



## El Refrendo en la Contratación Administrativa

<b>Rama del Derecho: Derecho Administrativo.</b>	<b>Descriptor: Contratación Administrativa.</b>
<b>Palabras Clave: Contraloría General de la República, Potestad de aprobación de actos y contratos, Efectos del refrendo en la contratación administrativa, Requisito de legalidad del refrendo del texto contractual, Votos Constitucionales.</b>	
<b>Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.</b>	<b>Fecha de elaboración: 02/04/2014.</b>

El presente documento contiene normativa y jurisprudencia sobre el referendo en materia de contratación administrativa, considerando el artículo 184 de la Constitución Política, y los artículos 20 y 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en los cuales se confiere a la Contraloría la potestad de refrendar los contratos suscritos por la Administración Pública, sobre estos artículos se aporta abundante jurisprudencia.

### Contenido

NORMATIVA .....	2
Artículo 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría .....	2
Artículo 20.- Potestad de aprobación de actos y contratos .....	2
Artículo 30.- Competencia y validez de sus actos .....	3
JURISPRUDENCIA .....	3
1. Contraloría General de la República: Efectos del refrendo en la contratación administrativa.....	3
2. Ineficacia jurídica al no haber sido ejecutado ante la falta del requisito de legalidad del refrendo del texto contractual.....	5
3. Contratación administrativa: Concepto, régimen jurídico y análisis respecto del refrendo por parte de la Contraloría General de la República .....	8
4. Votos Constitucionales sobre Refrendo en la Contratación Administrativa .....	10
Res: 1998-05947 .....	10
Res: 1999-09524 .....	25
Res: 2000-03027 .....	29

## **NORMATIVA**

### **Artículo 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría**

[Constitución Política]<sup>i</sup>

1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República;

No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;

2) Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación;

3) Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos;

4) Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;

5) Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen.

### **Ley Orgánica de la Contraloría General de la República<sup>ii</sup>**

#### **Artículo 20.- Potestad de aprobación de actos y contratos**

Dentro de un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles, la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito. No están sujetos a este trámite obligatorio, los contratos de trabajo ni los que constituyan actividad ordinaria, de conformidad con la ley. La falta de pronunciamiento dentro de este plazo da lugar al silencio positivo.

La administración obligada deberá gestionar y obtener la aprobación, previamente a dar la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato.

La Contraloría General de la República determinará, reglamentariamente, las categorías de contratos que, por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación; pero, en este caso, podrá señalar, por igual vía, cuáles de estas categorías estarán sometidas a la aprobación por un órgano del sujeto pasivo.

En todos los casos en que un acto o contrato exija legalmente la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de la aprobación, impedirán la eficacia jurídica del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de sanción de nulidad absoluta.

Cuando la ejecución se dé, mediante actividades o actuaciones, estas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute.

### **Artículo 30.- Competencia y validez de sus actos**

Las competencias de la Contraloría General de la República no se extinguirán por el transcurso del plazo legalmente señalado para ejercerlas; en consecuencia, los actos extemporáneos que emita, en cumplimiento de su función de fiscalización superior, no adolecerán de nulidad por esa sola circunstancia, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias de orden interno, ni de las propias de los sujetos pasivos y de sus servidores. Sin embargo, en el caso de que la Contraloría no resuelva o no se pronuncie dentro del plazo legal o reglamentariamente establecido, en relación con los recursos de apelación en licitaciones públicas, el acto de adjudicación se tendrá como válido y eficaz. En los casos de autorizaciones, refrendo de contratos y aprobación de modificaciones presupuestarias, se entenderá el silencio positivo y la administración podrá ejecutar válidamente el acto respectivo.

## **JURISPRUDENCIA**

### **1. Contraloría General de la República: Efectos del refrendo en la contratación administrativa**

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]<sup>iii</sup>

Voto de mayoría:

**“V- SOBRE EL ACTO DE REFRENDO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA:** De previo a entrar al análisis de los aspectos particulares de este asunto, es recomendable realizar una breve explicación de cuales son los efectos del acto de refrendo de los contratos administrativos. En ese sentido, cabe recordar que la obligación de refrendar los contratos administrativos viene establecida en el artículo 184 de la Constitución Política, delegando tal función a la Contraloría General de La República. Ahora bien, esta potestad asignada constitucionalmente al órgano contralor, es desarrollada en el numeral 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que dispone:

***“ARTICULO 20.- POTESTAD DE APROBACION DE ACTOS Y CONTRATOS***

*Dentro de un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles, la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito. No están sujetos a este trámite obligatorio, los contratos de trabajo ni los que constituyan actividad ordinaria, de conformidad con la ley. La falta de pronunciamiento dentro de este plazo da lugar al silencio positivo.*

*La administración obligada deberá gestionar y obtener la aprobación, previamente a dar la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato.*

*La Contraloría General de la República determinará, reglamentariamente, las categorías de contratos que, por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación; pero, en*

*este caso, podrá señalar, por igual vía, cuáles de estas categorías estarán sometidas a la aprobación por un órgano del sujeto pasivo.*

*En todos los casos en que un acto o contrato exija legalmente la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de la aprobación, impedirán la eficacia jurídica del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de sanción de nulidad absoluta.*

*Cuando la ejecución se dé, mediante actividades o actuaciones, estas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute."*

De la lectura de este artículo se pueden extraer las siguientes consideraciones aplicables al caso que nos ocupa: **a)** El acto de refrendo es un típico acto de aprobación, del cual depende la eficacia del acto que se debe aprobar. Precisamente, en este aspecto el artículo 145 incisos 3 y 4 de la Ley General de la Administración Pública, indican:

*"Artículo 145. (...)*

*3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.*

*4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse."*

Precisamente, el acto aprobatorio debe ser previo a la ejecución del objeto contractual, ya que es un requisito de eficacia del acto que aprueba. Así pues, en materia de contratación administrativa, una vez que exista acto firme de adjudicación, formalización del contrato administrativo y el depósito de la garantía de cumplimiento, el contrato administrativo será válido, de conformidad con lo que establece el artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa. Sin embargo, no será eficaz hasta tanto la Contraloría General de la República emita el refrendo, o como lo dispone el mismo artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, esta potestad de aprobación recaiga en un órgano del sujeto pasivo; **b)** Como se desprende de lo dicho, el acto de refrendo puede ser emitido por la Contraloría General de la República o de acuerdo al origen, naturaleza o cuantía de la contratación, por la vía reglamentaria se podrá determinar qué contrataciones deberán ser refrendadas por el órgano contralor, una unidad interna de la misma administración contratante o del todo se prescindirá de este requisito; **c)** Justamente, para la fecha en que sucedieron los hechos que motivan esta demanda, se encontraba vigente el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, emitido mediante Resolución de la Contraloría General de la República número R-CO-33-2006 dictada a las catorce horas del ocho de marzo de dos mil seis, el cual fue publicado en la Gaceta número 53 del miércoles 15 de marzo del 2006. Este fue derogado por el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, emitido por la Contraloría General de la República, bajo el número de resolución R-CO-44-2007 de las nueve horas del once de octubre del dos mil siete, publicado en la Gaceta N° 202 del 22 de octubre del 2007, que de conformidad con su artículo 20 entró en vigencia a partir del 1° de enero del 2008, indicando que los contratos administrativos que se encontraran en análisis antes de esa fecha se les debería aplicar el reglamento anterior. Por ello, es claro que en este caso, el Reglamento de Refrendos que se debe aplicar fue el número R-CO-33-2006, ya que los actos de la contratación administrativa objeto de este proceso datan de los años 2006 y 2007. Realizada la aclaración de cuál reglamento de refrendo debe ser aplicado en este caso, es conveniente citar que el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública número R-CO-33-2006, en su artículo 10 inciso 3, autoriza a que

las contrataciones administrativas que por su naturaleza o cuantía no están sujetas a refrendo contralor, sí deben ser refrendadas por una unidad interna de la misma administración pública contratante que usualmente puede ser la asesoría jurídica institucional, como sucede en el presente caso. Asimismo, este mismo reglamento en su artículo 7 indica qué aspectos serán analizados por la unidad interna o el órgano contralor para dar o no el refrendo respectivo. En ese sentido, estima este Tribunal que no existen causales taxativas para otorgar o no el acto de refrendo, todo lo contrario, es claro que el órgano encargado de aprobar o refrendar la contratación administrativa, debe revisar de forma abierta que se hayan cumplido todos los requisitos legales y técnicos. Uno de los aspectos que perfectamente deben ser revisados antes de emitir un refrendo es que la oferta cumpla cabalidad con los requisitos establecidos en el cartel, ya que esto no solo es la base para la eficacia contractual, sino también de la propia validez del contrato. Por ello, considera este órgano jurisdiccional que un acto de refrendo debe necesariamente revisar si se cumplieron los requisitos cartelarios en la oferta presentada por el adjudicatario, si esos requisitos no se cumplen, el contrato no podrá ser ejecutado, y el contratista habrá incumplido los términos de su oferta, así como el contrato en general. Por ello, no es procedente que un adjudicatario que se encuentre en una condición de haber incumplido requisitos cartelarios, venga posteriormente a solicitar una indemnización por la no ejecución del contrato que se le adjudicó, como precisamente ocurre en este caso, y que se explicará con detalle en el siguiente considerando de esta sentencia.”

## **2. Ineficacia jurídica al no haber sido ejecutado ante la falta del requisito de legalidad del refrendo del texto contractual**

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII]<sup>iv</sup>

Voto de mayoría

“III-[...] Alega el apelante que la sentencia de instancia resulta estar fundamentada en argumentación de lógica contradictoria y a la postre falaz, por cuanto admite la validez del contrato, luego de haberse rubricado dicho instrumento, previa rendición de la garantía de cumplimiento a satisfacción de la Administración contratante, sin embargo, encuentra que a pesar de la satisfacción de tales requisitos, el contrato es ineficaz por que no fue refrendado por la oficina interna que controla la legalidad interna.

Al respecto, es criterio de este Tribunal que la sentencia apelada no cae en la contradicción lógica que apunta el apelante, toda vez que precisamente el aspecto que éste señala como errático, no resulta serlo, dado que el Ordenamiento Jurídico vigente, a partir de lo dispuesto en los Artículos 128 y 140 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), admite la distinción entre validez y eficacia, siendo lo primero, el avenimiento del acto (y de los efectos jurídico-materiales en él contenidos) al Ordenamiento Jurídico, en tanto lo segundo, la cualidad de ser eficaz, recae en la producción misma de los efectos previstos por el Ordenamiento Jurídico para ese acto. Puede ocurrir que perfectamente, un acto que haya nacido a la vida jurídica dotado de plena validez, no llegue a surtir los

efectos que debía cumplir, caso en el cual se reputa que el acto siendo válido deviene en ineficaz, porque no ha cumplido los efectos queridos por el sistema jurídico.

