violación al funcionamiento de cualquier deber propio de su condición, aún cuando no haya sido***

especialmente definida aunque sí prevista. Los hechos determinantes de las faltas disciplinarias son innumerables, pues dependen de la índole de los comportamientos o conductas de los sujetos "subordinados", comportamientos o conductas en verdad ilimitados en número dada su variedad; por ello se deduce la existencia de tres elementos de la falta disciplinaria: 1.- un elemento material: que es un acto o una omisión; 2.- un elemento moral: que es la imputación del acto a una voluntad libre; y 3.- un elemento formal: que es la perturbación al funcionamiento del servicio o afcción inmediata o posible de su eficacia" (Sentencia número 5594-94, de las quince horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de setiembre de 1994)" (ver voto 0563-1997 (el destacado es suplido)

En cuanto a la segunda causal de que se constituyó como oferente de los servicios requeridos a pesar de que participó en el levantamiento del inventario de los equipos médicos cuyo mantenimiento se licitó, determinando no solo la cantidad de equipo, sino también el estado en que este se encontraba, la jueza concluye que la causal no se acredita en virtud de que el testigo Carlos Fernández García, jefe del actor, refiere que posiblemente el actor participó en el inventario pero que él nunca iba de gira, sino que mandaba a sus subalternos, por lo cual esta declaración descarta que el actor desplegara acción alguna en el inventario.- Es criterio del Tribunal que yerra la jueza en su apreciación.- El actor era el jefe y, para que participara en el inventario no era necesario que lo levantara en forma personal, el actor coordinó con sus subalternos, por lo cual aún cuando él no iba a la toma física, si tenía pleno conocimiento de los hallazgos encontrados.- El testigo es claro en que este coordinaba, en lo que no es claro es en que este haya realizado en forma personal en la toma física de los datos.- La posición de jefe le daba al actor un privilegio no solo con relación a los demás oferentes, sino con los demás empleados de tal Unidad, pues a diferencia de sus subalternos, si tenía conocimiento de la totalidad del inventario y el estado real de todos los equipos, por lo cual si obtuvo una ventaja indebida en razón de su puesto.- Aquí no se trata de determinar si efectivamente el actor se aprovechó de tal información para elaborar la oferta, ni tampoco su conducta debe verse en función de si se causó o no perjuicio económico, sino en la irregularidad en sí misma.- En el caso de marras, la irregularidad consiste en que se colocó en una posición de conflicto de intereses incompatible con su puesto.- Con base en esta posición, se tiene que el actor conculco la confianza depositada en él por su patrono, lo cual imposibilitó la continuación del contrato de trabajo, a pesar de sus veinticuatro años de servicio.-

La Sala Segunda ha tratado en diversas ocasiones el tema de la valoración de las faltas en los empleados públicos, sentenciando al respecto que

"Los funcionarios públicos, al ser depositarios de la confianza de todos los usuarios del servicio, deben tener un comportamiento impecable y probo, así como una conducta intachable, siendo que sus actuaciones no pueden ser cuestionadas desde ningún punto

de vista. Así, en tratándose de servidores públicos, independientemente de su función, la valoración de sus faltas debe hacerse en forma estricta y meticulosa, por estar de por medio el interés público, la conveniencia social ante la cual cede la del trabajador (mayor rigurosidad en la calificación de las faltas de los servidores públicos). (ver sentencia 603-2204.- En el mismo sentido puede consultarse el voto 1010-2004)

Con relación a la tercera causal consistente en participar en la elaboración del respectivo cartel de licitación siendo que la empresa de la cual formaba parte resultó adjudataria de la licitación, adjudicación que a la postre fue declarada nula, es cierto que no se demostró que el actor elaboraba el cartel ni participara en su evaluación y designación del adjudicatario de la oferta, por lo cual esta falta no puede tenerse por acreditada.-

IV. Como se concluye de los considerandos precedentes, el actor si incurrió en una conducta indebida, al licitar la compra de un servicio para la Unidad donde fungía como jefe, siendo directivo de la compañía y, accionista de esta hasta escasos días -nueve para ser exactos- de la fecha del cierre del concurso por lo cual el despido del cual resulta objeto, se encuentra plenamente justificado, por lo cual ha de revocarse la sentencia en cuanto le concede preaviso de despido, auxilio de cesantía así como daños y perjuicios con ocasión del cese, para revocarlos, acogándose al efecto la defensa de falta de derecho, contenida en la alocución latina de genérica de sine actione agit.- Al no ser procedentes los tres extremos indicados, no lo son tampoco los intereses, pues al no haber capital adeudado no existen réditos que resarcir.-

V. En cuanto a los agravios del actor no es factible conceder los dos primeros en la forma en que han sido peticionados, por cuanto al ser justificado el despido no se pueden conceder salarios caídos desde la fecha del cese y hasta la firmeza del fallo y menos aun se le puede reconocer daño moral alguno por lo "injusto" del despido, situación ante la cual, estos extremos se encuentran bien denegados.- Respecto a las costas, no es factible aumentarlas al veinticinco por ciento del total de la condenatoria, dado que el actor ha resultado vencido en la totalidad de sus pretensiones.- Lo que si se estima prudente es dictar el fallo sin especial sanción en costas, dado que el actor pudo pensar que al ceder la acción de la compañía antes de la fecha del cierre del concurso, desaparecería cualquier incompatibilidad, habida cuenta de que en su caso no se configuraba en forma literal la causal esgrimida en el artículo 22 de la Ley de Contratación.- Si bien es cierto, dicho razonamiento resulta erróneo, lo cual a la postre ocasionó que se desestimara la demanda, con base en él, el actor puede ser calificado como litigante de buena fe.- Nótese al efecto que los escritos que han sido realizados con seriedad y rectitud, defendiendo su posición en forma profesional, creyendo firmemente que tienen razón en los argumentos formulados."

3. La Responsabilidad Derivada de la Adjudicación Irregular

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII]^{vi}

Voto de mayoría

“III. Del agravio planteado por la parte actora respecto de los alcances del artículo 23 del anterior Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa: En su escrito de apelación, la parte actora señala que *"el fundamento invocado en la resolución de marras refiere a que mi representada debe aplicársele lo que dispone el artículo 23 del Reglamento de Contratación Administrativa, específicamente en lo que al respecto señala el inciso 23.1 "El contratista está obligado a verificar la legalidad y corrección del procedimiento de contratación administrativa seguido para la adjudicación a su favor del contrato, así como en la adjudicación de éste, apreciación que rechazo de forma tajante, según lo siguiente: 1- Resulta a todas luces errónea la conclusión a la que ha arribado en este caso el a quo, por cuanto existe en el expediente abundante prueba que refleja claramente que a mi representada no se le puede achacar una responsabilidad de esa naturaleza, máxime que se trataba de una contratación que el Instituto Costarricense de Electricidad venía realizando, con la autorización de la Contraloría General de la República desde 1996. Según puede corroborarse en el folio número 200, en el que consta la nota del 7 de mayo del 2001, No. 9301-8475-2001, dirigida al señor Licenciado Manuel Martínez, Gerente de División Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República, por parte del Ing. José Francisco Parajeles Vindas, Coordinador del Área de Transportes del ICE, en la que textualmente indica: "la contratación ya estaba autorizada desde 1996 por su entidad con oficio No. 014670 del año 1995". En esa misma línea, la propia Directora Jurídica del ICE, en la comunicación que consta a folio 3, No. 106.13849.2003, expresa textualmente que este tipo de contrataciones las venía realizando dicha Institución desde hace mucho tiempo. Concretamente, señala lo siguiente: "pese a que se había venido haciendo durante los últimos diez años". Así las cosas: ¿cómo podría mi representada determinar que el ICE estaba promoviendo una licitación sin el fundamento jurídico para ello si el servicio objeto de la licitación lo venía contratando dicha Institución, desde hacía tanto tiempo? Tómese en consideración, además, que este servicio también ya lo había prestado TANASEL al ICE, según consta en el expediente, sirviendo, incluso, la misma ruta de transporte a los empleados que se estaba licitando. De tal manera que la sentencia adolece de una apreciación errónea de todo ese elenco probatorio y lo que es más grave aún, no se pronuncia sobre la existencia de esa prueba en el expediente y la razón por la cual la desestima, para efectos de la fundamentación de la sentencia, contrastando con las reglas que deben prevalecer en la apreciación de la prueba en un contradictorio. Aunado a lo anterior, por disposición expresa de su Ley de Creación, concretamente en su artículo 3, el Instituto Costarricense de Electricidad, goza de plena autonomía técnica. Dicho artículo expresa textualmente: "Todos los programas de*

trabajo del Instituto y las obras y proyectos que éste emprenda serán exclusivamente producto de los estudios técnicos y financieros que realice el propio Instituto y en su determinación no intervendrá ningún otro organismo del Estado, a menos que el Instituto haya solicitado su cooperación.” Ante la contundencia de una norma expresa que brinda semejantes potestades a dicha Institución, ¿podría mi representada siquiera dudar de que una Licitación promovida por el Instituto Costarricense de Electricidad no tuviera fundamento jurídico para ser publicada si todos los programas y proyectos que emprenda esa Entidad deben cumplir con lo que dispone dicha Ley? 3. La interpretación que hace la juzgadora de primera instancia a lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Contratación Administrativa para aplicarla al caso concreto de la presente demanda ordinaria contiene serios vicios, que lesionan, inclusive, principios constitucionales, ya que desde el punto de vista de nuestra Constitución Política la licitación es el medio idóneo para la selección de los contratantes con la Administración Pública y ha dicho muy claramente la Sala Constitucional que en este procedimiento presupone la existencia de una “previa” justificación de idoneidad moral, técnica y financiera”: Desde su particular punto de vista, la Juzgadora de primera instancia señala expresamente, sin ninguna fundamentación, que mi representada debía conocer que el ICE promovía dicha licitación sin el fundamento jurídico que le diera sustento y que, en línea con dicho artículo, según su errónea apreciación, el contratista está obligado a verificar, de manera tan particular, la legalidad y corrección del procedimiento de contratación administrativa. Aceptar -como válida esa interpretación que hace la Juzgadora de lo que dispone el art. 23.1 del Reglamento de Contratación Administrativa, tiene una trascendencia gravísima no solo para Tanasel en este caso, sino para la Administración Pública en general, ya que se le estarían endilgando responsabilidades a los oferentes en los procesos licitatorios que ni siquiera tiene para ser realizados a priori, en su propia Ley Orgánica, la Contraloría General de la República, porque los controles que está obligada a realizar en esta materia son ejecutarse (sic) a posteriori. Esto significa ni más ni menos que, entonces, los oferentes no solo tendríamos que velar porque no se cometan vicios en los procedimientos propios, que se señalan por la vía de la recurrencia, sino que deberíamos intervenir en la etapa previa de la publicación, como es la definición de la programación técnica y financiera de cada Institución que promueva una contratación, realizando un control a “priori”, que, como se indicó, no tiene establecido el Órgano Contralor dentro de sus competencias. Así entendida dicha norma, como lo hace la Juzgadora, se le estaría dando una amplitud que ésta no tiene y que, materialmente, es imposible de cumplir para los oferentes, porque sus responsabilidades no las concibió el legislador de esa manera, ya que evidentemente lo que se pretende con esa obligatoriedad que señala el art. 23.1. señalado, es que los oferentes velen porque tales procesos se realizan cumpliendo con los procedimientos y legalidad que están establecidos para ellos y que lesionen sus intereses, pero no significa esa obligatoriedad el abarcar responsabilidades que solo atañen a los funcionarios públicos, según lo dispone el art.