El Ordenamiento Jurídico administrativo costarricense prevé la posibilidad, en la norma de más reciente cita (Art. 140 LGAP), de diferir el momento de eficacia del acto, al establecer la posibilidad de que sea eficaz el acto que concede únicamente derechos, pues en este caso será eficaz a partir del momento que se adopte; y la adopción del acto no es otra cosa que la voluntad afirmativa de la Administración para dotar de contenido y motivo su decisión, cualquiera que ésta sea, la cual externa precisamente en el acto que emite. De ahí entonces, que el acto administrativo dotado de validez y eficacia, es el acto pleno, la expresión por antonomasia de la actividad administrativa del Estado. Ahora bien, por tratarse el asunto de fondo del presunto incumplimiento de un contrato administrativo, es preciso señalar que de conformidad con el Artículo 3 de la Ley de la Contratación Administrativa, N° 7494 del 8 de junio de 1995 y sus reformas, por disponerlo así el legislador a texto expreso, el régimen de nulidades que contempla la citada Ley General de la Administración Pública, es aplicable a la contratación administrativa, de tal manera que bien hizo el juzgador de instancia, al considerar que no por legítimo el Artículo 7, acuerdo primero de la sesión N° 8008 efectuada el 17 de noviembre del 2005, en el cual dicho órgano deliberante adjudicó la licitación restringida a favor de la parte actora, el mismo no está dotado de eficacia, ya que ésta según lo evidencian los textos prototipo de los contratos mediante los cuales la demandada contrató en el pasado los servicios del aquí actor, sujetó el rige de los efectos acordados entre las partes, a partir del momento en el que fuere otorgado el refrendo legal por parte del área legal correspondiente de la demandada (así CLÁUSULA OCTAVA del contrato CD-001-2001, en folio 46 del Tomo 3 del expediente administrativo proveído; y la CLAUSULA OCTAVA del contrato CD-015-2002 folios 50-51 ibidem; y la CLAÚSULA DÉCIMA, del contrato en plaza CD-JD-001-2004 en folio 83 ídem).

La apreciación en su conjunto de tales antecedentes, permite establecer como conclusión que en la especie, las contrataciones que hizo la demandada con el actor apelante, han estado condicionadas en sus efectos (y ámbito de eficacia), a la aprobación del criterio de legalidad del contrato por parte de la oficina legal de la Caja Costarricense del Seguro, a la que se le ha asignado tal función, sin que pueda afirmarse entonces, que el prototipo de contrato utilizado por la demandada ha sido el de efectos automáticos o de pleno derecho a partir de su firma, pues al contrario, como lo ha requerido la norma contractual inserta en dichos instrumentos, el rige de los contratos, o más precisamente su eficacia, ha sido pactada a partir del criterio de legalidad emitido en el refrendo, de tal manera que el punto ha sido bien apreciado por el A Quo, sin que en la conclusión se manifieste la contradicción de lógica expositiva que aduce el apelante. Por lo que rechaza este Tribunal el agravio alegado. [...]

**V- FONDO DEL ASUNTO.** La presente litis tiene por objeto, el cobro de los daños y perjuicios infringidos a la parte actora, ante la inejecución achacable a la demandada, de un contrato administrativo tramitado mediante el procedimiento de licitación restringida para la dotación del servicio de asesoría jurídica a la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual le fue adjudicado a la parte actora y apelante, aunque tal contratación no tuvo eficacia jurídica al no haber sido ejecutado ante la falta del requisito de legalidad del refrendo del texto

contractual. A estos efectos, el refrendo de la legalidad del contrato suscrito por las partes y satisfechos otros correquisitos de legalidad, deviene en un requisito, como se indicó antes, de obligado cumplimiento exigido por la legalidad de la Constitución Política (Artículo 184.1), y en consecuencia ante la ausencia de este requisito, no se puede ejecutar el contrato a pesar de que pudiere reputarse perfecto desde la óptica de la estricta formalidad. Ese ha sido el criterio que ha sostenido la sentencia apelada. No obstante, este Tribunal encuentra que dicho criterio, lejos de vulnerar el marco de la legalidad en la que el a quo debe resolver el asunto sometido a su fuero, tiende a reforzar el régimen de legalidad constitucional y subordinado que se deriva de aquel precepto que exige el visado de legalidad del gasto en forma previa. Al respecto la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en sentencia 00084 de las 2:40 horas del 28 de junio de 1996, ha señalado lo siguiente: **“IV.- En cuanto a los efectos que la falta de refrendo ocasionó al contrato firmado por las partes del proceso, es necesario precisar que la Ley Orgánica de la Contraloría en la norma supra citada declara a las contrataciones sin refrendo, inválidas, afirmación clara y que no puede interpretarse en ningún otro sentido. Por otra parte en el Reglamento de la Contratación Administrativa, artículo 200, se explica que el contrato administrativo se perfecciona por el acto de adjudicación debidamente publicado y notificado, pero que para la firmeza de las adjudicaciones y para la eficacia de los contratos se requiere el cumplimiento de los requisitos que establece el ordenamiento jurídico, entre ellos sin duda ninguna la autorización de la Contraloría General de la República, sin ella no podía ser ejecutado”**. Ante este dilema el Juzgador debe acudir a la jerarquía de las fuentes del derecho jurídico administrativo, señaladas en el artículo 6º de la Ley General de la Administración Pública que señala que prevalece la ley sobre los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo para reglamentar aquéllas, y decidir, al igual que lo hizo la Juzgadora de Instancia, que el contrato que siguió a la adjudicación de las obras de pavimentación de las calles de Heredia era una contratación absolutamente nula, solución que también encuentra asidero legal en lo dispuesto en los artículos 98 y 100 de la Ley de Administración Financiera de la República.

**V.-** La autorización de la Contraloría General de la República para pagar al actor las sumas de cuatro millones de colones con fundamento al monto financiado, en atención "a los alcances del problema", calza absolutamente con las disposiciones del Reglamento a la Contratación Administrativa de la República, artículo 272, que señala que a los particulares que se hubieren obligado con un ente público sin que se hayan seguido los procedimientos o extendido las autorizaciones correspondientes, no podrá serle reconocida compensación pecuniaria alguna, salvo en casos muy calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho respecto a obras efectivamente ejecutadas y de buena fe, sin incluir el lucro.

**VI.-** No puede el contratista aducir ignorancia de los procedimientos seguidos para la atribución de la contratación, ya que tiene obligación de velar por la legalidad de aquel procedimiento (...)" (\*el ponente ha agregado énfasis de negrilla y subrayado, que no están en el texto original).

Del criterio expuesto por la Sala Primera se desprende con total claridad, que no por estar formalmente perfeccionado el instrumento contractual, el mismo deviene en eficaz, siendo

en todo caso el cumplimiento del requisito de refrendo de legalidad del contrato, el que permitiría la ejecución del contrato, pero en cuya ausencia el mismo es ineficaz.”

### **3. Contratación administrativa: Concepto, régimen jurídico y análisis respecto del refrendo por parte de la Contraloría General de la República**

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II]<sup>v</sup>

Voto de mayoría

“VI.- Para que el Estado pueda cumplir con los fines encomendados por el ordenamiento jurídico, requiere en ocasiones la colaboración de los administrados, lo que ha hecho surgir un régimen de contratación administrativa. La Sala Constitucional definió el contrato administrativo como “... *el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y por ello sinalagmático, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas...*” (Voto No. 1205-96 de las 9 horas del 15 de marzo de 1996). En Costa Rica, los contratos administrativos deben ser refrendados por la Contraloría General de la República, a tenor del artículo 184 de la Constitución Política, como parte de las tareas de fiscalización de los recursos públicos conferidas a ese órgano. En consecuencia, el refrendo se constituye en una “aprobación”, que implica la verificación de la legalidad de los contratos que suscribe la Administración Pública. El desarrollo legal de la figura, la encontramos en el artículo 20 de la Ley Orgánica del ente contralor que dice:

#### **“Artículo 20.- POTESTAD DE APROBACION DE ACTOS Y CONTRATOS**

Dentro de un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles, la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito. No están sujetos a este trámite obligatorio, los contratos de trabajo ni los que constituyan actividad ordinaria, de conformidad con la ley. La falta de pronunciamiento dentro de este plazo da lugar al silencio positivo.

La administración obligada deberá gestionar y obtener la aprobación, previamente a dar la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato.

La Contraloría General de la República determinará, reglamentariamente, las categorías de contratos que, por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación; pero, en este caso, podrá señalar, por igual vía, cuáles de estas categorías estarán sometidas a la aprobación por un órgano del sujeto pasivo.

En todos los casos en que un acto o contrato exija legalmente la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de la aprobación, impedirán la eficacia jurídica del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de sanción de nulidad absoluta.

Cuando la ejecución se dé, mediante actividades o actuaciones, estas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute”

Entonces, el refrendo es siempre un acto posterior al acto objeto de la aprobación, no forma parte del acto aprobado (no constituyen un acto complejo) y es sólo un requisito de eficacia y ejecutividad del contrato, aunque en forma poco técnico-jurídico, el legislador

atribuye a la carencia del acto de aprobación, una sanción que es propia de la validez de los actos administrativos.

VII.- En el sublitén, es claro que el contrato adjudicado a la empresa Electro Pital S.A., nunca fue refrendado por la Contraloría General de la República, precisamente porque el Instituto Costarricense de Electricidad revocó la adjudicación. Pero el refrendo, no es más que un requisito de eficacia y no de validez del contrato, como se explicó anteriormente, y fue precisamente el ente demandado, quién impidió que el contrato siguiera su curso normal. Por otra parte, a tenor del artículo 189 de la Ley de Contratación Administrativa, la relación contractual entre la Administración y el administrado, se perfecciona con la firmeza del acto de adjudicación; desde ahí hay contrato pleno y válido. Es obvio que si el Instituto demandado imposibilitó a la actora cumplir con el trabajo contratado, el daño lógico y necesario es la ganancia que dejó de percibir (no la totalidad del monto de contrato, porque hay que descontar los costos de su ejecución), e indemnizarlo no es un enriquecimiento ilícito, sino compensar a la actora por la actuación ilícita del Instituto Costarricense de Electricidad. Sin embargo, la sentencia venida en alzada debe confirmarse, porque no existe prueba válida sobre el quantum de ese daño patrimonial, según se explicará.

VIII.- Como prueba la parte actora aportó con su demanda una certificación emitida por el contador público Avisalé Leitón Cambronero. No obstante, esa certificación fue elaborada sin el control por parte del órgano jurisdiccional y de la contraria. Tratándose de prueba pericial, el Código Procesal Civil establece el derecho de la contraparte a pedir la ampliación del dictamen del experto (artículo 402), recusar al perito (artículo 71), e intervenir en los reconocimientos y exámenes, haciendo las observaciones oportunas (artículos 406 y 407). Admitir como prueba lo aportado, es negarle a la parte demandada la intervención reconocida por la ley en este tipo de probanza. Por otra parte, si bien las certificaciones expedidas por contadores públicos en materia de su competencia, constituyen documentos públicos, fe pública de esos funcionarios no es extensiva al contenido o verdad intrínseca de los estados financieros o contables certificados por ellos. En este caso, no estuvo a la vista de los órganos judiciales ni de las contrapartes, los libros y documentos contables que dieron sustento a la certificación, lo que imposibilita un control de la misma.