11 de la Constitución Política y las disposiciones contenidas en la Ley General de la Administración Pública, en su capítulo primero y segundo del Título Quinto de dicha ley 4. La resolución de las once horas del diecisiete de diciembre del dos mil cuatro. Voto No. 2004-14421, de la Sala Constitucional proporciona suficientes elementos para desvirtuar la interpretación errónea que le ha dado dicha Sentencia aquí recurrida a lo que dispone el art. 23.1 de la Ley de la Contratación Administrativa. (...) Precisamente, es con fundamento en esa conducta que debe exhibir el funcionario público, en el ejercicio de sus potestades, que los oferentes debemos asumir que el acto administrativo, a través del cual propicia una contratación con el Ente al que ese funcionario presta sus servicios, es suficientemente coherente y basado en el bloque de legalidad que lo sujeta. De lo contrario, seríamos los oferentes quienes le estaríamos violentando principios constitucionales a los funcionarios encargados de la contratación administrativa en la Administración Pública, presumiendo que sus actos son ilegales. (...). Este mismo voto, en su punto VIII, contiene también consideraciones de primordial importancia que interesa destacar para señalar agravios en que se incurre en la sentencia recurrida, porque al referirse de manera precisa a lo que significa el refrendo contralor, proporciona valiosos elementos que contradicen la interpretación que ha dado la Juzgadora de primera instancia a esa verificación de la legalidad que le está asignando a los oferentes, con su particular interpretación del artículo 23. 1. Como veremos seguidamente, la Sala Constitucional, ubica dicha verificación en el máximo órgano contralor, como en efecto ocurrió en el caso de Tanasel S.A., cuando el Órgano Contralor dispuso no otorgar el refrendo a la contratación. Concretamente, la Sala Constitucional, en el punto VIII de su Voto 2004-14421 establece que :“El refrendo contralor, en cuanto constituye una manifestación concreta de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva que ejerce el ente público mayor (Estado), resulta ser un acto unilateral por su propia esencia y naturaleza - corroborar la regularidad, corrección y legalidad del contrato administrativo debidamente formalizado, (...)”. Ahora el ICE, en su recurso de apelación, pretende que la sentencia se deje sin efecto, aduciendo que a mi representada no se le debe reconocer la indemnización que contempla el ordenamiento jurídico vigente, porque cuanto consideran ellos que constituyen los propios riesgos comerciales que todo oferente debe asumir. Esa argumentación es falaz y obvia el elenco de hechos probados que la sentencia contiene. Ha quedado absolutamente demostrado que la Institución promovió una Licitación, cuyo refrendo no obtuvo el ICE, por causas estrictamente de su responsabilidad y que, en todo lo que atañe a mi representada ésta se sujetó y cumplió con lo dispuesto en el cartel. Lo que la Sentencia adolece y de allí el presente recurso de apelación es que debe quedar claramente establecido que el procedimiento, desde la presentación de la oferta hasta el último acto de ese proceso, se llevó a cabo con arreglo a las disposiciones existentes y que es en esa parte en donde a mi representada le correspondió ejercer la verificación a que la obliga el art. 23.1, función que cumplió a cabalidad. Al refrendo contralor le correspondió ejercer las

potestades que señala la Sala Constitucional en su voto comentado, de manera que también en esta instancia se cumplió a cabalidad por parte de la Contraloría General de la República."

A partir de los extractos antes transcritos del recurso de apelación planteado por la parte actora, este Tribunal entiende que los alegatos de esa representación orbitan en torno a un único agravio, a saber, la presunta interpretación errada del artículo 23 del anterior Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa hecha por la juzgadora de instancia. Esa norma textualmente disponía: *"23.1 El contratista está obligado a verificar la legalidad y corrección del procedimiento de contratación administrativa seguido para la adjudicación a su favor del contrato, así como en la ejecución de éste. En virtud de esta obligación, el contratista no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento jurídico aplicable en la especie, para fundamentar gestiones resarcitorias o para eludir responsabilidades originadas en tales incorrecciones. 23.2 Dentro de esta obligación, el contratista deberá comunicar a los respectivos jefes administrativos las incorrecciones que detecte, a efecto de salvar su responsabilidad eventual en el caso."*

Analizada que fuera la sentencia venida en alzada, este Tribunal no encuentra ningún proceso interpretativo en la sentencia apelada contrario al Bloque de Legalidad, en esta dirección es menester indicar que en la resolución recurrida el A-quo, simplemente procede a realizar un proceso silogístico teniendo las normas que regulan esta materia como premisa mayor (artículo 21 de la Ley de la Contratación Administrativa y el artículo 23 del anterior Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa) y el cuadro fáctico (constituido y delimitado por los hechos probados de la sentencia apelada) el cual no es cuestionado por ninguna de los dos apelantes, como premisa menor. En lo que respecta a la regularidad jurídica de la norma reglamentaria, se debe precisar que sus preceptos en lo absoluto violentan la potestad reglamentaria en particular, ni rozan con otras disposiciones de mayor jerarquía del Bloque de Legalidad en general, es más, dicho canon, es una reproducción casi literal del ordinal 21 de la Ley de la Contratación Administrativa, Ley N° 7494, vigente al momento en que ocurrieron los hechos aquí analizados, el cual establece: *"Artículo 21.-*

Verificación de procedimientos. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa."

. Aquí es importante destacar que en una adecuada interpretación de estas normas, no es posible concluir que se está ante una renuncia previa y genérica al régimen constitucional de la responsabilidad administrativa, por el contrario, dichos cánones

establecen una obligación del sujeto que se integra en una relación jurídico administrativa de naturaleza contractual con un ente público, que en casos excepcionales implica una distribución de responsabilidades, cuya inobservancia puede tener consecuencias patrimoniales. La primera de las tesis esgrimidas por la parte actora consiste, en pretender la exclusión de su responsabilidad, establecida en una norma de rango legal, por cuanto anteriormente se han realizado otras contrataciones. Sobre este particular, este Tribunal entiende necesario aclarar que para que una conducta reiterada de la administración pública, pueda elevarse a la categoría de costumbre administrativa, la cual es fuente no escrita del Ordenamiento Jurídico Administrativo (ver art. 7 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública), es necesario que ésta -la costumbre- sea conforme a derecho, en alguna de las dos siguientes vertientes: a- *secundum legem*, que consiste en que esa costumbre disponga lo necesario aplicar una norma jurídica y que esa actividad se encuentre casi totalmente delimitada y regulada por normas escritas, y, b- *praeter legem* que es aquella que regula una actividad sin contradecir normas escritas o no escritas de mayor jerarquía. En el *sublite*, no ha sido cuestionada en sede jurisdiccional el criterio jurídico de la Contraloría General de la República en el marco del ejercicio de una modalidad de Tutela Administrativa, razón por la que se debe concluir que los errores en las contrataciones anteriores, no podrían justificar nuevos contratos administrativos sustancialmente disconformes con el Bloque de Legalidad. En lo que respecta a la autonomía técnica que disfruta el ente demandado, ha de indicarse que ésta es simplemente un atributo inherente de su condición de institución descentralizada con autonomía administrativa de primer grado, en los términos del canon 188 de la Constitución Política, condición que no guarda relación con las normas bajo análisis, por ello dicho reproche a la resolución recurrida no puede ser aceptado por este Tribunal. A mayor abundamiento se debe indicar que con el establecimiento de dicha autonomía en la Constitución Política, el legislador constituyente en lo absoluto pretendió desvincular a los entes autónomos, en este caso el Instituto Costarricense de Electricidad, del Bloque de Legalidad, del cual las normas de la contratación administrativa son parte fundamental en un Estado de Derecho. Posteriormente, la parte actora señala que el procedimiento de licitación disfruta de una presunción de licitud, no obstante la actora lleva razón respecto de esta premisa, es importante indicar que dicha presunción en el mejor de los casos podría considerarse como una presunción *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario, y no podría ser entendida como *iuris et iure* -de pleno derecho-, pues en una correcta interpretación del sistema normativo, si bien el procedimiento se presume legítimo, es posible que se ofrezca prueba en contrario tendente a desvirtuar dicha legitimidad, habilitación que engarza plenamente con la obligación del contratista regulada en el artículo 21 de la Ley de la Contratación Administrativa. Más adelante, la representación de la parte actora señala que la interpretación de la obligación contenida en el ordinal 23 del anterior Reglamento a la Ley de la Contratación

Administrativa, dada en la resolución impugnada, obligaría a los oferentes a una intervención previa en el procedimiento administrativo de contratación. Respecto a dicho alegato ha de indicarse que no obstante el Bloque de Legalidad costarricense sí permite la intervención de los oferentes en estadios previos a la presentación de su oferta, verbigracia el Recurso de Objeción al Cartel, la obligación del contratista surge una vez se integra a la relación jurídico administrativa con el ente contratante. Aquí ha de aclararse que desde que se ingresa a la referida relación, momento que se determina de manera casuística (por ejemplo presentación de la oferta, interposición del recurso de objeción al cartel, participación en un procedimiento precalificativo) y en atención al tipo de contratación de que se trate (a saber: licitación en cualquiera de sus modalidades, remate, subasta a la baja, etc), la obligación de verificación de las correcciones del procedimiento pueden extenderse o retrotraerse a yerros procesales anteriores a la conformación de la relación jurídico administrativa. Así las cosas, este Tribunal no puede compartir el criterio alegado por la actora en cuanto a que su responsabilidad respecto de la verificación de los procedimientos de contratación administrativa surge a partir de la presentación de la oferta, pues la generalidad de tal afirmación exoneraría al contratista de su responsabilidad de señalar vicios fácilmente apreciables acaecidos antes del momento procedimental apuntado. En el caso concreto, el motivo en que se fundamentó el rechazo del refrendo por parte de la Contraloría General de la República lo fue la carencia de base jurídica para efectuar la contratación, situación que a criterio de este Tribunal si es de fácil verificación por parte de cualquier oferente, pues se trata de la confrontación del objeto del cartel con la normativa orgánica que regula y delimita las competencias del ente contratante. Por último, la representación de la parte demandante indica que la obligación de verificar que el procedimiento de contratación administrativa se ajuste al Bloque de Legalidad compete solamente ente contratante. En primer término, ha de indicarse que esa obligación existente en materia de contratación administrativa, es uno de los vértices del Derecho Procedimental y Procesal Administrativo, cuya solidez y raigambre en el debido proceso, en este caso del debido procedimiento según la más moderna doctrina, devienen en incuestionable, empero, aquí se debe precisar que la referida obligación del polo administrativo en las relaciones jurídico administrativas de naturaleza contractual, no es excluyente ni se contradice con la obligación del contratista de verificar los procedimientos desde su sitio en la relación administrativa indicada, dentro de los posibilidades materiales y fines de su actividad privada. Por el contrario, ambas obligaciones no sólo son compatibles, sino que al ser complementarias, facilitan la obtención de los fines públicos de los entes contratantes y de los propios de los contratistas en un contexto de justicia, equidad y seguridad jurídica. Por las razones expuestas, indefectiblemente debe rechazarse el recurso de apelación planteado por la parte actora en razón de las consideraciones ya comentadas.

III. De los agravios alegados por el Instituto Costarricense de Electricidad en cuanto a la calificación de la contratación como "Contrato Irregular" y de la falta de demostración de los daños. En lo que interesa, en su escrito de apelación la representación del ente demandado indica que: *"puede observarse, que el ICE a través de la Licitación Pública 6715-E, sometió a concurso la contratación de servicio de transporte para funcionarios de este Instituto, resultando adjudicataria la empresa Tanasel S.A. De igual forma se procedió a suscribir el contrato, para posteriormente someterlo a refrendo por parte de la Contraloría General de la República, órgano que había venido aprobando este tipo de contratos, desde hacía más de 10 años, según se indica en oficio No. 106.13849.2003 del 2 de abril de 2003. No obstante en este caso, la Contraloría denegó el refrendo, con el argumento de que no existía fundamento jurídico para otorgarlo. (...) Ahora bien, refiriéndose al requisito de EFICACIA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, continúa indicando en el oficio precitado: "... una vez que el contrato ha surgido a la vida jurídica, se presenta la etapa que tanto la doctrina como la legislación reconocen como eficacia jurídica, la que se entiende como la cualidad que tiene el contrato de producir efectos jurídicos que las partes han convenido y entonces, se tiene que el negocio jurídico puede ejecutarse de ese momento —o a partir de la orden de inicio... Bajo este concepto, hasta tanto no se cumpla con el respectivo requisito, el contrato de que se trate, aún cuando se da válido, perfecto e incluso, se haya formalizado, NO SERA EFICAZ, es decir no podrá producir los efectos jurídicos que del negocio podrían derivarse..." "...en algunos casos, además de las condiciones anteriores y de previo a iniciar la ejecución de un contrato, se exige un "requisito de eficacia", comúnmente conocido como "refrendo..."".* Esta representación, ha reconocido en todo momento, la validez del contrato suscrito con la empresa TANASEL S.A., pero no puede obviar que existe un principio de orden constitucional, establecido en el artículo 184 de la Constitución Política (...) Asimismo ha quedado acreditado, que este Instituto en un afán de dar cumplimiento a dicho contrato, presentó varias gestiones pidiendo a Contraloría General de la República, reconsiderar su criterio. **El ICE previno a la empresa actora, que demostrara, mediante estudios económicos sólidos, los gastos reales en que fundamentaba su solicitud de indemnización por los daños y perjuicios supuestamente ocasionados, por la no ejecución del contrato, y aunque presentó alguna información, la misma no resultó suficiente para que mi representado pudiera determinar fehacientemente, que procedía una indemnización. La empresa actora pretende atribuirle responsabilidad al ICE, por los gastos en que incurrió en la preparación y cumplimiento de los requisitos cartelarios, lo que no tiene asidero legal, pues todos los gastos inherentes a la presentación de la oferta, tales como rendimiento de garantías, pago de especies fiscales, entre otros, son sin lugar a dudas, los riesgos comerciales, con los que corre todo oferente que presenta una oferta ante la Administración, lo cual bajo ninguna circunstancia puede tenerse como daños y perjuicios.** (El original no está destacado en negrita). Por otro lado, no puede mi representada reconocer daños y perjuicios que

nunca fueron probados. Tampoco puede hablarse como infundadamente lo hace el representante de la actora, de un enriquecimiento sin causa, pues debe recordarse que el contrato nunca se llegó a ejecutar, por lo que el ICE no recibió el servicio de transporte por parte de la empresa, y en consecuencia, nunca nació la obligación de cancelarle suma de dinero alguna a la empresa contratista. Con el debido respeto, esta representación considera errada la tesis sostenida por la señora Jueza de primera instancia, en el tanto equipara la situación aquí suscitada, con una contratación irregular. En criterio de la Contraloría General de la República, una contratación irregular se configura cuando la administración recibe bienes o servicios, sin haber seguido previamente el procedimiento debido, (por regla general, la licitación). Ante estas circunstancias, lo que procede no es un pago sino una indemnización, basada en motivos de equidad y de no enriquecimiento sin causa. En el presente caso, como ya se dijo nunca se dieron actos ejecutorios del objeto del contrato, por cuanto el mismo, no obtuvo refrendo Contralor. Debe quedar claro entonces, que el ICE siempre actuó de buena fe y que su clara intención fue la de llevar el contrato a su efectiva ejecución, incluso haciendo gestiones ante Contraloría a efecto de que reconsiderara su decisión. La empresa actora pretende que se le reconozca a título de daños y perjuicios, algunos rubros totalmente infundados y que no guardan relación con el objeto real de la contratación. Por ejemplo nótese que pretende el pago del valor total de los autobuses y otros equipos supuestamente adquiridos; así como la liquidación del personal contratado. Al incluir el total de dichos bienes muebles, confunde el objeto del contrato, pues pretende que se le cancele su valor total, como si se tratara de un contrato de compra-venta y no un servicio de transporte, como lo hubiera sido de haberse podido ejecutar el contrato. Asimismo, en cuanto a los supuestos rubros por concepto de liquidación de personal, resulta totalmente improcedente, siendo que el contrato nunca inició su ejecución, y en todo caso, el ICE no tendría por qué cubrir rubros correspondientes a personal, siendo que no existe relación laboral entre mi representado y los empleados de la empresa actora. Tal y como lo expresamos en nuestro escrito de contestación de demanda, el ICE le pidió a la empresa que demostrara los extremos cobrados y que presentara una estimación del monto de los daños y perjuicios, a efecto de que éste Instituto, previo análisis jurídico determinara si legalmente procedían y que de ser así, solicitar la aprobación de la Contraloría General de la República para efectuar el pago; no obstante, nunca se tuvieron por probados. (...) En conclusión, primeramente no puede tenerse a mi representado como responsable de daños, ante la imposibilidad de ejecutar el contrato, pues como ya se ha dicho, la Contraloría no le otorgó el refrendo respectivo, requisito de eficacia indispensable, para que el contrato pudiera ejecutarse. En segundo lugar, la empresa contratista, nunca logró probar que la no ejecución de dicho contrato le hubiera producido daños, susceptibles de ser indemnizados." El primero de los agravios expuestos por la representación del ente demandado, gira en torno a la calificación de "contratación irregular" hecha por la juzgadora de instancia respecto del contrato

administrativo que vinculó a las partes de este proceso. Respecto de este extremo del recurso de apelación estima esta Sección que en primer lugar se debe indicar que el término "contratación irregular", no era un concepto jurídico de contenido preciso y definido en alguna norma jurídica al momento en que se dieron los hechos sobre los que versa el presente proceso. En el contexto costarricense se puede indicar que la génesis de este término se encuentra en las resoluciones administrativas que en materia de contratación administrativa ha emitido la Contraloría General de la República. Sobre este particular dicho órgano en reiteradas oportunidades ha indicado que: *"si ante una contratación irregular, por ejemplo la que se realiza sin cumplir con el procedimiento debido (por regla la licitación), asumiéramos que la Administración está obligada a reconocer el pago, y no una indemnización por el provecho que pueda haber obtenido, el régimen de contratación administrativa general podría ser inobservado sin consecuencia ni sanción alguna para nadie. Por ello, el reconocimiento que haga la Administración en tales casos es sólo indemnizatorio, motivado en principios de equidad y de no enriquecerse incausadamente; no se trata así, del pago de un contrato válidamente atribuido al particular."* (Oficio 12078 del 31 de octubre de 2003 DAGJ-1577-2003).

A partir de la definición ostensiva dada por el órgano contralor, se puede concluir que un contrato irregular es un contrato inválido que se está ejecutando o se ha ejecutado. Recientemente con la emisión del nuevo Reglamento a la Ley de Contratación Administrativo mediante el Decreto N° 33411 de 27 de setiembre de 2006, se definió normativamente este tipo de contratos en el párrafo segundo del ordinal 210 en los términos: *"El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido."* En el presente caso, se está ante un contrato válido que carece de eficacia en razón de la denegatoria del refrendo contralor por parte de la Contraloría General de la República, por esta razón, estima esta Sección que lleva razón la parte demandada, cuando en su recurso de apelación señala un error en la calificación de la contratación hecha por el Instituto Costarricense de Electricidad, no obstante lo anterior, el apuntado yerro por sí sólo, no justifica la revocación de la sentencia de instancia. El segundo de los agravios esgrimidos por la representación del ente demandado, consiste en la antijurídica condena por daños de que fue objeto, los cuales según esa representación, no fueron demostrados durante el trámite del proceso en primera instancia, ni en el procedimiento administrativo

seguido por esa institución. La obligación de la parte demandante de demostrar el nexo de causalidad y los daños cuya indemnización se pretenda, ha sido recientemente desarrollada con amplitud por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“IV. El cumplimiento de los fines públicos, exige de la Administración Pública el empleo de diversas técnicas, siendo una de ellas la contratación administrativa, que se diferencia de la contratación privada, en tanto en la primera, existe una serie de elementos que a nivel exógeno trascienden el acuerdo de voluntades puro y simple que se pacta en el ámbito privado. Tales elementos, exógenos, son capaces de condicionar el nacimiento de la negociación, así como su desarrollo y extinción y bajo esa inteligencia, la doctrina ha señalado: " ... tenemos presente en la contratación administrativa el acto de voluntad, libre y soberano del contratista, como elemento vital de la figura del contrato en su amplia configuración jurídica y práctica. La carga obligacional de éste, y su escudo de protección, queda filtrado por el conjunto normativo, con incorporación del cartel o pliego de condiciones, que es la reglamentación entre las partes contratantes. A lo dicho debemos insistir en una verdad de perogrullo: hay libertad del oferente para participar en alguna modalidad de contratación administrativa y aspirar, sin dolo ni mala fe, a la singularización del acto adjudicatorio a su favor dentro del contexto normativo. Pero también existe otra verdad no menos patente: el contrato administrativo está condicionado en su origen, evolución y finalización a las exigencias o necesidades generales o públicas, lo cual es un elemento extrínseco a la libre determinación de las partes, como lo es el propio Ordenamiento jurídico y las condiciones cartelarias subordinadas a ambos...” (Manrique Jiménez Meza. Derecho Público. Editorial Jurídica Continental. 2001.) El artículo 15 de la Ley de Contratación Administrativa, como marco general regulador de las obligaciones tanto de los entes contratantes como de las empresas contratistas, señala como obligación de toda Administración contratante, que: "La Administración está obligada a cumplir con todos los compromisos, adquiridos válidamente, en la contratación administrativa y a prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado". Igualmente, en correlación con tal obligación, el artículo 20 de la misma ley, también establece la siguiente: "Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato". Las citas anteriores reflejan un deber de cumplimiento de lo pactado para cada parte, tanto como resalta el de colaboración mutua; ambos surgen del principio de buena fe en la contratación, no obstante, en la Contratación Administrativa, además de ellas se contempla para las partes otras diversas obligaciones, es así como en el caso de los contratantes con la administración, el artículo 23 del decreto ejecutivo Nº 25038-H, Reglamento General de Contratación Administrativa, dispone: "23.1 El contratista está obligado a verificar la

legalidad y corrección del procedimiento de contratación administrativa seguido para la adjudicación a su favor del contrato, así como en la ejecución de éste. En virtud de esta obligación, el contratista no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento jurídico aplicable en la especie, para fundamentar gestiones resarcitorias o para eludir responsabilidades originadas en tales incorrecciones. 23.2 Dentro de esta obligación, el contratista deberá comunicar a los respectivos jefes administrativos las incorrecciones que detecte, a efecto de salvar su responsabilidad eventual en el caso". Queda aclarado entonces, la existencia de responsabilidad compartida, tanto del contratista como de la Administración, a efecto de verificar el debido curso del procedimiento y ejecución de la contratación, así como de cumplir a cabalidad el ordenamiento jurídico administrativo aplicable a la materia en todas sus gestiones. Por su parte, la responsabilidad contractual de la Administración, parte de un vínculo obligacional previo y tiene como fundamento el incumplimiento de una obligación contractual, a diferencia de la responsabilidad civil extracontractual, que caracteriza el deber genérico de no dañar a otros. Sobre esta distinción el voto 000460-F-03 de Sala Primera de las diez horas cuarenta y cinco minutos del treinta de julio del dos mil tres, señaló:

"VI. La responsabilidad contractual atiende a la preexistencia de una obligación determinada a cargo de un sujeto específico, cuya inobservancia genera daños en el titular del derecho correlativo. Ergo, existe, previo al daño, la posibilidad de reconocer a un deudor, a cargo del cual corre la satisfacción de la relación jurídica que lo ubica en la posición pasiva del crédito. No deviene únicamente del incumplimiento de las obligaciones impuestas por el contrato, sino de cualquier otra fuente de obligación, de conformidad con la cual, la conducta debida pudiera serle exigida coactivamente al deudor por el titular de ese derecho. El fundamento legal de este tipo de responsabilidad está en el artículo 702 del Código Civil, que regla: "El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito." Ante la responsabilidad contractual, u obligacional como la refiere alguna doctrina reciente, el damnificado no tiene la carga de probar que el incumplimiento se ha producido como consecuencia de una conducta culposa, principalmente en cuanto a las obligaciones de resultado. La mera constatación del incumplimiento, los daños producidos como consecuencia directa de éste, y la relación de causalidad entre ambos, hace surgir el deber de reparación. Si el deudor desea desvirtuar el nexo de causalidad por mediar hecho de la víctima, de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, necesariamente deberá probarlo. Únicamente tratándose de las obligaciones de medios, al no poder exigirse un determinado resultado concreto, no es viable invocarlo ante el juez como parámetro objetivo de incumplimiento, por lo cual es menester demostrar la culpa en la conducta exigida, probando que el deudor no hizo todo lo posible por alcanzar el

resultado. Ergo, más que un resultado, se exige un deber de comportamiento. Por su parte, la responsabilidad extracontractual agrupa toda la doctrina de la reparación por daños causados en virtud del incumplimiento de un deber general de conducta, que establece abstenerse de causar daño a otro. Tratándose de un deber genérico, la responsabilidad surge a partir de su inobservancia. Concurren como sus elementos, el comportamiento ilícito contrario al deber genérico de no dañar a otro, el daño patrimonial y el nexo causal entre ambos. Su pilar legal es el ordinal 1045 ibídem, que refiere: "Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios." . Reciente doctrina ha puesto en entredicho la utilidad de este cariz bifronte de la responsabilidad, no sólo por las dificultades que entraña, sino también, porque ambas conducen a un idéntico destino: la obligación de reparar por los menoscabos patrimoniales ilegítimamente infringidos. A ello debe añadirse la infructuosa satisfacción de pretensiones del reclamante, bajo el principio de congruencia de la sentencia, cuando equivoca los fundamentos fácticos y jurídicos de su pretensión, y las disquisiciones doctrinales acerca de que un daño puede ser considerado como contractual y extracontractual al mismo tiempo, esto es, concurrencia de responsabilidades". En materia de la Administración Pública, ambas responsabilidades, contractual y extracontractual, son objetivas, en tanto que excluyen valoraciones de dolo o culpa para proceder a su reconocimiento. En este orden de ideas, con respecto a la responsabilidad contractual se ha indicado: "El artículo 702 cc o exige la presencia de una "voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo pactado". Mas aún, ni siquiera menciona al dolo o a la culpa como elementos del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual. Más bien establece el principio de que el mero hecho de que no se verifique la obligación estipulada, da lugar a la responsabilidad del deudor, salvo que el hecho del acreedor, la fuerza mayor o el caso fortuito, concurran como exonerantes de la responsabilidad". (Juan Marcos Rivero Sánchez. ¿Responsabilidad por culpa o garantía de ejecución? Reflexiones en torno a la responsabilidad contractual en el Código Civil Costarricense. Iustitia. año 9- setiembre 1995. Por lo anterior, para efectos de reconocimiento de los daños, tanto en el caso de la responsabilidad civil contractual como extra contractual, se requiere necesaria y únicamente la prueba de dos elementos fundamentales, a saber, la existencia del daño y el nexo de causalidad entre éste y la conducta - sea incumplimiento contractual, omisión o actuación- de la Administración. El voto 000904-F-2006 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, indicó al respecto lo siguiente: "Siendo así, tal y como lo expresó el Tribunal de segunda instancia, debió probar la parte actora que la actuación de la entidad demandada la hizo incurrir en un esfuerzo o costos adicionales directos o indirectos, que alteraron la ecuación financiera del contrato. En otras palabras, era imperativo demostrarse que el atraso del Banco para promover los concursos en algunos proyectos, y en la fase de diseño en otros, causó daños y perjuicios a su contraparte, lo que aquí no se hizo. A falta de una normativa específica en la Ley de Contratación Administrativa, corresponde una aplicación supletoria de los artículos 702

y 704 del Código Civil, que establecen por su orden: “ El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito ”, y “En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse”. Entonces, como no se probó la existencia de daños y perjuicios, no puede tenerse al Banco de Costa Rica, como obligado al pago de honorarios adicionales, por lo que no resultan violados por falta de aplicación los numerales 15, 16, 17 y 18 de la Ley de Contratación Administrativa, los artículos de su Reglamento que desarrollan estos preceptos, ni los ordinales 36, apartado A, inciso a) del Reglamento para la Contratación de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura o el número 5 inciso A) del Arancel de Servicios Profesionales de Consultoría para Edificaciones”. Es patente que en materia de responsabilidad contractual- y evidentemente extracontractual- no es dable la mera alegación del daño, para su reconocimiento, sino que se debe comprobar la efectiva existencia de éste y su conexión inmediata y directa con el incumplimiento contractual; al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su voto de No. 309 de las 14:50 horas del 31 de octubre de 1990 ha señalado: “ La Sala de Casación ha considerado reiteradamente que no es cualquier incumplimiento el que autoriza la resolución del contrato, ya que ésta sólo puede tener lugar en presencia de un incumplimiento grave (entre otras, resolución No. 53 de las 15,15 horas del 31 de mayo de 1972). No es procedente la resolución, aunque fuere demostrado el incumplimiento, si éste no reviste tal importancia que amerite realmente la sanción más grave que existe en el ordenamiento civil frente a una relación contractual nacida válida y eficaz, cual es su aniquilamiento definitivo con efectos retroactivos y sus lógicas consecuencias restitutorias y de resarcimiento. Hay ocasiones en que por no ser suficientemente grave el incumplimiento operado por una de las partes en un contrato, lo procedente es solicitar el cumplimiento de las obligaciones contraídas y exigir el pago de daños y perjuicios, conforme lo autoriza la ley civil (...) De manera que, para que sea procedente la declaratoria de resolución de un contrato, no basta con probar en juicio el incumplimiento por parte de uno de los contratantes, sino que se debe demostrar además su gravedad, que debe ser tal que determine la extinción definitiva del contrato, según se ha dicho” . Con base en lo expuesto, no puede una parte contratante tan solo alegar la existencia de daños, sino que debe demostrarlos fehacientemente, en tal sentido, tanto para el reclamo en sede administrativa como para el que nos ocupa, según lo resuelto en primera instancia, el recurrente no logró acreditar el respaldo de su dicho, de hecho, no queda clara la naturaleza de su reclamo según la redacción de algunas de las consideraciones del actor, al punto que el fallo de instancia inició, demarcando la esfera legal y tratamiento que a su juicio correspondía aplicar en el caso de estudio, esto reviste importancia por cuanto, ante el incumplimiento

contractual, debe distinguirse entre la pretensión de prestación del cumplimiento debido y la pretensión de resarcimiento del daño, esto respecto de lo siguiente: "... la "aestimatio rei" y la indemnización o "id quod interest" son conceptos que deben separarse inicialmente con absoluta nitidez. Proporcionar al acreedor el equivalente pecuniario no es algo que tenga una función resarcitoria, sino de cumplimiento; el deudor debe cumplir "in natura", pero si lo hace, deberá cumplir prestando el equivalente, y por eso son incompatibles la ejecución forzosa de la obligación originaria y la prestación del equivalente. O se cumple con lo que era debido, o se paga la "aestimatio", pero ni una cosa ni otro son reparación de daño alguno, sino cabal cumplimiento o cumplimiento por equivalencia, respectivamente. No son medios de tutela del crédito que tengan que ver, en sentido técnico, con la responsabilidad contractual. Pero, eso sí, siendo incompatibles ambas formas de cumplir, cada una es individualmente compatible con la pretensión resarcitoria: cuando el acreedor, además de la prestación o su valor, quiere verse reintegrado de todos los efectos dañosos que el cumplimiento tardío (en el primer caso) o el incumplimiento definitivo de la primitiva obligación y su sustitución por la "aestimatio rei" (en el segundo) le hayan podido reportar, tratará de conseguir la indemnización..." (Yzquierdo Tolsada Mariano. Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual. Editorial Dykinson, 2001. P. 119.)."

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 00012-2008 de las 14 horas del 30 de abril de 2008. En el sublite la empresa actora pretende la condena al pago de daños y perjuicios del ente demandado en primer término por los gastos en que incurrió en la preparación de su oferta. Sobre el particular, este Tribunal debe indicar de previo a efectuar el análisis de la resarcibilidad de los otros extremos peticionados, que es necesario distinguir la condición de "oferente " de la de "adjudicatario ". El primero de ellos -oferente - se ha integrado en la relación jurídico administrativa contractual, ostentando un interés legítimo, en virtud del cual, no puede pretender derivar una indemnización pues en dicha condición jurídica únicamente le asiste una simple expectativa de derecho. Tal condición es probablemente la principal diferencia entre el *status* de "oferente " y el de "adjudicatario ", pues este último disfruta de una serie de verdaderos derechos subjetivos, que como tales si devienen en plenamente resarcibles. Por esta razón, resulta evidente que este Tribunal no puede entender como indemnizables los gastos incurridos por la empresa actora para la preparación de su oferta. Por otra parte, con respecto de los otros gastos cuya reparación pretende la parte actora y a los cuales se opone la representación del Instituto Costarricense de Electricidad, se debe indicar que según se desprende con meridiana claridad de la amplia cita jurisprudencial supra transcrita, la sola condición de adjudicatario *per se* no otorga a quien la ostente, un derecho a indemnización por un incumplimiento. Como fue referido supra, además del disfrute de una "situación jurídica de poder" denominada "derecho subjetivo", para la procedencia de una indemnización es

menester que adicionalmente, se demuestren fehacientemente en autos, la existencia del o los daños, y el nexo de causalidad entre dichos daños y la conducta incumpliente de la administración demandada. En el sublite, no obstante no está en discusión la existencia de un contrato válido, y por tanto la concurrencia de derechos subjetivos en cabeza de la sociedad demandante, a criterio de este Tribunal no han quedado demostrados los daños sufridos por la parte actora ni su nexo de causalidad con la falta de ejecución del contrato. Por el contrario, de los autos se desprende que la compra de autobuses por la empresa accionante se efectuó previamente al perfeccionamiento del contrato administrativo (ver folios 17 a 21 y 83 a 85 del expediente principal y folios 191 a 193 del expediente administrativo), y en lo que respecta a los demás rubros peticionados, de los autos no se extraen elementos de convicción tendentes a demostrar la existencia de esos otros daños ni su nexo de causalidad. Por estas razones, considera esta Sección que lleva razón la parte demandante en su recurso de apelación en cuanto a la indebida calificación del contrato de marras como una "contratación irregular" por parte de la juzgadora de instancia. Adicionalmente, estima esta Sección que también le asiste el derecho a la representación del Instituto Costarricense de Electricidad, en cuanto a que en el presente proceso no han sido demostrados daños ocasionados en perjuicio de la parte actora ni su nexo de causalidad. En consecuencia se debe proceder a revocar la sentencia de instancia rechazando por improcedente la demanda, declarando con lugar la excepción de Falta de Derecho esgrimida por la accionada y condenar a la parte actora, al pago de ambas costas de este proceso."