IX.- Como prueba para mejor resolver, el apoderado de la actora solicitó el nombramiento de un perito (folio 159), lo que no fue atendido con fundamento en el artículo 331 del Código Procesal Civil, ya que es potestativa del Juez, por lo que no existe indefensión alguna.-

Sobre el tema se ha expresado:

"... Argumentando indefensión probatoria, el recurrente alega haber ofrecido esa prueba para mejor resolver, pero no le fue admitida pues el Tribunal ni siquiera se pronunció sobre ello. Tampoco aquí existen las violaciones alegadas por el recurrente pues se trata de facultades discrecionales del Juez. Esta Sala siempre ha mantenido el mismo criterio respecto de la prueba para mejor proveer. Solo para citar uno de los últimos precedentes, por sentencia número 34 de las 10 horas y 45 minutos del 28 de mayo de 1993, se expresó: **"IV.-** La prueba para mejor resolver es un instrumento procesal de resorte exclusivo de los juzgadores, los cuales, facultados por ley, a efecto de contar con mejores elementos de

convicción para emitir la resolución que corresponda, podrán ordenar cualquier tipo de probanza, que estimen decisiva para el resultado del proceso. Ahora bien, dado el carácter de prueba para mejor proveer, que la propia parte le dio a los documentos aportados junto con el escrito de expresión de agravios, su admisión dependía del exclusivo criterio de los señores Jueces Superiores, quienes se encontraban facultados para denegarla, incluso, sin resolución alguna que así lo dispusiera y, por ende, sin tener que emitir las razones por las cuales consideraban impertinente o intrascendente la prueba. Sobre el particular, el artículo 331 del Código Procesal Civil dispone, en lo que interesa: "...el tribunal podrá prescindir, en cualquier momento, de la prueba ordenada, sin necesidad de resolución que así lo decrete, y procederá a dictar la sentencia...". En igual sentido, en cuanto a la facultad de los Jueces de ordenar esta prueba en segunda instancia, el párrafo final del artículo 575 *Ibíd.*, establece lo siguiente: "En todo caso, el tribunal tendrá la facultad de ordenar prueba para mejor proveer. ". Así las cosas, el agravio por razones procesales ha de rechazarse, pues los juzgadores estaban en la facultad de denegar la documental ofrecida con carácter de prueba para mejor proveer, sin necesidad de emitir resolución llamada a decretarla." SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , No. 35 del 25 de mayo de 1994."

#### **4. Votos Constitucionales sobre Refrendo en la Contratación Administrativa**

**Res: 1998-05947**

Exp: 96-005153-007-CO-E

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho.

Acción de inconstitucionalidad de la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras (CRECEX), representada por MARCO ANTONIO GÓMEZ LEIVA, en su condición de Presidente de su Junta Directiva, para que se declare que los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, número 7558, son inconstitucionales. Intervienen en la acción la Procuraduría General de la República, representada por el Licenciado Farid Beirute Brenes, en su condición de Procurador General Adjunto; la Contraloría General de la República, representada por Luis Fernando Vargas, Contralor General y la Superintendencia General de Entidades Financieras, representada por Maggie Breddy Jalet, en su condición de Superintendente General.

Resultando:

1.- La Cámara accionante promueve acción de inconstitucionalidad contra los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, número 7558, por las siguientes razones: Párrafo primero: en cuanto fija los montos para realizar los procedimientos licitatorios por parte de los bancos pertenecientes al sistema bancario nacional, de manera tal que al fijar el monto en contrataciones sobre los trescientos millones de colones para que proceda la licitación pública, la hace desaparecer como medio idóneo para llevar a cabo la contratación

administrativa; Párrafo segundo: en cuanto confiere a la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), la competencia para elevar cada año los topes para la determinación de los procedimientos licitatorios; Párrafo tercero: en cuanto determina que la tramitación y resolución de las apelaciones de las licitaciones públicas serán del conocimiento de la SUGEF, con lo que hace desaparecer la función de fiscalización de la hacienda pública que le compete en exclusiva a la Contraloría General de la República; Párrafo quinto: en cuanto el refrendo de los contratos hechos por los bancos del Estado, lo confirma el auditor interno de la institución, y no la Contraloría General de la República; y Párrafo sexto: en cuanto permite a cada institución bancaria emitir su propio reglamento a esta Ley, por medio de su Junta Directiva, el que para su aplicación, debe ser aprobado por la Superintendencia General de Entidades Financieras(SUGEF), y no por la Contraloría General de la República; todo lo anterior en violación de los artículos 140 incisos 3) y 18), 182, 183 y 184 de la Constitución Política.

2.- A efecto de fundamentar su legitimación para accionar en esta vía, la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras alega la existencia de intereses corporativos, por tratarse de una entidad caracterizada por la representación y defensa del núcleo de intereses pertenecientes a los miembros de la colectividad que representa, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

3.- Por resolución de las diez horas veinticinco minutos del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y siete (visible a folio 11 del expediente), se le dio curso a la acción, confiéndole audiencia a la Procuraduría General de la República, a la Contraloría General de la República y a la Superintendencia General de Entidades Financieras.

4.- El Procurador General Adjunto rindió su informe visible a folios 14 a 32. Señala que la acción es inadmisibles y en consecuencia la misma debe ser rechazada de plano, por carecer la asociación accionante de legitimación, ya que la doctrina respecto del interés corporativo (votos 5967-94) no se aplican al caso concreto, puesto que no determina lesión directa causada a los intereses de la asociación como consecuencia de la misma, y hay dudas respecto del perjuicio que puede producir a los asociados de CRECEX la normativa impugnada, con lo que esta gestión constituye más bien una acción popular, restringida en nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto al fondo del asunto planteado, considera que el artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central, únicamente es inconstitucional en cuanto confiere a la SUGEF las potestades de resolver los recursos de apelación que se presenten en las licitaciones públicas celebradas por los bancos del Estado; actualizar los montos contractuales que actúan como parámetros; y aprobar los reglamentos (autónomos) que dicten en esta materia los bancos, por ser contrarios a los artículos 183 y 184 constitucionales, porque detrae las competencias constitucionales, excluyentes y exclusivas de la Contraloría General de la República. En este sentido señala que la materia de contratación administrativa es ajena a la naturaleza y funciones de la SUGEF, órgano del Banco Central, creado por Ley y encargado de la supervisión y fiscalización de las entidades públicas o privadas que realicen intermediación financiera en el país, con el fin de velar por la estabilidad, solidez y eficiencia del sistema financiero nacional, como garantía de los intereses de los depositantes; mientras que la Contraloría General de la República es un órgano constitucional, que se define como auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la hacienda pública, que actúa como rectora del ordenamiento de control y fiscalización superior de la misma, cuyo fin esencial es garantizar la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos, consolidándose en la institución protagónica en la contratación administrativa, en tanto le corresponde aprobar los contratos del Estado, además de la competencia para declarar las nulidades contractuales e intervenir en estos procedimientos, según lo disponga la Ley. En lo que respecta al control en materia de contratación administrativa, reitera que constituye una decisión de "prudencia legislativa" el establecer el modelo a que se ajustará, ya que no es indispensable que sea de carácter preventivo, bajo la modalidad de recurso jerárquico impropio frente a los actos de adjudicación; de manera que, la

intervención de la Contraloría puede ser racionalizada e incluso eliminarse del todo. En este sentido, no es esencial que existan controles jerárquicos impropios de las adjudicaciones en las licitaciones públicas, por cuanto el control de legalidad sobre la contratación administrativa a cargo de este órgano constitucional puede realizarse mediante otras alternativas; pero si se establece ese método, necesariamente debe ser ejercido por la propia Contraloría.

En lo que respecta a la determinación de los montos, remite a lo dicho al contestar la audiencia en la acción 95-005237-007-CO-E: a.- no constituye un problema de constitucionalidad el privilegiar un procedimiento licitatorio sobre otro, sino que es un asunto de mera discrecionalidad legislativa, fuera del control constitucional; b.- los principios de libre concurrencia e igualdad de oportunidades se garantizan por igual en la licitación pública como en la restringida "o privada"; c.- no lleva razón la accionante al suponer que la regla constitucional -artículo 182 constitucional- obliga a tramitar únicamente los contratos administrativos por licitación pública, sino que basta que se respete el procedimiento licitatorio definido en la Ley, en la modalidad que corresponda según el monto. En este sentido, el constituyente delegó en la voluntad del legislador la regulación y determinación de los diferentes procedimientos licitatorios; d.- no existe ninguna norma o principio constitucional que determine la necesaria participación de la Contraloría General de la República en los procedimientos de contratación administrativa como órgano de alzada en la impugnación de los actos de adjudicación. Su función de vigilar la hacienda pública -uso correcto de los fondos públicos-, puede ser realizada mediante mecanismos alternos, por lo que el legislador está plenamente habilitado para racionalizar la intervención de la Contraloría en la contratación administrativa, reservándola para los casos de mayor relevancia patrimonial. Por ello, no encuentra reparo en los montos fijados en lo que se refiere a la violación del artículo 182 constitucional. Tampoco considera que resulta inconstitucional el atribuir a los auditores internos de los bancos, el refrendo de los contratos que celebren estas instituciones; por cuanto la Constitución Política sólo exige el refrendo de la Contraloría respecto de las obligaciones que se contraen con cargo de los fondos del Estado, no así, las que comprometan presupuestos de instituciones descentralizadas. Puede que ello no sea lo más aconsejable, pero no por eso, resulta inconstitucional, y es un problema de política legislativa, ajena al control constitucional. No encuentra problema constitucional alguno en la posibilidad que se le otorga a los bancos del Estado de emitir reglamentos en la materia, como indicó en la acción 5237-95; ya que estima se trata de reglamentos autónomos de organización y servicio, sin embargo, si hay roces respecto de la potestad que se confiere a la SUGEF para aprobar estos reglamentos.

5.- El Licenciado Luis Fernando Vargas Benavides, Contralor General de la República, contesta la audiencia concedida (visible a folios 33 a 84), y solicita que se declaren inconstitucionales los párrafos primero, segundo, tercero y sexto del artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, por contravenir los artículos 11, 33, 182, 183 y 184 de la Constitución Política, y en el caso del párrafo sexto, además, del inciso 3) del artículo 140 constitucionales. Respecto del párrafo primero: Objeta los montos fijados, por cuanto no medió ninguna explicación técnica ni estudio de por medio, con lo que, al excluirse en forma injustificada el procedimiento de concurso (licitación) en la mayoría de la contratación bancaria, ya que prácticamente todo se tramitará mediante contratación directa o licitación por registro "o privada", con lo que resultan infringidos los artículos 33 y 182 constitucionales, por las siguientes razones: a.- que el objeto de la reforma no es más que "modernizar" y "agilizar", los procedimientos de contratación, mismas razones que las expuestas en el proyecto de la Ley de la Contratación Administrativa; por lo que no encuentra razón o fundamento alguno para excluir a los bancos de la aplicación de dicha Ley. No hay razones objetivas que justifiquen este trato distintivo; ya que se excluye el empleo de los procedimientos de licitación para tramitar los contratos de suministro de bienes y servicios o de obras -artículo 182 constitucional-. Alega en este sentido que no hay razón para apartar a los bancos estatales del régimen legal de contratación general,