4. Sobre la Prohibición de los Funcionarios Públicos de Contratar con la Administración Pública. El caso de la Concesión de una Placa de Taxi

[Sala Constitucional]^{vii}

Voto de mayoría

El accionante estima que las normas impugnadas en tanto prohíben la participación como oferentes en los procedimientos de contratación administrativa a los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los miembros de los Supremos Poderes se enfrenta a las disposiciones 28, 40, 41, 56 y 74 de la Constitución Política. Para la Procuraduría, la prohibición que se impugna tiene respaldo, tal y como ya lo ha señalado esta Sala al pronunciarse sobre el mismo extremo, en los numerales 33,112 y 143 de la Constitución Política. En efecto, los principios rectores de la contratación administrativa, especialmente el de libre concurrencia y su derivado de igualdad se verían comprometidos si se aceptara la participación de parientes de miembros de los Supremos Poderes en los procesos de contratación administrativa. En este sentido el principio de libre concurrencia impone a la administración el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta y ello no se podría alcanzar si se permitiera la

participación en el concurso de funcionarios que desempeñan en la República los más altos niveles, o de sus parientes, en tanto estos últimos podrían utilizar ilegítimamente la posición de aquellos para influenciar la escogencia final. Además, la administración debe colocar a todos los oferentes en pie de igualdad y las normas impugnadas tratan de evitar la ventaja que el parentesco pueda ofrecer. Para la Procuraduría la posibilidad de influenciar no necesariamente es la consecuencia de una relación de jerarquía propia o impropia de dirección o de fiscalización, sino producto de la investidura que se ostenta cuando se desempeña un cargo en los Supremos Poderes del Estado o en los órganos de relevancia constitucional. Por otra parte, la Procuraduría estima que la norma impugnada no es irrazonable en tanto el artículo 23 de la Ley de la Contratación Administrativa permite el levantamiento de la incompatibilidad -a través de un procedimiento incoado al efecto ante la Contraloría General de la República- en el casos de que los parientes de aquellos funcionarios acrediten que se han dedicado en forma habitual a desarrollar la actividad empresarial objeto de una contratación administrativa, por lo menos un año antes del surgimiento del supuesto de inhabilitación. El Ministerio de Obras Públicas y Transportes señaló que el artículo 32 inciso c) punto uno de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transportes Remunerado de Personas Modalidad de Taxi, reguló el procedimiento de licitación pública de acuerdo con los principios que deben regir cualquier contratación administrativa y que se encuentran regulados en una ley especial como es la Ley de la Contratación Administrativa a la que están sujetos todos los entes y órganos públicos.

Antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales en torno al tema de fondo planteado.

Sobre la participación de los parientes de los miembros de los Supremos Poderes en los concursos públicos esta Sala se pronunció en los siguientes términos:

“De especial interés resulta el numeral 107 transcrito, pues dispone, en sus tres primeros incisos, la incompatibilidad para contratar de que adolecen los miembros de los Supremos Poderes de la República, los Viceministros de Estado, los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, el Contralor y Subcontralor Generales de la República, el Tesorero y Subtesorero Nacionales, así como el Proveedor y Subproveedor Nacionales. **Nótese que se trata de una prohibición generalizada, cuyos alcances no se encuentran limitados al ámbito concreto de su actuación o a aquellos órganos en los que exista relación jerárquica, de dirección o de fiscalización; tales circunstancias, en principio, se encuentran previstas en el inciso d) de esa norma, que expresamente prohíbe toda participación, "a los funcionarios o empleados públicos que tengan injerencia o poder de decisión respecto de tales negocios".** Además, la Sala comparte el criterio expuesto por el Procurador General de la República, en el sentido de que la posición institucional de los funcionarios inhabilitados abarca todo el Estado, y no se reduce a un reparto administrativo concreto: aceptar lo contrario implicaría no sólo desconocer una realidad nacional, sino que eventualmente permitiría a tales

funcionarios ejercer un "tráfico de influencias" nocivo dentro de la Administración, tanto a su favor como de sus familiares cercanos, y que atentaría en forma flagrante contra los fines del concurso, previsto justamente para garantizar el mejor cumplimiento de los fines públicos, y la participación igualitaria de los ciudadanos interesados en colaborar con el Estado, en el cumplimiento de sus cometidos.-

II). En refuerzo de lo dicho cabe indicar que las normas cuestionadas resultan válidas también, a la luz de los principios rectores de la contratación administrativa, especialmente el de la libre concurrencia y su derivado, el de igualdad, cuya vigencia se vería comprometida de aceptarse en esta sede la tesis propuesta en la acción.- El primero de los principios señalados -libre concurrencia- tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición entre todos los oferentes, y su contrapartida está en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; su consecuencia inmediata es que impone a la Administración el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta, circunstancia que evidentemente no podría darse, si se permitiera la participación en el concurso de los funcionarios del más alto nivel en la República, o de sus parientes, quienes podrían utilizar ilegítimamente su posición para influenciar la escogencia final. Por el segundo de los principios indicados -igualdad- la Administración debe colocar a todos los oferentes en pie de igualdad, desde el inicio del procedimiento y hasta la adjudicación o formalización del contrato, lo que implica que no puede crear entre ellos discriminaciones jurídicas ni de hecho, susceptibles de dar ventaja a ciertos concurrentes, o bien de perjudicarlos. Esa igualdad comprende, al menos, el deber de que las condiciones sean las mismas para todos los competidores y que debe darse preferencia siempre a quien hace la oferta más ventajosa para la Administración; su incumplimiento, violación, quebrantamiento o no aplicación, vicia de nulidad el contrato que, como su consecuencia, fuere celebrado; y por ello, en atención a lo expuesto, no encuentra esta Sala que, en general, las disposiciones que prohíben la participación de los miembros de los Supremos Poderes y órganos constitucionales -y los parientes de aquéllos- en los contratos administrativos, resulten en sí mismas inconstitucionales dado que encuentran asidero constitucional en los principios señalados, derivados de los numerales 33, 112 y 143 de la Constitución Política.-

III). Sobre la supuesta violación a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo: La acción alega que el numeral 252, párrafo primero, del Reglamento de la Contratación Administrativa extendió, mediante el uso de la palabra "toda", las restricciones para contratar con la Administración, establecidas por el artículo 107 de la Ley de la Administración Financiera, pues a juicio del accionante, éste último no se refiere a toda la Administración Pública, sino solamente a aquellos órganos o entidades sobre los que los funcionarios inhibidos ejercen jerarquía propia o impropia, o bien poderes de dirección o fiscalización. Según se señaló en los Considerandos anteriores, la ley

establece una prohibición generalizada para contratar, no limitada al ámbito de actuación de los funcionarios inhibidos; y de allí que la tesis propuesta por el accionante es improcedente. La norma en análisis no sólo respeta el espíritu de la ley de la cual deriva, sino que, además, no vulnera su concepción sustantiva: no incrementa las prohibiciones para contratar previstas en la ley -como erróneamente se alega- y mucho menos crea impedimentos no previstos en ella, razones que justifican desestimar la acción en este extremo, pues la actuación del Poder Ejecutivo en la emisión de esa disposición reglamentaria -artículo 252- no lesiona los numerales 9 y 140, incisos 3) y 18), de la Constitución Política.

IV). También se impugnan los artículos 107, inciso e), de la Ley de la Administración Financiera de la República y 253 del Reglamento de la Contratación Administrativa, en cuanto disponen que las prohibiciones para contratar con la Administración, aplicables a los parientes de los funcionarios inhibidos, no operarán cuando la actividad objeto del contrato constituya su ocupación habitual, con no menos de un año de anticipación al surgimiento de la prohibición; señalándose que tales normas generan discriminaciones inconstitucionales, e impiden el ejercicio del derecho al trabajo, con base en un criterio "temporal" a todas luces irrazonable. **Se cuestiona entonces la constitucionalidad, no de la prohibición de que adolecen los parientes, sino solamente la del plazo de un año, previsto para que la Contraloría General de la República levante ese impedimento. Y es que, efectivamente, debe partirse -como lo han hecho todas las partes involucradas en la acción- de que el ejercicio de las libertades públicas -en este caso el de la libertad de trabajo- no es ilimitado: encuentra límites claros y precisos en el numeral 28 de la Constitución -moral, orden público, buenas costumbres, derechos de terceros- así como en el contexto de ésta y en el del Derecho de la Constitución en general, límites que en tanto cuenten con un fundamento mínimo resultan procedentes constitucionalmente. Ya se señaló con anterioridad, que las prohibiciones para contratar con el Estado, previstas en la Ley de la Administración Financiera de la República y en el Reglamento de la Contratación Administrativa, encuentran fundamento válido en los numerales 33, 112 y 143 de la Constitución Política, dado que protegen los principios de libre concurrencia e igualdad entre oferentes, postulados esenciales que, en materia de contratación administrativa, velan porque la Administración actúe con absoluta imparcialidad en los concursos públicos, decidiendo prevalentemente en atención a un mayor y mejor cumplimiento de sus cometidos. El inciso e) del artículo 107 de la Ley y el numeral 253 del Reglamento, completan los alcances de los impedimentos señalados, permitiendo a los parientes contratar con el Estado cuando ejerzan la actividad objeto del contrato en forma habitual, pero siempre que tal ejercicio se venga realizando con al menos un año de anticipación al nombramiento o elección del funcionario.- De esa forma, el legislador optó por dar alcances relativos a la prohibición señalada, considerando tanto la habitualidad en el ejercicio de la actividad objeto del contrato, como el plazo**

que se tenga de realizarla, con el fin de asegurar, en mayor medida, que no se den injerencias indebidas en los procedimientos de contratación. Es del caso apuntar que en el ordenamiento jurídico aparecen gran cantidad de términos y plazos que regulan la posibilidad de ejercer, o no, derechos o actividades jurídicas que nacen, se modifican y perecen por el transcurso de determinado espacio de tiempo, sin que sea dable aceptar que tales regulaciones temporales violen -por ese hecho- derechos y garantías constitucionales.- Los aspectos tomados en cuenta para levantar la prohibición -a la que bien se le pudo haber otorgado efectos absolutos, aún respecto de los parientes- no exceden a juicio de la Sala, los límites de razonabilidad en el ejercicio de la potestad legislativa que alega el accionante; antes bien, constituyen una forma de tutelar el interés público que está de por medio en tales procedimientos, por sobre el de algunos particulares con interés en participar en ella. La restricción, así concebida, tiende a compatibilizar la libertad de los parientes a que hacen referencia la normativa impugnada, con la del resto de particulares interesados en contratar con la Administración Pública, así como la de todos ellos con los valores fundamentales señalados, que deben regir en todo momento la actuación de las autoridades públicas, y que constituyen por su alto contenido ético, base esencial de la vida en sociedad. En otras palabras, se optó por una solución que si bien tutela el interés público, lesiona en menor medida el interés particular, como lo hubiera sido el establecimiento de una prohibición absoluta; razones que fundamentan el rechazo de esta acción.-

" (RSC 3348-95 los destacados no son del original)

En punto al principio de igualdad ante la ley se ha indicado:

"VI. CONTENIDO DEL PRINCIPIO GENERAL DE LA IGUALDAD. El principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política tiene un contenido general. Dos son las ideas claves que se han dado en relación con este principio: primero, en relación a su concepto, en cuanto en forma sucinta implica el trato igual entre iguales y desigual para los desiguales, como lo ha manifestado en forma reiterada esta Sala:

"El principio de igualdad tal y como lo ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana. En cambio deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea substancialmente afectado por las diferencias que naturales median entre los ciudadanos. (Sentencia número 07182-94. En igual sentido, las sentencias números 01474-93, 03910, 05972 y 06097 todas de mil novecientos noventa y cuatro.) Y segundo, en cuanto a la posibilidad constitucional de establecer situaciones

diferenciadas entre desiguales, bajo la condición de que éstas sean razonables y proporcionadas:

*"El principio de igualdad, contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, implica que en todos los casos, se deba dar un trato igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica, que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. **La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la igualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable.** Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que ocurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, **que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva.**"*

(Sentencia número 01770-94, y en igual sentido, la número 01045-94.)