puesto no obstaculiza su modernización financiera ni la materia propiamente bancaria, en tanto se observen adecuados mecanismos de planificación para promover oportunamente los correspondientes procedimientos concursales de contratación, y se brinde una adecuada capacitación de los funcionarios encargados de esta área. Más que los procedimientos de contratación, es la improvisación la que obstaculiza un adecuado desarrollo de los servicios públicos; b.- que aún sin aprobarse esta reforma, la Auditoría General de Entidades Financieras había actualizado -en mil novecientos noventa y cinco- los límites especiales que se arbitraban a los bancos estatales, para contratar en forma directa hasta la suma de 14.5 millones de colones, mediante licitación privada cuando excediera esa suma hasta los 73 millones de colones, y la licitación pública cuando excediera esa suma. Por lo que no existe ninguna base razonable, ni jurídica ni técnica, para llevar el monto de la contratación directa de 14.5 millones de colones hasta 40 millones; c.- que la fijación de estos montos, más bien hace que en los presupuestos en que está prevista la apelación ante la Contraloría General de la República de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de la Contratación Administrativa, para administraciones ubicadas en el primer grupo presupuestario, los bancos del Estado pueden contratar sin concurso, esto es en forma directa; d.- se aparta de los procedimientos de concursos para una suma que no constituye escasa cuantía, y establece una escala que hace ilusorio el empleo de la licitación pública como el procedimiento que garantiza los principios esenciales de publicidad, libre concurrencia e igualdad de trato; y e.- se habla de licitación privada y licitación por registro como si fueran sinónimos. Respecto del Párrafo segundo: Indica que es reproducción parcial del artículo 7 de la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República, número 7107-88, que autorizó límites diferentes para los procedimientos de contratación efectuados por los bancos, y autorizó a la SUGEF a incorporar los índices de inflación para acordar la actualización de estos montos; disposición que faculta a la SUGEF para actualizar los montos para los procedimientos licitatorios en que intervienen los bancos del Estado es inconstitucional en dos sentidos: a.- en tanto transfiere una competencia que es propia de la Contraloría General de la República, según lo establece el propio artículo 182 de la Constitución-, por incidir en la determinación de los procedimientos y estar conferida en la Ley de la Contratación Administrativa a favor de éste órgano -artículo 27-; con lo que resta competencias propias de este órgano contralor; y b.- al eximir a los bancos -instituciones públicas- de la aplicación de la Ley de la Contratación Administrativa. Respecto del párrafo tercero: El conocimiento de apelaciones con grado de superior jerárquico impropio de los actos de adjudicación que acuerden las Administraciones Públicas, forma parte de las facultades de fiscalización ejercidas por la Contraloría en la vigilancia de la hacienda pública, con arreglo en la Constitución, que el legislador ordinario no puede limitar ni desnaturalizar, que es lo que sucede con el traslado a la SUGEF del conocimiento de las apelaciones, órgano de la Administración Pública, ajena a la materia de contratación. En este sentido, estima que el legislador impuso una limitación a las atribuciones de fiscalización de la hacienda pública, que tiene asignada la Contraloría General de la República en relación con los bancos estatales. Además, priva del conocimiento de un órgano imparcial y especializado (principio de juez natural) a quien participe en licitación pública o por registro, promovidos por los bancos del Estado, según se indicó en sentencia número 4013-92 de la Sala Constitucional, en tanto la apelación ante la Contraloría es una garantía de imparcialidad en los procedimientos de licitación pública. La apelación con límites económicos autorizados a los bancos públicos se convierte en una articulación excepcional, con la que se hace ilusorio el derecho de revisión efectivo, porque por lo elevado de los montos, éste se vuelve nugatorio, y se frustra la posibilidad de revisión por este órgano imparcial, con las consecuencias que esto puede tener en el manejo de los fondos públicos. La propia administración se convierte en juez y parte. Respecto del Párrafo quinto: Únicamente se encuentran sujetos al refrendo contralor los contratos administrativos que suscriban los órganos que integran el "Estado-persona" o "Estado-sujeto" (Poderes del Estado, Tribunal Supremo de Elecciones, Contraloría General de la

República y Defensoría de los Habitantes), y excepcionalmente, deberán cumplir con tal requisito, los entes menores (descentralizados) cuando una ley especial así lo disponga expresamente (caso del artículo 7 de la Ley 7107-88, derogada por el artículo 111 de la Ley 7494.) En relación con los entes menores que integran la Administración Pública, ésta obligación surge de la ley y no de la Constitución. Esta función que se encarga al auditor interno de cada institución, aunque inconveniente, por ser ajena a su tarea, no resulta contraria al numeral 184 constitucional. Respecto del Párrafo sexto: Resulta contrario al artículo 140 inciso 3) constitucional, ya que es al Poder Ejecutivo (Presidente y Ministro respectivo) y no a las Juntas Directivas de cada institución bancaria, a quien se confiere la potestad reglamentaria, con los alcances ya fijados por la Sala Constitucional, para estar subordinada a la Ley. Estima que no es un reglamento autónomo de servicio, sino ejecutivo, por cuanto se trata del desarrollo y reglamentación de una ley. Además, la regulación sustantiva de la actividad contractual de los bancos del Estado, sería determinada vía reglamento autónomo, sujeto a modificaciones de la Junta Directiva de cada institución y a la aprobación de la SUGEF, y no por ley, como lo exige el artículo 182 constitucional; además de que resulta innecesario e inconveniente, por razones obvias, que se atomicen las disposiciones normativas en materia de contratación, en abono del principio de seguridad jurídica. Se deja a salvo que cada institución emita su propio reglamento de organización del sistema de adquisiciones de la institución. Es justamente, el principio de eficiencia -como rector de la contratación administrativa-, junto con el de seguridad y legalidad, el que demanda que la contratación administrativa discurra por un sólo cuerpo normativo que no obligue a cada oferente a contemplar detalles y pormenores de cada régimen de contratación; promover la más amplia participación demanda lo contrario, reglas claras y únicas.

6.- A folios 85 a 90 del expediente, la Superintendente General de Entidades Financieras -Maggie Breddy Jalet- rinde su informe en tiempo. Estima que el artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica es inconstitucional en los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto. Se está en presencia de una delegación funcional, que a su juicio dista mucho de la naturaleza y fines para lo que fue creada la SUGEF, de velar porque las actividades de las entidades financieras sujetas a control, se ajusten en un todo a las prescripciones de orden superior que regulan su desempeño de la intermediación financiera. Corresponde velar por la gestión empresarial y no la vigencia de la hacienda pública, función que compete en forma exclusiva de la Contraloría General de la República, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 183 y 184 constitucionales. La delegación de competencias supone el "desprendimiento" de un deber funcional. En nuestro medio, sólo puede haber delegación si se realiza a través de una norma de igual o superior rango a la que crea la competencia (artículo 85 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública), lo que no se cumple en este supuesto; ya que se trata de una típica potestad de imperio, reservada por disposición constitucional a la Contraloría.

Estima que esta norma puede ser inconstitucional en cuanto faculta a la SUGEF para emitir actos de autoridad sobre materia que, por mandato superior -artículo 188 constitucional- se encuentra reservado a ese órgano.

7.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, fueron publicados en los números 35, 36 y 37 del Boletín Judicial, de los días diecinueve, veinte y veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y siete.

8.- Se prescinde de la audiencia oral prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por cuanto el párrafo segundo del artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a esta Sala a rechazar por el fondo las gestiones promovidas ante ella, en cualquier momento, incluso desde su presentación, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada, no encontrándose motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión; y su párrafo tercero, para acoger en forma interlocutoria, cuando

considere suficiente fundarla en principios o normas evidentes o en sus propios precedentes.

9.- En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Sancho González; y,  
Considerando:

I.- DE LA ADMISIBILIDAD. Manifiesta el promovente que la legitimación para interponer esta acción de inconstitucionalidad se fundamenta en la existencia de un interés corporativo, toda vez que se trata de una entidad caracterizada por la representación y defensa del núcleo de intereses pertenecientes a los miembros de la colectividad que representa, sea, la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por su parte, la Procuraduría General de la República cuestiona la legitimación de la Cámara accionante, por considerar que la doctrina del interés corporativo no se aplica al caso concreto, en tanto no determina cuál es la lesión directa que la normativa impugnada causa a los intereses de la asociación como consecuencia de la misma, y en tanto hay dudas respecto del perjuicio que puede producirle a la accionante, por lo que considera que la gestión constituye más bien una acción popular, restringida en nuestro ordenamiento jurídico. La Sala ha interpretado el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional reiteradamente, y ha indicado que como requisito de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad se exige la existencia de un asunto pendiente de resolver ante los tribunales en que se invoque la inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado; sin embargo, en el párrafo segundo del citado artículo, se establecen tres excepciones: a) que por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa; b) que se trate de la defensa de intereses difusos; o c) que se trate de la defensa de intereses que atañen a la colectividad en su conjunto. Cuando la ley hace mención de los derechos que atañen a la colectividad en su conjunto, no puede interpretarse que se refiera a la colectividad nacional, pues este supuesto equivaldría a aceptar y reconocer una acción popular, sino más bien se refiere a una agrupación, corporación o asociación jurídicamente organizada, entidad que debe caracterizarse por la representación y defensa de un núcleo de intereses pertenecientes a los miembros de esa determinada colectividad o a sujetos que ejercen una actividad común. En este sentido es indiscutible que la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras defiende a la colectividad de empresarios que representan firmas extranjeras en nuestro país, y que frente a este interés colectivo de la entidad, se encuentra el de cada uno de los miembros que la forman, que se considera no individualizado pero individualizable. Una vez definida la existencia de un interés corporativo a cargo de la cámara accionante para la representación y defensa de sus agremiados, corresponde relacionar ese interés con el contenido de las normas cuya inconstitucionalidad se reclama. En este sentido, es importante indicar que la naturaleza colectiva del interés no pretende desconocer los elementos que le son propios, entre los que destaca la necesidad de que exista una relación o incidencia entre lo que se cuestiona o impugna y una modificación o afectación de lo que corresponde o pertenece a la entidad corporativa y a cada uno de sus miembros, sean bienes, derechos, obligaciones, potestades o facultades. Para acreditar la legitimación por intereses colectivos además de una situación de grupo que conforma una unidad de intereses, oficios o vecindades que pueda considerarse como una colectividad, se requiere un interés en la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas impugnadas, o sea, una relación entre lo cuestionado y lo que efectivamente hace al gremio. Partiendo de lo expuesto, la Sala observa, efectivamente, que la normativa impugnada está íntimamente relacionada el contenido del interés que ostenta la accionante, toda vez que esa normativa puede ser un obstáculo para que sus agremiados puedan ser considerados como posibles oferentes en los distintos procedimientos de contratación administrativa que lleven a cabo las entidades bancarias pertenecientes al sistema bancario nacional, según el sistema

tradicionalmente consolidado. Asimismo, no deja de considerar este Tribunal, que también se está en presencia de los llamados intereses difusos, toda vez que se pretende la defensa de las funciones de fiscalización superior de los actos de disposición de los fondos públicos, puesto que en los procedimientos de la contratación administrativa están de por medio los recursos financieros del Estado, en el sentido que fue considerado con anterioridad por este Tribunal, en que señaló que al comprometerse fondos públicos: "[...], el control que se ejerza sobre ellos es, sin lugar a dudas, un asunto de orden público" (sentencia número 2864-92, de las quince horas del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y dos); y bajo la consideración de que "La licitación pública constituye un medio idóneo y el más deseable instrumento para el trámite de los contratos administrativos. Tiene por fundamento promover la más amplia competencia, dentro del marco del interés administrativo, con miras al logro de las mejores condiciones posibles, a la vez que garantizar la igualdad de oportunidades para las personas que deseen contratar con la Administración. El interés público y la equidad orientan, en consecuencia, el procedimiento." según lo disponía el antiguo y derogado artículo 31 del Reglamento de la Contratación Administrativa, que desarrollaba el artículo 101 de la Ley de la Administración Financiera de la República.