De esta manera, surgen dos elementos para determinar o no la violación del principio de igualdad: en primer lugar el parámetro de comparación que permite establecer que entre dos o más personas existe una situación idéntica, y que por lo tanto, produce un trato discriminatorio desprovisto de toda justificación objetiva y razonable; y en segundo lugar, la razonabilidad de la diferenciación, con lo que se estatuye el principio de razonabilidad como parámetro de constitucionalidad. De esta suerte, no basta que la diferenciación no sea contraria a la dignidad humana, o que esté justificada en la protección de otros bienes constitucionales o en la tutela de otros derechos fundamentales, sino que debe estar determinada en la relación medio-fin de la norma."
(RSC 10153-01)

El tema de la razonabilidad ha sido abordado por esta Sala como sigue:

"Este principio –de razonabilidad– extiende la protección del principio de legalidad, por cuanto toda intervención del Estado que lesione los derechos del ciudadano no sólo requiere de una base legal, sino que además necesita ser realizada de tal manera que estos derechos sean afectados lo menos posible. Dicho con otras palabras, la injerencia del Estado en la esfera privada es constitucional hasta tanto sea indispensable para una razonable protección de los intereses públicos. Los elementos del principio de razonabilidad son: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado, no debe estar al menos legalmente prohibido. La idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo

pretendido. La necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona. La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, es decir, no le sea "inexigible" al individuo. Aplicando tal marco conceptual a este asunto, tenemos que ciertamente lo pretendido por las autoridades recurridas es legítimo, porque protege los derechos constitucionales a la salud y a un sano medio ambiente, amén de que encuentra sustento inmediato en la Ley General de Salud. Asimismo, la medida dispuesta es idónea para alcanzar tal objetivo, pues efectivamente con el cierre del local se elimina toda amenaza a los derechos constitucionales supracitados. No obstante, ésta no se puede calificar como necesaria. En primer lugar, no consta en ningún momento en el expediente que vecino alguno hubiere presentado alguna queja por el funcionamiento del local en mención, lo que demuestra que no existía daño, amenaza o molestia inmediata a la salud o al medio ambiente. En segundo lugar, la protección a la salud pública del vecindario pudo haberse corregido de otras formas que no le produjeron un daño tan grave a los promoventes como el cierre del taller. A manera de ejemplo, pudo el Ministerio de Salud disponer un cronograma de mejoras dentro de un plazo prudente o establecer límites como el tamaño del taller que atemperaran el peligro potencial a la salud y al medio ambiente. La ordenado es igualmente desproporcionado, puesto que a una familia se le está repentinamente privando de su única fuente de ingresos, de la que dependía desde casi diez años. En consecuencia, si bien es cierto que los establecimientos están en la obligación permanente de adecuar sus instalaciones y funcionamiento a las disposiciones que en materia de salud establezca el Estado, no menos cierto es que tal proceso de adecuación deber ser razonable y proporcionado, lo que en este caso no se dio. Por ello, lo que procede es declarar con lugar el recurso." (RSC 7831-97).

En el voto 05236-99 se agregó sobre la razonabilidad lo siguiente:

"...La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la "razonabilidad " al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: **legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto,** ideas que desarrolla afirmando que "...**La legitimidad** se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; **la idoneidad** indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; **la necesidad** significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y **la proporcionalidad en sentido estricto** dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea "exigible" al individuo..." (sentencia de esta Sala número 3933-98 de las nueve

horas cincuenta y nueve minutos del doce de junio de mil novecientos noventa y ocho). En el sentido del criterio anteriormente expuesto, esta Sala ha venido aplicando la institución en su jurisprudencia. Veamos, ahora, el análisis del caso concreto. **Sobre la prueba de "razonabilidad"**: Para emprender un examen de razonabilidad de una norma, el Tribunal Constitucional requiere que la parte aporte prueba o al menos elementos de juicio en los que sustente su argumentación e igual carga procesal le corresponde a quien rebata los argumentos de la acción y la falta en el cumplimiento de estos requisitos, hace inaceptables los alegatos de inconstitucionalidad. Lo anterior, debido a que no es posible hacer un análisis de "razonabilidad" sin la existencia de una línea argumentativa coherente que se encuentre probatoriamente respaldada. Ello desde luego, cuando no se trate de casos cuya "irrazonabilidad" sea evidente y manifiesta. Retomando el alegato sobre la irrazonabilidad del plazo de dieciocho meses para optar por una pensión ordinaria, la Sala advierte que los accionantes no sólo no indican los motivos que les llevan a concluir que la norma cuestionada es irrazonable, sino que tampoco aportan prueba alguna que permita a este Tribunal llegar a esa conclusión, transformando el debate en la exposición de conceptos subjetivos. Por otra parte, el caso no presenta las características de ser una situación de "irrazonabilidad" evidente y manifiesta que además sea fácilmente perceptible, antes bien, de manera abstracta se puede indicar que la norma se ajusta al fin de la reforma legislativa, cual es corregir las distorsiones del sistema de pensiones derogado, creando de manera paralela un nuevo sistema que resguarda el "*derecho de pertenencia al régimen del Magisterio Nacional*" que esta Sala ha reconocido como un derecho de los cotizantes. Es por lo expuesto que la Sala estima que este extremo de la acción resulta improcedente."

Análisis normativo:

Se impugna el artículo 32 inciso c) punto uno de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas modalidad taxi que a la letra señala:

"Requisitos de las ofertas: las ofertas deberán cumplir los siguientes requisitos:

.....

.....

Adjuntar la declaración Jurada rendida ante notario público, en la cual conste:

1. que no lo alcanza ninguna de las prohibiciones contenidas en esta ley, ni en la Ley de Contratación Administrativa N° 7494 y sus reglamentos.
2. que se compromete a respetar la base de la operación que se le asigne.
3. que se compromete a respetar la base de operación que se le asigne.

Que se compromete a mantener vigente durante todo el período de la concesión, el seguro del vehículo que utilizará para prestar el servicio taxi.

4. que se compromete a cobrar solo las tarifas autorizadas oficialmente.

5. que no es miembro de una persona jurídica concesionaria de transporte remunerado de personas en la modalidad de taxi.”

En concordancia con esa disposición el artículo 22 de la Ley de la Contratación Administrativa – también impugnado- señala:

“ARTICULO 22.-

Alcance de la prohibición:

En los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a esta ley, están inhibidas de participar como oferentes, en forma directa o indirecta, las siguientes personas:

a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Ministros y los Viceministros, los Diputados a la Asamblea Legislativa, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia Y los del Tribunal Supremo de Elecciones, el Contralor y el Subcontralor Generales de la República, el Procurador General Y el Procurador General Adjunto de la República, el Defensor de los Habitantes y el Defensor Adjunto, el Tesorero y el Subtesorero Nacionales, y el Proveedor y el Subproveedor Nacionales.

b) Con la propia entidad en que sirven, los presidentes ejecutivos, los gerentes y subgerentes tanto de las instituciones descentralizadas como de las empresas públicas y los funcionarios públicos con injerencia o poder de decisión, en cualquier etapa del procedimiento de contratación administrativa.

c) Las personas jurídicas en cuyo capital social participe alguno de los funcionarios mencionados en los incisos anteriores.

d) Los parientes, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, de los funcionarios cubiertos por la prohibición.

e) Las personas jurídicas en las cuales los parientes indicados en el inciso anterior sean titulares de más de un veinticinco por ciento (25%) del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación.

f) Las personas físicas o jurídicas que hayan intervenido, como asesoras, en cualquier etapa del procedimiento de contratación o hayan participado en la elaboración de las especificaciones, los diseños y los planos respectivos. Esta prohibición no se aplicará en los supuestos en que se liciten, conjuntamente, el diseño y la construcción de la

obra o las variantes alternativas respecto de las especificaciones o los planos suministrados por la Administración. Si se duda de la injerencia de un funcionario específico en un negocio determinado, corresponderá a la Contraloría General de la República, mediante resolución razonada y previa solicitud del interesado, resolver el punto en cuestión.

Se exceptúan de las prohibiciones anteriores los siguientes casos:

1. Que se trate de un proveedor único.
2. Que se trate de la actividad ordinaria del ente.
3. Que exista un interés manifiesto de colaborar con la Administración.

(Así reformado por el artículo 1º, inciso f), de la ley Nº 7612 de 22 de julio de 1996)

El artículo 24 de la Ley de la Contratación Administrativa se ocupa del levantamiento de la incompatibilidad y dispone:

“Artículo 23. levantamiento de la incompatibilidad.

La prohibición expresa en los incisos d) y e) del artículo anterior no operará cuando las personas allí nombradas acrediten que se dedican, en forma habitual, a desarrollar la actividad empresarial potencialmente objeto de una contratación administrativa, por lo menos un año antes del surgimiento del supuesto de la inhabilitación. Mediante el trámite que se indicará reglamentariamente, la Contraloría General de la República acordará levantar la incompatibilidad”

De la prohibición de influencias se ocupa el numeral 24 del mismo cuerpo normativo que señala:

“Artículo 24. Prohibición de influencias.

A las personas cubiertas por el régimen de prohibiciones se les prohíbe intervenir, directa o indirectamente, ante los funcionarios responsables de las etapas del procedimiento de contratación administrativa, a favor de terceros.”

Las consecuencias del incumplimiento están reguladas en el artículo siguiente:

“Artículo 25. Efectos del incumplimiento:

La violación del régimen de prohibiciones establecido en este capítulo originará la nulidad absoluta de la oferta, el acto de adjudicación o el contrato, recaídos a favor del inhabilitado y acarreará, a la parte infractora, las sanciones previstas en esta ley”

(así reformado mediante ley 7612 del 12 de julio de 1996)

Sobre el fondo del asunto: Los numerales que se han transcrito así como sus correspondientes del Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa regulan el régimen de incompatibilidades en la contratación administrativa costarricense. En materia de contratación administrativa se sigue el principio general de capacidad establecido en la ley civil. Así, todas las personas se presumen capaces de contratar con la administración, salvo que la ley declare lo contrario de manera expresa. Dentro de las causales de incapacidad para contratar con la administración encontramos las **causales de inhabilidad o incompatibilidad**. Las personas con causal de incompatibilidad tienen afectada su capacidad de contratar con la administración y en razón de ello no pueden celebrar contratos con una entidad pública a pesar de ser legalmente capaces para realizar otros actos jurídicos. El artículo 112 de la Constitución sienta una prohibición tajante para contratar con la administración en relación con los Diputados, sin embargo, el principio ahí recogido, en tanto potencia la objetividad en la elección del contratista, es aplicable a todos los miembros de los Supremos Poderes y a los miembros de los órganos con relevancia constitucional, tal y como lo ha dispuesto, en desarrollo de aquél principio, la Ley de la Contratación Administrativa. En la sentencia N° 3348-95 ya esta Sala había señalado:

“las prohibiciones para contratar con el Estado, previstas en la Ley de la Administración Financiera de la República y en el Reglamento de la Contratación Administrativa, encuentran fundamento válido en los numerales 33, 112 y 143 de la Constitución Política, dado que protegen los principios de libre concurrencia e igualdad entre oferentes, postulados esenciales que, en materia de contratación administrativa, velan porque la Administración actúe con absoluta imparcialidad en los concursos públicos, decidiendo prevalentemente en atención a un mayor y mejor cumplimiento de sus cometidos.”