II.- DE LA NORMATIVA IMPUGNADA. Como quedó consignado en el resultando primero de esta sentencia, la normativa que se impugnada es el artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, número 7558, en los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto por las siguientes razones: - el Párrafo primero: en cuanto fija los montos para realizar los procedimientos licitatorios por parte de los bancos pertenecientes al sistema bancario nacional, de manera tal que al fijar el monto en contrataciones sobre los trescientos millones de colones para que proceda la licitación pública, hace desaparecer esta figura como medio idóneo para llevar a cabo la contratación administrativa;

- el Párrafo segundo: en cuanto confiere a la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), la competencia para elevar cada año los topes para la determinación de los procedimientos licitatorios;
- el Párrafo tercero: en cuanto determina que la apelación de las apelaciones de las licitaciones públicas serán del conocimiento de la SUGEF, con lo que hace desaparecer la función de fiscalización de la hacienda pública que le compete en exclusiva a la Contraloría General de la República;
- el Párrafo quinto: en cuanto el refrendo de los contratos hechos por los bancos del Estado, lo da el auditor interno de la institución, y no la Contraloría General de la República; y
- el Párrafo sexto: en cuanto permite a cada institución bancaria emitir su propio reglamento a esta Ley, por medio de su Junta Directiva, el que para su aplicación, debe ser aprobado por la Superintendencia General de Entidades Financieras(SUGEF), y no por la Contraloría; todo lo anterior en violación de los artículos 140 incisos 3) y 18), 182, 183 y 184 de la Constitución Política.

Debe hacerse la advertencia, de que lo que se analizará en esta acción es una modalidad de la contratación administrativa distinta de la generalidad regulada por la Ley de la Contratación Administrativa, en tanto se disponen reglas distintas para la contratación que realizan los bancos del Estado (pertenecientes al sistema bancario nacional).

III.- DE LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Esta Sala se ha manifestado respecto de la contratación administrativa, el contenido del artículo 182 de la Constitución Política y los principios constitucionales que de esta norma se derivan (en este sentido, las sentencias número 2101-91, de las ocho horas cuarenta minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno, 2341-91, de las nueve horas del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y uno, 1490-92, de las dieciséis horas nueve minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y dos, 2864-92, de las quince horas del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y dos, 2202-93, de las quince horas treinta y nueve del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y tres, 2633-93, de las dieciséis horas

tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres, 078-7-94, de las quince veintiuno de ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, 3348-95, de las ocho horas treinta minutos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, y 1205-96, de las nueve horas del quince de marzo de mil novecientos noventa y seis, entre otras). En todas estas oportunidades se señaló que la contratación del Estado debe verificarse mediante el procedimiento de la licitación, por constituir el medio idóneo para la selección del contratante con la Administración, en aras de proteger el interés público, concretamente en lo que respecta al control de la hacienda pública, al promover una sana administración de los fondos públicos, en virtud de los principios de publicidad, igualdad y libre concurrencia -entre otros- que orientan el concurso. Más recientemente, en sentencia número 0998-98, de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero del año en curso, se concretaron estos principios bajo las siguientes consideraciones: primero: en el artículo 182 de la Constitución Política, se enuncia la primera obligación constitucional en materia de contratación administrativa, en virtud del cual, toda contratación que celebre el Estado debe tramitarse por medio del procedimiento de la licitación; segundo: que el constituyente optó por el procedimiento de la licitación, por considerarlo el mecanismo más apto para el control de la hacienda pública y del correcto uso de los recursos financieros del Estado, con la finalidad de promover una sana administración de los fondos públicos; tercero: la licitación constituye el medio idóneo para la selección del contratante de la Administración, por ser un procedimiento de garantía del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados, para que la Administración seleccione la mejor opción para la satisfacción del interés público; cuarto: por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado -en el sentido más amplio-, para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre concurrencia, igualdad de trato entre todos los potenciales oferentes, publicidad, legalidad o transparencia de los procedimientos, seguridad jurídica, formalismo de los procedimientos licitatorios, equilibrio de intereses, principio de buena fe, mutualidad del contrato, y control de los procedimientos a cargo y en última instancia realizado directamente por la Contraloría General de la República; quinto: del principio "toda contratación administrativa se hará por el procedimiento de la licitación", contenida en el artículo 182 de la Constitución Política, derivan con rango constitucional, todos los principios de derecho público que informan la contratación administrativa, en la medida en que resulten razonables y proporcionados a los fines que se persiguen; sexto: el sistema de contratación administrativa está conformado por los principios constitucionales que emanan de la propia Constitución, y como complemento, por el sistema de control ejercido directamente por el órgano constitucional encargado y vigilancia de la hacienda pública, -Contraloría General de la República, según se dispone en los artículos 183 y 184 constitucionales-, que se establece como garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público. séptimo: la obligación constitucional que deriva del artículo 182 de la Carta Fundamental comprende toda la actividad contractual del Estado; por lo que no puede distinguirse para exceptuarse en el tipo de contrato a realizar -de servicios, ejecución de obras, ventas o arrendamientos de bienes, compras- o en razón de la materia de que se trate; octavo: el constituyente definió que el procedimiento más apto para realizar la contratación administrativa sería la licitación pública, y reservó la licitación privada únicamente para las contrataciones cuantitativa y cualitativamente menores;

Es a la luz de estas normas y principios que se entra a analizar la normativa impugnada, referente a la contratación administrativa que realizan los bancos del Estado.

IV.- DE LAS EXCEPCIONES A LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS. Como se indicó anteriormente, el principio general que rige la contratación administrativa es el que obliga a que la misma se verifique mediante el procedimiento de la licitación pública, y sólo a manera de excepción a esta regla, es que puede justificarse la utilización de los procedimientos de contratación privada, entendiendo por tales la licitación por registro y la restringida, y la contratación directa, procedimientos que se encuentran regulados en las disposiciones de la Ley de la Contratación Administrativa. Son éstas situaciones expresamente regladas y que resultan acordes con el marco constitucional (principios y control de la contratación administrativa) comentado en el considerando anterior, y que han sido reiteradamente reconocidos por la jurisprudencia constitucional, en tanto, se limita la licitación privada a contrataciones menores; y en cuanto la contratación directa, es una excepción a la licitación en tanto encuentra su fundamentación precisamente en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, ya que procede únicamente en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible para el ente contratante convocar a licitación pública, bajo seria amenaza de ver comprometido el interés público. Se trata de situaciones especiales en las cuáles el uso de los procedimientos concursales ordinarios, y más específicamente el de la licitación pública, más bien implicarían un serio entorpecimiento en el cumplimiento del fin público encomendado a la Administración Pública, donde el cumplimiento "per se" de exigencias legales más bien podría traducirse en serias alteraciones al orden institucional establecido en la propia Constitución Política. Situaciones como la adquisición de bienes para la atención de una emergencia o urgencia apremiante, cuando exista un único proveedor en el mercado, cuando se trate de servicios conceptualizados como "actividad ordinaria" de la institución contratante, o de negociaciones en las que se requieran especiales medidas de seguridad y que se encuentran establecidas precisamente en el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, sin que esta afirmación constituya una valoración constitucional de cada uno de los supuestos establecidos en esta disposición, los que deberán ser analizados en su oportunidad. En virtud de lo anterior cabe concluir que efectivamente es posible establecer excepciones a los trámites ordinarios establecidos en la Ley de la Contratación Administrativa derivada del artículo 182 constitucional siempre y cuando se respete el marco constitucional (principios y control), y que resulte razonable y proporcional a los fines de la contratación. En este sentido, lleva razón la Contraloría General de la República cuando señala que no hay razón o fundamento que justifiquen la exclusión de los bancos del Estado en la aplicación de la Ley de la Contratación Administrativa y por ello, en tanto la normativa que se impugna -artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central, en sus párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto- constituya una excepción al régimen de contratación administrativa en general, es inconstitucional al apartarse injustificadamente de los principios y control rectores de esta materia. No obstante lo anterior, se estima que resulta factible establecer normas de especialidad dentro del sistema general de contratación administrativa para los bancos que conforman el sistema bancario nacional, en razón de su actividad especializada y la tendencia cada vez más clara en el mercado financiero para no dejarlos en situación de desventaja con sus competidores (banca privada); pero se reitera, no resulta procedente hacerlo desmembrando el sistema general de contratación pública. Con fundamento en lo anterior, es que se procede a analizar cada una de las disposiciones impugnadas.

V.- DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 171 DE LA LEY ORGÁNICA DEL BANCO CENTRAL. DE LOS MONTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Se impugna el párrafo primero del artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central, número 7558, porque al fijar los montos para la procedencia de los distintos procedimientos licitatorios en la contratación que realicen los bancos del Estado, hace desaparecer la licitación pública como medio idóneo para llevar a cabo la contratación administrativa, en tanto procede para las contrataciones mayores de los trescientos millones de colones; de la siguiente manera: "En materia de contratación,

cualquiera que sea la naturaleza, los bancos de derecho público quedan autorizados para contratar, en forma directa, hasta por la suma de cuarenta millones de colones (¢ 40.000.000.00), mediante licitación privada o por registro, cuando el monto exceda esa suma y sea hasta por la suma de trescientos millones de colones (¢ 300.000.000.00) inclusive, y mediante licitación pública cuando la contratación exceda de esta última suma." En sentencia número 0998-98 (supra citada), se declaró inconstitucional el artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa, que establecía los montos para la procedencia de los distintos procedimientos licitatorios en la contratación administrativa, bajo la consideración de que los mismos resultaban excesivos, desproporcionados e irrazonables, ya que convertían la licitación pública en un procedimiento de excepción, con lo que se incumplía el precepto constitucional establecido en el artículo 182 constitucional, al convertir a la licitación privada en el sistema de contratación por antonomasia. En el caso en estudio, las razones dadas en aquella ocasión (y a las cuales se remite), son las que sustentan la inconstitucionalidad de esta disposición, y con dos agravantes para el presente caso, en tanto no es la licitación privada la que prevalece, sino la contratación directa, con lo que la excepción se convierte en regla y el procedimiento se verifica sin ningún control, en tanto no se sustenta en la satisfacción del interés público que de otra manera no se podría hacer de conformidad con las causales expresa y taxativamente se establecen en la Ley de la Contratación Administrativa, bastando únicamente la consideración del sujeto (Administración) que realiza la contratación, o sea, un banco del Estado. En virtud de esta declaratoria de inconstitucionalidad es que, en lo que a la determinación de los diferentes procedimientos licitatorios para realizar su actividad contractual, los bancos del Estado deben remitirse a lo resuelto en la sentencia número 0998-98, en su dimensionamiento, que remite a lo dispuesto en los artículos 93, 94 y 95 de la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno y sus reformas, lo anterior, en tanto el legislador ordinario no adecue las normas pertinentes de la Ley de la Contratación Administrativa.

VI.- DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 171 DE LA LEY ORGÁNICA DEL BANCO CENTRAL. DE LA COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA ACTUALIZAR LOS MONTOS. El párrafo segundo impugnado dice textualmente: "La Superintendencia General de Entidades Financieras podrá elevar esos montos, cada año, de oficio o a solicitud de cualquiera de los bancos estatales, mediante acuerdo que publicará en "La Gaceta". Para ello, deberá sustentar la disposición en las variaciones de los índices de inflación del período, según los datos que al efecto le suministre el Banco Central de Costa Rica. Los procedimientos establecidos en la normativa de contratación no serán de aplicación para estas entidades, pero sí lo serán sus principios"; disposición que se impugna en cuanto confiere competencia a la Superintendencia General de Entidades Financieras la competencia para elevar cada año los topes para la determinación de los procedimientos licitatorios.

En relación con este punto, debemos remitirnos a lo señalado en la sentencia número 0998-98, con respecto a la competencia de la Contraloría General de la República para intervenir en la contratación administrativa. Es pues, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 183 de la Constitución Política, en tanto crea este órgano como "institución auxiliar de la Asamblea Legislativa", encargado de la fiscalización y "vigilancia de la Hacienda Pública", función que se concreta en la verificación de la correcta utilización de los fondos públicos, y en lo dispuesto en los artículos 2 y 3 inciso k) de la Ley Orgánica de la Contraloría número 1253, de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta, como en los 1, y 11, 12, el Título II (que comprende los 17, 18, 20, 21, 22) de la Ley Orgánica de la Contraloría vigente (número 7428, de veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y cuatro), que se le confieren a esta institución la especial competencia para ejercer funciones de vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de los empleados públicos, y específicamente para intervenir en las

licitaciones (contratación administrativa), como se indicó en sentencia número 2632-95, de las dieciséis horas seis minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cinco: "[...] la potestad cuestionada de la Contraloría General de la República de controlar la hacienda pública, y en concreto a las empresas públicas, subsistirá aún declarándose la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por cuanto la misma le viene encomendada, en primer término, por disposición constitucional -artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y en segundo término, por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, tanto la vigente al momento de los hechos -número 1252, de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta-, como la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -número 7428-, la cual es más explícita -concretamente en su artículo 18 señala la facultad que tiene la Contraloría para controlar los presupuestos de la Administración, comprendiendo a las empresas públicas de cualquier tipo, entre las que, lógicamente se encuentra RACSA-, en el Reglamento sobre el Funcionamiento de Empresas Estatales Estructuradas como Sociedades Mercantiles - Decreto Ejecutivo número 7927-H, de doce de enero de mil novecientos setenta y ocho-, en la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, número 6821, de diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y dos, y en la Ley del Equilibrio Financiero del Sector Público, número 6955, de veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y cinco; por lo cual, la pretensión de RACSA no se vería protegida, y la declaratoria de inconstitucionalidad que se solicita no tendría el efecto de permitir a la empresa accionante la libre disposición de los recursos públicos y así evitar la supervisión de la Contraloría, al subsistir las atribuciones de esta institución, y ninguna variación se produciría en relación con el manejo de los fondos públicos administrados por dicha empresa"; de manera que la Contraloría, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico -según se anotó anteriormente-, se encarga de ejercer un control financiero y de legalidad en el manejo de los fondos públicos, que comprende las diversas operaciones de ejecución del presupuesto del Estado, control que consiste en fiscalizar la coincidencia entre la acción administrativa financiera y la norma jurídica, por lo que, como lógica consecuencia, no escapa a este control de la Contraloría, la actividad referente a la contratación administrativa, según lo indicado por esta Sala en sentencia número 2398-91, de las quince horas veinte minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno: "En primer término, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, corresponde a la Contraloría General, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a los procedimientos de contratación administrativa." En este sentido lleva razón la representación de la Procuraduría General de la República al señalar que la materia de la contratación administrativa es ajena a la naturaleza y funciones de la Superintendencia General de Entidades Financieras, que se conceptualiza como un órgano del Banco Central, creado por ley, y encargado de la supervisión y fiscalización de las entidades financieras del país, con la finalidad de velar por la estabilidad, solidez y eficiencia del sistema financiero nacional; mientras que la Contraloría General de la República es un órgano de origen constitucional, que actúa como rector del ordenamiento de control y fiscalización superior de los controles internos y del manejo de los fondos públicos, consolidándose en la institución protagónica en la contratación administrativa, en tanto le corresponde aprobar los contratos del Estado, además de la competencia para declarar las nulidades contractuales, e intervenir en estos procedimientos, según lo disponga la ley. La representación de la Superintendencia General de Entidades Financieras también concuerda con esta posición, en tanto señala que se le están dando funciones que distan mucho de la naturaleza y fines para lo que fue creada. Y la Contraloría General de la República alega que se le están restando competencias propias. Todas estas representaciones tienen razón, con fundamento en las normas y principios constitucionales señalados anteriormente, motivo por el cual, resulta inconstitucional la remisión a la Superintendencia General de Entidades Financieras para la determinación de los montos y topes de los procedimientos licitatorios, función que por

excelencia le corresponde a la Contraloría General de la República. Asimismo, no puede dejarse de observar la inconstitucionalidad de la última frase del párrafo analizado, en tanto excepciona a los bancos de la aplicación de la normativa de la contratación administrativa, para con fundamento en lo señalado en el considerando IV. de esta sentencia.

VII.- DEL PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 171 DE LA LEY ORGÁNICA DEL BANCO CENTRAL. DE LA APELACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. El párrafo tercero del artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central es impugnado en cuanto determina que la apelación de las licitaciones públicas serán de conocimiento de la Superintendencia General de Entidades Financieras, con lo que se hace desaparecer la función fiscalizadora de la hacienda pública que le compete a la Contraloría General de la República. Dicha norma dispone textualmente: "El acto administrativo de adjudicación en licitación pública tendrá recurso de apelación ante el Consejo de la Superintendencia General de Entidades Financieras y el acto recaído en la licitación restringida sólo tendrá recurso ante el banco que promueve el recurso." Para resolver este punto, debemos remitirnos de nuevo a lo señalado por este Tribunal en la sentencia número 0998-98, en cuanto analizó la competencia de la Contraloría General de la República para conocer de los recursos de apelación en las adjudicaciones de las licitaciones públicas. En esa oportunidad reiteró que los principios que informan el debido proceso también son de obligada aplicación en los procedimientos administrativos, por lo que no es posible establecer ningún tipo de obstáculo que dificulte en forma irrazonable el acceso a la justicia administrativa, o haga nugatorio este derecho; de manera que en la celeridad de los procedimientos de la contratación administrativa debe afianzarse en medios que no resulten conculcatorios de los derechos fundamentales, como lo son el derecho de defensa y el acceso a la justicia pronta, cumplida y sin denegación, de manera que no pueden inhibirse en forma excesiva ni irracional las posibilidades recursivas de los participantes en los concursos promovidos por la Administración. En atención a lo anterior, se concluye la primera inconstitucionalidad de este párrafo, ya que al haberse establecido unos topes tan altos para la procedencia de la licitación pública, el párrafo primero del artículo 171 de la Ley del Banco Central, declarado anteriormente inconstitucional, hace difícil o imposible el acceso al recurso de apelación. La segunda inconstitucionalidad de esta disposición debe considerarse en atención a lo dicho en el considerando anterior (VI.), en lo que se refiere a las funciones y competencias propias de la Contraloría General de la República; de manera que el conocimiento de las apelaciones con grado de superior jerárquico impropio de los actos de adjudicación que acuerden los bancos del sistema bancario nacional, forman parte de las facultades de fiscalización ejercidas por la Contraloría en la vigilancia de la hacienda pública, con arreglo a las normas y principios constitucionales, que el legislador ordinario no puede limitar ni desnaturalizar.

En virtud de esta declaratoria de inconstitucionalidad es que, los sistemas establecidos en los artículos 93, 94 y 95 de la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno y sus reformas, serán definidos por la Contraloría General de la República en lo que respecta a la fijación de los límites y montos que definan las distintas modalidades de licitación para la celebración de los contratos administrativos, en tanto el legislador no supla la norma sustitutiva conforme a los lineamientos dados en la sentencia 0998-98.

VIII.- DEL PÁRRAFO QUINTO DEL ARTÍCULO 171 DE LA LEY ORGÁNICA DEL BANCO CENTRAL. LA AUTORIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL SECTOR DESCENTRALIZADO. El quinto párrafo dispone: "Los contratos que celebren los bancos estatales en materia de contratación administrativa, deberán ser refrendados por el auditor interno de cada banco" y se impugna en cuanto el refrendo de los contratos administrativos que celebren los bancos del Estado no lo hace la Contraloría General de la República. No llevan razón las representaciones de la Procuraduría y Contraloría General

de la República al señalar que la Constitución Política -artículo 184 inciso 1)- únicamente sujeta al refrendo contralor a los contratos administrativos que celebren los órganos que integren el "Estado-persona" o "Estado-sujeto", conformado éste por los Poderes del Estado -Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministro respectivo) y el Poder Judicial-, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes; en tanto como se indicó en el Considerando III.- de esta sentencia, el artículo 182 constitucional es de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución autónoma, u órgano desconcentrado. Por otra parte, debe tenerse presente que el control de la contratación administrativa realizado directamente por el órgano constitucional encargado de la vigilancia de la hacienda pública es uno de los principios rectores de la contratación administrativa, control que actúa como efectiva garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público, como se indicó en la sentencia número 0998-98. En virtud de lo cual, el párrafo quinto del artículo 171 de la Ley del Banco Central, en cuanto sustrae del conocimiento de actividad contractual que realicen los bancos que conforman el Sistema Bancario Nacional, para delegarse a las auditorías internas de cada institución bancaria, es inconstitucional.

IX.- DEL PÁRRAFO SEXTO DEL ARTÍCULO 171 DE LEY ORGÁNICA DEL BANCO CENTRAL. DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Por último, se impugna el párrafo sexto de la norma en estudio, el que dispone: "Cada banco emitirá su propio reglamento, por medio de su Junta Directiva. Cada reglamento deberá ser aprobado por la Superintendencia General de Entidades Financieras y publicarse en "La Gaceta"." En el considerando X. de la citada sentencia número 0998-98, se analizó la inconstitucionalidad de los artículos 55 y 109 de la Ley de la Contratación Administrativa y 28.1 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, normas que facultaban a las diferentes administraciones a promulgar los reglamentos que quisieran y consideraran oportunos en relación con la contratación administrativa. Los mismos argumentos señalados en aquella ocasión son los que sustentan la inconstitucionalidad de esta disposición; toda vez que la potestad reglamentaria para emitir reglamentos ejecutivos la confiere expresamente la Constitución Política en forma exclusiva al Poder Ejecutivo, entendiéndose como tal, al Presidente de la República y al Ministro de Gobierno respectivo, por lo que cualquier dependencia administrativa, sea la administración descentralizada, como la centralizada, están imposibilitados para reglamentar las leyes, cualquiera que sea su naturaleza. Por ello, en tanto se trate de verdaderos reglamentos ejecutivos, la potestad de los bancos de reglamentar su actividad contractual está absolutamente prohibida, ya que según se dijo, esta potestad se encuentra reservada al Poder Ejecutivo. No obstante lo anterior, no resulta contrario a las normas y principios constitucionales la potestad que se otorga a los sujetos a la contratación administrativa para emitir "reglamentos complementarios" a la normativa referente a esta materia, en violación de los artículos 9, 11 y 140 inciso 3) constitucionales, por constituir un exceso de la potestad reglamentaria; ya que se entiende que se trata de regular la organización o administración interna que los jefes tienen a su cargo, entendidos entonces como reglamentos autónomos de servicio o de organización, con el fin de habilitar los trámites de la contratación administrativa. Por ello, es que se remite a las entidades bancarias públicas a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley de la Contratación Administrativa, que dice: "El Poder Ejecutivo reglamentará esta Ley, dentro de los tres meses siguientes a su publicación.

Cada uno de los órganos o entes sujetos a la presente Ley podrá emitir los reglamentos complementarios, que se necesiten para el mejor desempeño de las actividades propias de la contratación administrativa.