Ahora bien, el accionante impugna el numeral 32 inciso c) punto uno de la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas, modalidad taxi y el artículo 22 inciso d) de la Ley de la Contratación Administrativa, en tanto extiende la incompatibilidad a los familiares de los funcionarios con prohibición, hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad, de quienes ocupan cargos preeminentes en los Poderes del Estado y en algunos órganos de relevancia constitucional. El recurrente, quien es hermano de un Diputado y primo de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia sostiene que la extensión legislativa de la incompatibilidad a los familiares de los funcionarios públicos con prohibición para contratar con la administración, lesiona su derecho a la libre elección del trabajo y crea en perjuicio de los familiares de esos funcionarios una discriminación inconstitucional en tanto desprovista de justificación objetiva y razonable. Agrega el accionante que regulación legal que extiende a los familiares de los funcionarios públicos con impedimento para contratar con el Estado esas inhabilitaciones está fuera de la acción de la ley en tanto no afecta la moral el

orden público, ni los derechos de terceros (artículo 28 Constitucional) . Los planteamientos de la acción serán analizados a continuación.

De la ampliación legal del régimen de incompatibilidad.

Como se desprende de la lectura de las Actas de Asamblea Nacional Constituyente, en el artículo 112 Constitucional encontramos un principio ético básico del ejercicio de la función pública: **la prohibición de que los funcionarios públicos que desempeñan puestos de preeminencia en el sector público puedan contratar con la administración.** Corolario de ese principio son los que integran los procesos de contratación administrativa, que deben garantizar, como lo expresa el Artículo III punto 5 de la Convención Interamericana Sobre la Corrupción, integrada al ordenamiento jurídico costarricense por ley N. 7670: “sistemas de contratación de funcionarios públicos y **para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren publicidad, equidad, y eficiencia de tales sistemas**”. En el artículo III punto I de la misma Convención los Estados partes convienen en dictar “Normas de conducta para el **correcto, honorable y adecuado** cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas **a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos** en el desempeño de sus funciones...”. En el artículo XI inciso c) del mismo cuerpo normativo los Estados se obligan a tipificar en sus legislaciones “toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, **por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria,** procure la adopción, por parte de la autoridad pública, **de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado**” (tráfico de influencias).

En la acción se plantea la inconstitucionalidad, por exceso legislativo (artículo 28), de la inhabilitación de los familiares de los funcionarios públicos que tienen prohibición para contratar con la administración; sin embargo, la Sala estima que dichas prohibiciones no se enfrentan al referido numeral constitucional, en tanto desarrollan contenidos éticos y morales de la función de la función pública que el país se ha comprometido a adoptar y ello resulta, sin duda alguna, del mayor interés público. Veamos el artículo 28 constitucional señala en su párrafo segundo que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley”. De acuerdo con esta disposición constitucional, el legislador no podrá regular mediante ley aquellas actividades privadas que no se encuentren en los supuestos de excepción especialmente señalados. En el Derecho Constitucional costarricense el concepto de orden público alude a interés general o colectivo, en este sentido podrá ser regulado por el legislador aquellas actividades privadas externas (que trascienden el sujeto que las realiza) si así lo aconseja el bien común. El recurrente en el asunto base pretende participar en un concurso para la obtención de una placa

de taxi y para la Sala resulta evidente que el interés general busca que la asignación de ese servicio público se haga de una manera objetiva y desprovista de influencias que puedan comprometer el trato igualitario que el Estado debe dar a todos los oferentes. La razonabilidad de la disposición está relacionada con la atenuación de la inhabilitación establecida el artículo 23 de la Ley de la Contratación Administrativa según la cual el pariente que tenga habitualidad en la actividad específica, sea proveedor único opuede solicitar a la Contraloría General de la República el levantamiento de la inhabilitación. Es decir, en algunos casos, el interés público exige que la condición personal del familiar del funcionario inhabilitado ceda y permita su participación en el proceso, lo que se determinará ante en un proceso incoado ante el órgano de relevancia constitucional encargado de la vigilancia de la Hacienda Pública.

La Constitución también señala la posibilidad legislativa de regular la acción privada externa que pueda dañar a terceros y en el caso que nos ocupa la protección de los terceros (igualdad de oportunidad y trato) para todos los oferentes justifica que el legislador intervenga excluyendo a aquellos participantes en el proceso que por su condición personal –relación de parentesco con personas de influencia dentro del ámbito administrativo nacional- puedan alterar o comprometer esa igualdad. En este sentido debe recordarse que el contrato administrativo es “intuitu personae” y que las características concretas del oferente son de vital importancia para adjudicar el contrato. No quiere decir lo expuesto que la norma parta de que la simple condición de familiar de miembro de un funcionario público con influencia dentro del ámbito administrativo nacional, asegura la intervención de éste en el proceso; sin embargo, ello es una medida preventiva que tiende a evitar eventuales conflictos de intereses con los participantes en los concursos que no tienen esos vínculos familiares y Costa Rica se comprometió a nivel convencional a dictar este tipo de medidas precautorias. La legislación ha previsto la nulidad de los contratos que han sido obtenidos en transgresión a estas normas, sin embargo, la Sala estima que son las medidas precautorias como la recogida en el numeral 22 de la Ley de la Contratación Administrativa las que garantizan los principios del servicio público. Las nulidades originan la devolución de los procesos, afectación a la continuidad y eficiencia del servicio público y todo ello es precisamente lo que quiere evitar la disposición 32 inciso c) de la Ley de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos taxis al exigir al oferente adjuntar con su oferta una declaración jurada que señale que no le alcanza ninguna de las prohibiciones contenidas en esa ley, ni en la de Contratación Administrativa.

Finalmente también es posible para el legislador ordinario normar aquellas conductas privadas externas que se apartan de los patrones habitualmente admitidos por el sentimiento social medio y como ya se expresó líneas arriba, la prohibición de contratar de ciertos funcionarios y desde luego de sus familiares cercanos tiene relación con un contenido ético del ejercicio de la función pública que está recogido en

el Derecho de la Constitución, razón por la cual la Sala debe admitir como constitucional las regulaciones que se impugnan. En la resolución 3348-95 la Sala concluyó en relación con disposiciones que antecedieron a las que ahora se impugnan que esas normas tenían un “alto contenido ético, base esencial de la vida en sociedad”.

Sobre la alegada vulneración a la libertad de trabajo:

Esta Sala ya ha sostenido que el derecho al trabajo no es ilimitado y que el legislador puede válidamente introducir límites claros y precisos por razones morales, de orden público y en protección de los derechos de terceros. En este sentido el legislador podría válidamente suprimir actividades que por sus características no sean reconocidamente útiles u honorables. También podrá establecer por razones éticas prohibiciones para contratar con el Estado, tal y como las establecidas en las normas impugnadas. La libre elección de trabajo que el Derecho de la Constitución le garantiza al promovente de la acción se ejercerá dentro del campo en el que no opera la prohibición, que además no es absoluta, en tanto el legislador reconoce que en ciertos supuestos especialmente reglados y ampliamente razonables, la Contraloría General de la República en el procedimiento incoado al efecto levante la inhabilitación al pariente del funcionario con prohibición. De esta manera el legislador sin cercenar totalmente la posibilidad de contratar de los parientes establece requisitos para asegurarse de que no se den injerencias indebidas en los procedimientos de contratación administrativa.

De la vulneración al principio de igualdad:

La Sala estima los funcionarios que tienen inhabilitación para contratar con el Estado tienen una posición institucional de tal relevancia que no circunscribe a la institución en la que desempeñan, antes bien, la dignidad de sus cargos les otorga una posición de preeminencia que abarca todo a todo el Estado. Sugerir lo contrario, en especial en materia de concesión de taxis que tiene amplios referentes históricos de concesiones otorgadas con distancia de criterios objetivos, implicaría no sólo desconocer la realidad nacional que el legislador ha querido cambiar, sino también ignorar que esa medida constituye un esfuerzo para que en ajuste con la Convención.....se evite de manera cautelar el "tráfico de influencias" que es nocivo para la ética de la función pública. El principio de igualdad solo se vulnera cuando el trato diverso se encuentra desprovisto de justificaciones objetivas y razonables y en el subjuice la restricción establecida por el legislador a los familiares del funcionario público con inhabilitación se ajusta a las previsiones de los numerales 33, 112 y 143 de la Constitución Política, en tanto protege los principios de libre concurrencia e igualdad entre oferentes, postulados esenciales que, en materia de contratación administrativa, velan porque la Administración actúe con absoluta imparcialidad en los concursos públicos, decidiendo prevalentemente en atención a un mayor y mejor cumplimiento de sus cometidos. Las

restricción –no absoluta- establecida a los parientes de los funcionarios públicos con prohibición de contratar con la administración constituyen una forma preventiva saludable de tutelar el interés público vigente en tales procedimientos. En el voto n..... la Sala señaló que la posibilidad de que en ciertos supuestos especialmente normados los parientes de esos funcionarios puedan participar en los concursos concluye que *“...la restricción, así concebida, tiende a compatibilizar la libertad de los parientes a que hacen referencia la normativa impugnada, con la del resto de particulares interesados en contratar con la Administración Pública, así como la de todos ellos con los valores fundamentales señalados, que deben regir en todo momento la actuación de las autoridades públicas, y que constituyen por su alto contenido ético, base esencial de la vida en sociedad. En otras palabras, se optó por una solución que si bien tutela el interés público, lesiona en menor medida el interés particular, como lo hubiera sido el establecimiento de una prohibición absoluta; razones que fundamentan el rechazo de esta acción”*

Disposiciones similares encontramos, con pocas diferencias en el derecho comparado.

Nótese que se trata de una prohibición generalizada, cuyos alcances no se encuentran limitados al ámbito concreto de su actuación o a aquellos órganos en los que exista relación jerárquica, de dirección o de fiscalización; tales circunstancias, en principio, se encuentran previstas en el inciso d) de esa norma, que expresamente prohíbe toda participación, "a los funcionarios o empleados públicos que tengan injerencia o poder de decisión respecto de tales negocios". Además, la Sala comparte el criterio expuesto por el Procurador General de la República, en el sentido de que la posición institucional de los funcionarios inhibidos abarca todo el Estado, y no se reduce a un reparto administrativo concreto: aceptar lo contrario implicaría no sólo desconocer una realidad nacional, sino que eventualmente permitiría a tales funcionarios ejercer un "tráfico de influencias" nocivo dentro de la Administración, tanto a su favor como de sus familiares cercanos, y que atentaría en forma flagrante contra los fines del concurso, previsto justamente para garantizar el mejor cumplimiento de los fines públicos, y la participación igualitaria de los ciudadanos interesados en colaborar con el Estado, en el cumplimiento de sus cometidos.-

Conclusión:

Por los motivos expuestos, no encuentra esta Sala que el contenido del artículo 32 inciso c) punto uno de Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas Modalidad Taxi Ley 7969, y art. 22 inc. d) Ley Contratación Administrativa número 7494 impugnado lesione el Derecho de la Constitución, en los términos planteados por la acción, razón por la cual ésta debe ser rechazada por el fondo.