La reglamentación ejecutiva, en materia de requisitos previos, garantías, prohibiciones, sanciones y recursos estará fuera del alcance regulatorio de los entes sujetos a esta Ley.

Para tales efectos, deberán acogerse plenamente al Reglamento que, acerca de esas materia, promulgue el Poder Ejecutivo." No obstante lo dicho, por el conocimiento que la Sala tiene de la existencia de normativa derivada de la disposición que ahora se anula, de conformidad con las potestades conferidas a esta Sala por el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por conexidad y consecuencia, procede entonces declarar la inconstitucionalidad de los reglamentos aprobados por la Superintendencia General de Entidades Financieras de la siguiente manera: - Reglamento General de Contrataciones del Banco Crédito Agrícola de Cartago, aprobado por la Junta Directiva en la sesión número 7088-96, del treinta de setiembre de mil novecientos noventa y seis, en el artículo 7, aprobado por la SUGEF en sesión número 3696, en artículo 4, de 1996, publicado en La Gaceta número 246, del veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis; declaratoria de inconstitucional que se hace efectiva a su fecha de vigencia, veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis;

- Reglamento General de Contrataciones Administrativas del Banco de Costa Rica, aprobado en la Junta Directiva en sesión número 77-96, del dos de setiembre de mil novecientos noventa y seis, en su artículo 21, y por la SUGEF, en oficio S-1726-96, del catorce de octubre de mil novecientos noventa y seis, publicado en La Gaceta número 41 del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete, declaratoria de inconstitucional que se hace efectiva a su fecha de vigencia, veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete; y - Reglamento de Contratación Administrativa del Banco Nacional de Costa Rica, aprobado por la Junta Directiva del Banco Nacional de Costa Rica, en sesión número 10.821, del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y siete, artículo 5, y por la SUGEF, en oficio SUGEF-807-97101, del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete, publicado en La Gaceta número 51, del trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, declaratoria de inconstitucional que se retrotrae a su fecha de vigencia, el veinte de junio de mil novecientos ochenta y nueve; todo lo anterior, con las consecuencias y efectos que se definen en la parte dispositiva de esta sentencia.

**X.- CONCLUSIÓN Y DIMENSIONAMIENTO DE LAS INCONSTITUCIONALIDADES QUE SE DECLARAN.** Con fundamento en lo señalado se tiene que efectivamente resulta inconstitucional el artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central en sus párrafos primero -por lo elevado de los montos, que hace desaparecer la licitación pública como procedimiento idóneo para verificar la contratación administrativa-, segundo -en cuanto cercena la competencia de la Contraloría General de la República para la determinación de los montos y topes para la definición de los diferentes procedimientos licitatorios-, tercero -en cuanto elimina la competencia de la Contraloría del conocimiento de los recursos de apelación de las adjudicaciones de las licitaciones públicas-, y sexto -en cuanto faculta a los bancos a dictar reglamentos ejecutivos en materia de contratación administrativa-. El párrafo quinto no es inconstitucional, siempre y cuando se interprete que el refrendo que realiza la Superintendencia General de Entidades Financieras no excluya el que haga la Contraloría General de la República.

Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la disposiciones anuladas, veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y cinco; sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensionan los efectos en el sentido de que la inconstitucionalidad declarada no afecta las contrataciones formalizadas y finiquitadas, ni las que se encuentran en proceso de ejecución, con anterioridad a la publicación del primer edicto a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley que rige esta Jurisdicción, sea el diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y siete. En virtud de la declaratoria que se ordena, se remite a las entidades del sistema bancario nacional, a lo dispuesto en la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, reformada por la Ley número 7612, y a lo indicado en sentencia número 0998-98, de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero del año en curso. Salvan el voto los Magistrados Mora y Arguedas, únicamente en lo que se

refiere al párrafo primero del artículo 171 impugnado, y en cuanto al este extremo, declaran sin lugar la acción.

Por tanto: Se declara con lugar la acción, y en consecuencia se anulan por inconstitucionales los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central, número 7558, de tres de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la disposiciones anuladas, veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se dimensionan los efectos en el sentido de que la inconstitucionalidad declarada no afecta las contrataciones formalizadas y finiquitadas, ni las que se encuentran en proceso de ejecución, con anterioridad a la publicación del primer edicto a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley que rige esta Jurisdicción, sea el diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y siete. En virtud de la declaratoria ordenada, se remite a las entidades del sistema bancario nacional, a lo dispuesto en la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, reformada por la Ley número 7612, y a lo indicado en sentencia número 0998-98, de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero del año en curso.

De conformidad con las potestades conferidas a esta Sala por el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por conexidad y consecuencia, se procede declarar la inconstitucionalidad de los reglamentos aprobados por la Superintendencia General de Entidades Financieras con fundamento en las disposiciones que se anulan por inconstitucionales: - Reglamento General de Contrataciones del Banco Crédito Agrícola de Cartago, aprobado por la Junta Directiva en la sesión número 7088-96, del treinta de setiembre de mil novecientos noventa y seis, en el artículo 7, aprobado por la SUGEF en sesión número 3696, en artículo 4, de 1996, publicado en La Gaceta número 246, del veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis; declaratoria de inconstitucional que se hace efectiva a su fecha de vigencia, veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis;

- Reglamento General de Contrataciones Administrativas del Banco de Costa Rica, aprobado en la Junta Directiva en sesión número 77-96, del dos de setiembre de mil novecientos noventa y seis, en su artículo 21, y por la SUGEF, en oficio S-1726-96, del catorce de octubre de mil novecientos noventa y seis, publicado en La Gaceta número 41 del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete, declaratoria de inconstitucional que se hace efectiva a su fecha de vigencia, veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete; y - Reglamento de Contratación Administrativa del Banco Nacional de Costa Rica, aprobado por la Junta Directiva del Banco Nacional de Costa Rica, en sesión número 10.821, del veintiuno de enero de mil novecientos noventa y siete, artículo 5, y por la SUGEF, en oficio SUGEF-807-97101, del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete, publicado en La Gaceta número 51, del trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, declaratoria de inconstitucional que se retrotrae a su fecha de vigencia, el veinte de junio de mil novecientos ochenta y nueve.

Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial.

Comuníquese este pronunciamiento a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y a la Contraloría General de la República. Notifíquese.

Luis Paulino Mora M.  
Presidente

R. E. Piza E.  
Eduardo Sancho G.  
Ana Virginia Calzada M.

Luis Fernando Solano C.  
Carlos M. Arguedas R.  
Carlos Manuel Coto A.

**Res: 1999-09524**

**Exp:** 96-005153-0007-CO

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las nueve horas con seis minutos del tres de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por MARCO ANTONIO GÓMEZ LEIVA, en su condición de Presidente de la Junta Directiva de la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras (CRECEX), contra los párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto del artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, número 7558.

### **Resultando:**

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las quince horas y veintiún minutos del trece de julio del año en curso, Luis Fernando Vargas Benavides, en su condición de Contralor General de la República, promueve gestión de adición y aclaración de la sentencia número 05947-98, de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho. Su gestión se centra en tres puntos concretos: solicita primero que declare que no es inconstitucional que en atención a la cuantía, naturaleza y objeto de la contratación administrativa de que se trate, la Contraloría General de la República establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad que el artículo 184 de la Constitución Política le otorga, para refrendar los contratos del Estado. Asimismo, solicita que por conexidad -conforme lo permite el artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional en relación 89 ibídem-, la Sala valore la constitucionalidad de la circular del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y uno, publicada en La Gaceta del quince de julio de ese mismo año, que excluye a la administración descentralizada, incluidos los bancos del Estado, del trámite del refrendo de los contratos ante la Contraloría General de la República. Por último, solicita que -también por conexidad-, se declare la inconstitucionalidad de la frase del artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, número 7428, de siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, que dice "*la falta de pronunciamiento dentro de este plazo da lugar al silencio positivo*".

2.- En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el magistrado **Sancho González**; y,  
**Considerando:**

I.- DEL REFRENDO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA COMO COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ÓRGANO CONTRALOR CONSTITUCIONAL. Quedó claro en la sentencia recurrida -número 05947-98, de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho-, que el refrendo de la contratación administrativa a cargo de la Contraloría General de la República es de aplicación a toda la administración pública, con lo que se incluye no sólo a los órganos que se financian con el

plan de gastos de la Administración Central, sea la Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministro respectivo), el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes, sino también a los órganos descentralizados y desconcentrados de la Administración Pública, con lo que se hace extensivo a los bancos que conforman el sistema bancario nacional. Dos son los principios constitucionales que dan fundamento a esta posición: el artículo 182 de la Constitución Política, establece que los principios constitucionales que orientan la contratación administrativa son de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución autónoma u órgano desconcentrado; y del artículo 184 constitucional deriva el principio rector del control de la contratación administrativa realizado directa y exclusivamente por el órgano constitucionalmente encargado de la vigilancia y fiscalización de la hacienda pública. Es función esencial de la Contraloría General de la República la fiscalización de la hacienda pública, por mandato constitucional –artículo 183 constitucional-, pudiendo realizar esta función a través de diversas modalidades de control, sea el refrendo y otros medios, como el auditoraje o las inspecciones, o la misma apelación o la intervención a posteriori. En este sentido, debe tenerse en cuenta que así como la norma constitucional refiere a la legislación ordinaria para que ésta establezca las diversas modalidades de la contratación administrativa, en razón de su monto, configurándose así, la licitación pública, la licitación privada, contratación directa, y remate con procedimiento alterno, según la clasificación dada por la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno derogada por la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, adicionada y reformada por Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis, que establece la siguiente clasificación: licitación pública, licitación por registro, licitación restringida, remate y contratación directa; así, es competencia exclusiva de la Contraloría General de la República, el diseñar diversos mecanismos y modos para efectuar el control de la contratación administrativa, en razón del monto, la materia y la institución pública que realice la contratación, conforme a los principios que la propia Constitución Política da, y obviamente dentro del marco legal que le confiere su propia Ley Orgánica. Por ello, resulta acertada la afirmación del representante de la Contraloría General de la República en su gestión, al considerar que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, éste órgano establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad que el artículo 184 constitucional le otorga para refrendar los contratos del Estado, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público; toda vez que el refrendo debe entenderse como parte de las atribuciones de fiscalización de la hacienda pública que le corresponde en exclusiva a la Contraloría, para cuyo ejercicio posee absoluta independencia funcional y administrativa, en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 183 de la Carta Fundamental, motivo por el cual puede definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, incluso frente al legislador, si éste afecta su independencia, según se anotó con anterioridad en la sentencia número 00998-98.