5. Sobre la Contratación entre el Instituto Nacional de Seguros y los Funcionarios Públicos

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{viii}

Voto de mayoría

“Tercero: Derechos y garantías de los consumidores de seguros. Que el artículo 1° de la Ley reguladora del mercado de seguros #8653, establece una serie de principios, reglas y normas al estilo de rieles sobre los cuales habrá de desarrollarse en lo sucesivo la actividad de seguros en un mercado abierto. Puede afirmarse que la norma contiene un perfil subjetivo relativo a los derechos y garantías de los consumidores de seguros, y otro objetivo referido a la actividad, sin dejar de señalar algunos órganos y fines que se persigue alcanzar. En cuanto a lo primero, expresamente se señala como uno de sus fines *proteger* los derechos subjetivos e intereses legítimos de los asegurados y terceros interesados que se generen a partir de la oferta, suscripción, comercialización o ejecución de contratos de seguros; los artículos 4 y 5 albergan y desarrollan las garantías y derechos constitucionales de los asegurados; su derecho a la protección de sus intereses económicos, a un trato equitativo y a la libertad de elección entre aseguradoras, intermediarios de seguros y servicios auxiliares de su preferencia *con adecuados estándares de calidad* (artículo 46 de la Constitución Política). Desde la dimensión objetiva la ley crea y establece un marco para la autorización, regulación, supervisión y funcionamiento de la actividad aseguradora, reaseguradora, de intermediación de seguros y servicios auxiliares; moderniza y fortalece al INS, como institución autónoma aseguradora del Estado, para que pueda competir eficaz y eficientemente en un mercado abierto sin detrimento de su función social nacional. También procura asegurar el financiamiento y las condiciones necesarias para la adecuada prestación del servicio por parte del Cuerpo de Bomberos costarricense, y crea la Superintendencia General de Seguros como órgano encargado de velar por la estabilidad y el eficiente funcionamiento del mercado de seguros, flexibiliza y amplía los mecanismos y procedimientos de contratación administrativa. El rol de la Superintendencia trasciende la actividad de seguros; se incardina dentro de los medios que garantizan al consumidor un servicio de calidad y eficiencia.

Cuarto: Naturaleza jurídica de la relación subyacente. Inexistencia de un contrato administrativo entre el INS y los talleres autorizados . Se afirma en la demanda que entre el INS y los talleres autorizados, no existe un contrato administrativo puro; más que un acto de adjudicación lo que existe es uno de mera autorización para la prestación o funcionamiento de servicios auxiliares, lo que configura un contrato de derecho común; por esta razón la LCA no aplica más allá de los principios generales de contratación administrativa desarrollados por Sala Constitucional en sentencia #998-1998.

1. Que desde el punto de vista de la Ley reguladora del mercado de seguros (artículo 18), los servicios auxiliares de seguros son *“los que, sin constituir actividades de aseguramiento, reaseguro, retrocesión e intermediación, resulten indispensables para el desarrollo de dichas actividades. Estos servicios incluyen, entre otros, los servicios ... la reparación de daños incluidos los servicios médicos, los que prestan los talleres y otros que se brindan directamente como prestaciones a los beneficiarios del seguro...”*. Son servicios conexos a la actividad principal aseguradora o reaseguradora, que sirven de medio o instrumento para complementar su ejercicio y alcanzar el pleno goce y disfrute de los derechos derivados; desde luego que la prestación de estos servicios no puede desarrollarse libremente; el Consejo Nacional debe reglamentarla *“y exigirá el registro de proveedores de servicios auxiliares”*. Uno de los requisitos para prestar este servicio es estar inscrito en el registro de proveedores. Allí se van a inscribir quienes libremente decidan vender sus servicios y tengan la aptitud y reúnan los requisitos de calidad e idoneidad técnica, además de financiera. ¿A qué obedece la exigencia de este registro? Según lo manifiesta la parte demandada, el registro nace como vínculo que autoriza la fiscalización y control de calidad y eficiente prestación frente al consumidor. Y es que debe existir un control y fiscalización oportuna, pues en esta materia el consumidor tiene un derecho de elección relativizado, limitado; sólo podrá escoger o elegir entre quienes figuran en el registro de proveedores. Frente a esa restricción, al menos debe contar con garantías mínimas de calidad y eficiencia.

2. Que el cartel relativo al concurso abierto por el INS, en este caso, es una invitación irrestricta, sin discriminación, un llamado general dirigido a quienes deseen brindar los servicios auxiliares de seguros. Cuando en el cartel se fijan las condiciones generales del oferente, y técnicas del adjudicatario, los requisitos indispensables y técnicos del adjudicatario, se están señalando los presupuestos mínimos que deben reunir como garantía de adecuado funcionamiento, de prestación eficiente del servicio. Las cláusulas del cartel y éste en su conjunto, son el medio de que se vale el INS para obtener una especie de registro de proveedores precalificado.

3. Que conforme a lo anterior, el acto mediante el cual el INS selecciona, elige y adjudica los proveedores, no constituye en rigor un acto de perfección y formalización de un contrato administrativo típico. Aunque el proveedor queda sujeto a cumplir ciertas obligaciones, fundamentalmente de calidad, eficiencia y excelencia en el servicio, de ahí no se derivan obligaciones sinalagmáticas al estilo de los contratos bilaterales clásicos. La contraprestación resultante no va dirigida a satisfacer funciones esenciales del Estado o fines públicos; el INS tampoco conserva prerrogativas o cláusulas exorbitantes. De lo que se trata es de ofrecer un servicio complementario, auxiliar, a quienes voluntariamente suscriben pólizas de seguro de automóviles, para que si llegare a configurarse el riesgo, tengan donde acudir o a donde dirigirse. En realidad es un acto de selección y habilitación para la prestación de un servicio privado, un acto que convierte a un sujeto privado en auxiliar de la actividad de

seguros por reunir los requisitos preestablecidos para el registro de proveedores. Esta es la naturaleza jurídica que nace entre el INS y sus proveedores de servicios auxiliares o complementarios, una relación de colaboración en términos de igualdad o paridad frente al consumidor de seguros.

4. Que es verdad que el artículo 9 de la Ley del INS, #12, reformada integralmente por la Ley #8653, según su artículo 52, alude a un grupo de *contrataciones* exceptuadas de los procedimientos ordinarios de contratación previstos en la LCA, entre las cuales están las “**d**) Contrataciones de servicios de intermediación de seguros o financiera, incluidos los de distribución de seguros autoexpedibles; contratación para la realización, por parte de terceros, de los servicios que proveen regularmente el INS o sus subsidiarias, tales como el cobro o la recaudación de dineros y *de los servicios auxiliares de seguros, según se indica en la Ley reguladora del mercado de seguros.*”, alusión que genera confusión. El sentido de esa norma está en íntima conexión con el anhelo previsto en el artículo 1° de la Ley #8653, respecto de la necesidad de flexibilizar y ampliar los mecanismos y procedimientos de contratación del INS, supuesta su modernización y fortalecimiento para la competencia eficaz y eficiente en el nuevo escenario económico (Cfr. Sala Constitucional, sentencia #10450-2008 de 9.00 horas de 23 de junio, considerando V, letra B “aspectos de fondo”, párrafos 2 y 3). La exigencia que establece el párrafo 2° en el sentido que la Junta Directiva debe velar porque se observen los principios generales de la contratación administrativa que procedan y que el procedimiento resulte razonable y proporcional a los fines de la contratación, se satisface con la aplicación de los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad, no discriminación, además de los de eficiencia, eficacia, razonabilidad y proporcionalidad, tal cual se describen en el mismo Reglamento al artículo 9 citado, promulgado por el INS (La Gaceta #182 de 22 de septiembre de 2008). La idea es que el registro se conforme a través de un procedimiento público que garantice la participación del mayor número de oferentes, que no excluya a ninguno, y que el cartel permite elegir a quienes garanticen calidad y eficiencia en el servicio a prestar. Pero la sujeción a estos principios base, no tiene los alcances y consecuencias que se le atribuyen en el sentido que de ahí surge un contrato administrativo puro, tal cual se expuso en el párrafo anterior.

5. Que efectivamente en puridad el INS no contrata con el taller. Quien sí celebra un contrato privado, libre y voluntario, a partir de su autonomía de voluntad y derecho relativo de elección (artículos 28 y 46 de la Constitución), es el asegurado o consumidor con el taller o agente auxiliar de seguros, por medio del cual –en el caso éste se obliga a prestar un servicio consistente en la reparación de los daños causados al bien asegurado, a cambio de una suma de dinero, normalmente pagadera con cargo al contrato-póliza. El INS se relacionará con el taller escogido en la medida que el consumidor opte por hacer uso de su póliza de seguro voluntario; en ese sentido su rol será de agente pagador por cuenta del consumidor.

6. Que en definitiva el acto de selección y adjudicación como requisito previo a la incorporación en el registro de proveedores, es el medio del que se valen los órganos competentes para controlar y fiscalizar la excelencia y eficiencia de la prestación del servicio auxiliar de seguros frente al consumidor, es el mecanismo que permite garantizar la prestación de un servicio de calidad, cuyo incumplimiento podría dar lugar a la adopción de medidas correctivas conducentes hasta la expulsión del registro; téngase presente que se trata de un servicio regulado, normado reglamentariamente.

Quinto: Sobre la inaplicación del artículo 22 bis, inciso a) LCA. Que el Tribunal concluye conforme a lo expuesto que el artículo 22 bis, inciso a) LCA no es aplicable al caso concreto; en rigor no estamos frente a la celebración de una contratación administrativa entre un Diputado, por sí o través de otro u otros, directa o indirectamente, según el artículo 112, párrafo 2° de la Constitución Política, sino frente a la presentación voluntaria, libre, de una oferta de servicios a la Administración para su consideración con el objeto de integrar el registro de proveedores de servicios privados a los consumidores de seguros, a elección de estos. De ahí que el régimen de prohibiciones previsto en el capítulo V LCA no alcanza a la parte actora.

Sexto: Conclusiones y excepciones. Que el Tribunal concluye que la petitoria principal es procedente, para lo cual es preciso denegar la excepción de falta de derecho opuesta. Ambas partes convienen en señalar que el motivo causante de la desestimación de la solicitud de autorización de funcionamiento como Servicio Auxiliar de taller de reparación de vehículos en enderezado y pintura, consiste en que el señor Carlos Gutiérrez Gómez incurrió en la prohibición contenida en el artículo 22 bis, inciso a) LCA, en razón de haber fungido como Diputado en el período 2006-2010; de modo que no existen cuestionamientos en torno a la calidad de las reparaciones o los trámites de indemnizaciones por reparación de vehículos; así se dijo en el hecho #9 de la demanda y contestación. Debe por tanto acogerse esta petitoria en los términos planteados y omitir referencia a la subsidiaria por innecesario, pues no existe razón para prevenir la presentación de declaración jurada en el sentido requerido, ni es motivo para desestimar la oferta.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. Ley de Contratación Administrativa. Fecha de Vigencia desde 08/06/1995. Versión de la norma 18 de 18 del 20/02/2012. Datos de la Publicación Gaceta 110 del 08/06/1995. Alcance 20 C.

ⁱⁱ ORTIZ ORTIZ, Eduardo. (2002, Tomo III). *Tesis de Derecho Administrativo*. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. San José, Costa Rica. Pp 178 y 179.

ⁱⁱⁱ SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1096 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del ocho de setiembre de dos mil once. Expediente: 09-000640-1027-CA.

^{iv} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN VIII. Sentencia 36 de las quince horas del quince de diciembre de dos mil ocho. Expediente: 04-000902-0163-CA.

^v TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 241 de las dieciocho horas con cinco minutos del diecisiete de junio de dos mil diez. Expediente: 04-000431-0166-LA.

^{vi} TRIBUNAL CONTENCISO ADMINISTRATIVO SECCIÓN VII. Sentencia 12 de las quince horas con veinte minutos del veintitrés de enero de dos mil nueve. Expediente: 03-000409-0163-CA.

^{vii} SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 3050 de las catorce horas con cincuenta y dos minutos del veintitrés de abril de dos mil tres. Expediente: 01-001575-0007-CO.

^{viii} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 48 de las quince horas del trece de marzo de dos mil doce. Expediente: 10-001714-1027-CA.