II.- DE LA IMPROCEDENCIA DE LA GESTIÓN RESPECTO DE LA CIRCULAR DEL 21 DE JULIO DE 1991 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. La gestión es

improcedente en relación a la solicitud de valorar la constitucionalidad de la circular del veintiuno de julio de mil novecientos noventa y uno de la Contraloría General de la República, toda vez que no es materia que pueda ser evaluada por esta Sala en la vía de la acción de inconstitucionalidad, dado que se trata de una supuesta errónea interpretación de la normativa constitucional –artículos 183 y 184- y legal –artículos –2, 3 y 4 incisos e) y g) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República- dada por el órgano contralor a efecto de determinar su competencia en la contratación administrativa realizada por determinados entes públicos. Estima este Tribunal que tratándose de un acto administrativo de carácter general y normativo, más bien le corresponde a la propia Contraloría General de la República su anulación, dado que –como se explicó en el Considerando anterior- tiene plena competencia para organizar el modo en que realiza las funciones que constitucionalmente se le asignan, en este caso, las de control y fiscalización de la hacienda pública a través del refrendo de la contratación administrativa que realizan todas las instituciones públicas; competencia que ha sido reconocida tanto a nivel constitucional –artículo 183-, como legal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 2 y 20 de su Ley Orgánica, en cuanto señalan en lo que interesa:

*"Artículo 2.- Garantía de independencia*

*En el ejercicio de sus potestades, la Contraloría General de la República goza de absoluta independencia funcional y administrativa, respecto de cualquier Poder, ente u órgano público. Sus decisiones solamente se encuentran sometidas a la Constitución Política, a tratados internacionales y a la ley."*

*"Artículo 20.- Potestades de aprobación de actos y contratos*

*Dentro de un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles, la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito. No están sujetos a este trámite obligatorio, los contratos de trabajo y los que constituyan actividad ordinaria, de conformidad con la ley. La falta de pronunciamiento dentro de este plazo da lugar al silencio positivo.*

*La administración obligada deberá gestionar y obtener la aprobación, previamente a dar la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato.*

*La Contraloría General de la República determinará, reglamentariamente, las categorías de contratos que, por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación; pero, en este caso, podrá señalar, por igual vía, cuáles de estas categorías estarán sometidas a la aprobación por un órgano del sujeto pasivo."*

III.- DE LA IMPROCEDENCIA DE LA GESTIÓN RESPECTO DE LA REGULACIÓN DEL SILENCIO POSITIVO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Por último, también resulta improcedente manifestarse acerca de la inconstitucionalidad de la frase contenida en el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que dice "*la falta de pronunciamiento dentro de este plazo da lugar al silencio positivo*", toda vez que no es propio de la naturaleza de las gestiones de adición y aclaración referirse a temas diversos de los tratados en la sentencia principal, según lo ha considerado con anterioridad este Tribunal al analizar esta figura, "*[...] la actividad que las partes y el juez desarrollan en el proceso tiende a un fin común, cual es la definición de la litis mediante la declaración de la existencia o inexistencia de una voluntad de la ley sobre un bien determinado con respecto al actor y el demandado en la causa que se tramita. El acto por el cual el juez formula esta declaración es la sentencia. En ella se resume la función jurisdiccional y por ella se justifica el proceso, pues en éste y*

*mediante la sentencia se hace efectivo el mantenimiento del orden jurídico. La sentencia debe referirse a un caso concreto controvertido, no pudiendo el juez dictar resoluciones en abstracto. Así, esta función -la jurisdiccional- obliga al juez a «juzgar», «opinar» y «valorar» los hechos objeto de la litis y adecuarlos al marco normativo vigente, por lo que contiene una decisión positiva y precisa de los mismos, es decir, es una expresión de lo considerado por la autoridad judicial. El mandato constitucional y legal de «resolver definitivamente los asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia» se cumple una vez pronunciada y notificada la sentencia, razón por la cual no puede hacerse variación o modificación alguna sobre la sentencia. Sin embargo, en razón de que los jueces pueden incurrir en error material, no ser suficientemente explícitos o dejar de pronunciarse sobre algún punto objeto del conflicto, la ley le otorga a los jueces y tribunales la posibilidad de corregir su error, precise los términos de su pronunciamiento o subsane su omisión. En nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 158 del Código Procesal Civil, las autoridades judiciales pueden*

*«[...] aclarar cualquier concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan sobre el punto discutido en el litigio [...]*

*Estas aclaraciones o adiciones podrán hacerse de oficio antes de que se notifique la resolución correspondiente, o a instancia de parte presentada dentro del plazo de tres días. En este último caso, el juez o el tribunal, dentro de las veinticuatro horas siguientes, resolverá lo que proceda.»*

*III. En virtud de lo anterior, el juez no tiene poderes de rectificación ni de enmienda, sino exclusivamente de ampliación o aclaración de lo que hubiese omitido considerar, y debe tenerse en cuenta que las correcciones, aclaraciones o ampliaciones solicitadas deben de ser de tal naturaleza que no alteren lo sustancial de la decisión, pues lo contrario implicaría admitir que el juez puede tener dos opiniones distintas sobre un mismo punto, o que las partes están facultadas de hacerle notar las decisiones injustas, y lo más peligroso, convertiría esta gestión en un recurso de apelación, o inclusive de revocatoria, que la misma legislación procesal civil regula en los artículos 559 a 590 el primero, y 553 a 558 el segundo. Por ello es que la gestión de adición o aclaración de sentencias*

*«... sólo proceden respecto de la parte dispositiva.»*(Sentencia número 06494-95, de las diez horas treinta y nueve minutos del siete de diciembre de mil novecientos noventa y tres).

Nótese en este sentido, que el tema tratado en la sentencia recurrida fue la contratación administrativa verificada por los bancos del Estado, determinándose la inconstitucionalidad de la normativa por la que se regulaba, dado que la excepciónaba de los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa y de los normales procedimientos que se regulan en la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, adicionada y reformada por la número 7612; lo que no tiene ninguna relación con el tema del silencio positivo. Asimismo, es importante señalar que la representación de la Contraloría General de la República no señala en su solicitud los motivos por los que estima que la frase cuestionada es inconstitucionalidad. Estima este Tribunal que la impugnación de esta disposición más bien es pertinente hacerla en una acción de inconstitucionalidad, para lo cual, debe cumplir con todos los requisitos que la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece para su procedencia.

**Por tanto:**

Se aclara la sentencia número 05947-98, de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho, de manera que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, la Contraloría General de la República establezca condiciones razonables, proporcionadas y acordes con los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa y sus propias competencias, a la facultad que el artículo 184 de la Constitución Política le confiere para refrendar los contratos del Estado, con lo que comprende a toda la Administración Pública sin excepción alguna, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público. En lo demás, no ha lugar a las gestiones de adición y aclaración solicitadas.

R. E. Piza E.  
Presidente.

Eduardo Sancho G.  
Ana Virginia Calzada M.  
Gilbert Armijo S.

Carlos M. Arguedas R.  
José Luis Molina Q.  
Alejandro Batalla B.

**Res: 2000-03027**

**Exp: 00-002072-0007-CO**

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las nueve horas con tres minutos del catorce de abril del dos mil.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por JORGE ENRIQUE ROMERO PEREZ, mayor, costarricense, abogado y profesor universitario, cédula de identidad número 1-316-218; contra el Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, publicado en La Gaceta número 28, del nueve de febrero del dos mil.

#### **Resultando:**

**1.-** Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las dieciséis horas y ocho minutos del nueve de marzo del dos mil, el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, publicado en La Gaceta número 28, del nueve de febrero del dos mil. La normativa se impugna, únicamente en cuanto el Contralor General de la República dicta una resolución administrativa, que pretende efectivizar la obligación constitucional del refrendo de la contratación administrativa –artículo 184 de la Constitución Política-, que por su naturaleza, esencia y efectos, considera que es materia propia de un reglamento ejecutivo, siendo que este funcionario –Contralor- carece de facultades para firmar y emitir esta clase de normas jurídicas, en violación de la potestad reglamentaria que la Constitución Política le reconoce en forma exclusiva al Poder Ejecutivo, sea al Presidente de la República y Ministro del ramo respectivo en el inciso 3) del artículo 140.

2.- Señala que la legitimación para accionar en esta vía deriva de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por tratarse de la defensa de intereses difusos.

3.- El párrafo segundo del artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a esta Sala a rechazar por el fondo las gestiones promovidas ante ella, en cualquier momento, incluso desde su presentación, cuando considere que existen elementos de juicio suficientes, o que se trata de la simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada, no encontrándose motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión.

Redacta el Magistrado **Sancho González**; y,  
**Considerando:**

**I.- DE LA LEGITIMACIÓN DEL ACCIONANTE.** El accionante señala que la legitimación para accionar en esta vía deriva de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por tratarse de la defensa de intereses difusos. Considera esta Sala que efectivamente el accionante se encuentra legitimado para cuestionar el Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, no obstante que no hay un asunto previo de resolver en los tribunales de justicia o en la sede administrativa –en los términos establecidos en el párrafo primero del citado artículo 75-, por la existencia de intereses difusos, precisamente en virtud de la materia de que se trata, la contratación administrativa, y en consecuencia, el efectivo y correcto control de los recursos financieros del Estado, control que es un asunto de orden público, según lo ha considerado con anterioridad este Tribunal (sentencias número 2864-92, de las quince horas del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y la número 0998-98, de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho).

**II.- DEL OBJETO DE LA ACCIÓN.** Se cuestiona en esta acción, el Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, publicado en La Gaceta número 28, del nueve de febrero del dos mil, que en virtud de la naturaleza, esencia y efectos es materia propia de un reglamento ejecutivo, para lo cual, el Contralor General de la República carece de facultades, en violación de la potestad reglamentaria que la Constitución Política -en el inciso 13) del artículo 140- le confiere en forma exclusiva al Poder Ejecutivo, sea al Presidente de la República y Ministro del ramo respectivo. Se hace la advertencia, de que en esta ocasión no se analizará el contenido específico de este reglamento, por no haber sido objetado por el accionante; sino únicamente lo que se refiere a la competencia del órgano que lo dictó.

**III.- DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES:**

**TERCERA CATEGORÍA.** En forma reiterada y constante (en este sentido, entre otras, ver las sentencias número 1130-90, 2934-93, 5227-94 y 9236-99), la Sala Constitucional se ha referido respecto de la potestad reglamentaria, como una atribución exclusiva que la propia Constitución Política –en los incisos 3) y 18) del artículo 140- le confiere al Poder Ejecutivo, entendiendo por tal, al Presidente de la República y al respectivo Ministro del

ramo. Se trata de una potestad cuyos parámetros están claramente definidos, condicionándola y limitándola,

*"[...] puesto que la misma en ningún caso puede violentar la dinámica propia e inmanente que deriva de la división de poderes y que constituye, por así decirlo, la esencia misma del sistema democrático. Uno de esos parámetros fundamentales de la facultad reglamentaria es el hecho de que dentro del sistema democrático, los poderes públicos tienen claramente definidas sus funciones, sin que pueda ninguno de ellos asumir las propias de los otros, pues tal transgresión viola flagrante el concepto mismo de la división de poderes que recogen de diversa manera los artículos 9, 11, 121 inciso 1) y 140 incisos 3) y 18) constitucional."* (Sentencia número 05445-99, de las cuatro horas treinta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve).

Se trata de una normativa secundaria, subalterna, de rango inferior, que está subordinada por entero a la ley, y al mismo tiempo la complementa, en tanto le corresponde desarrollarla, sin alterar su espíritu. Doctrinaria y jurisprudencialmente se han reconocido dos tipos de reglamentos, los ejecutivos, que son los que tienden a la realización o ejecución concreta de las leyes, cuyo alcance, más bien es genérico, y los independientes, o autónomos de organización o de servicio, relativos a materia de competencia del Poder Ejecutivo no regulados por ley, que se refieren exclusivamente a la materia administrativa. Con anterioridad (en la citada sentencia número 05445-99-, este Tribunal Constitucional ha señalado –en forma enfática- que la Contraloría General de la República únicamente tiene competencia para dictar reglamentos de organización, funcionamiento y de servicio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de su Ley Orgánica:

*"La Contraloría General de la República tendrá la potestad exclusiva para dictar los reglamentos autónomos de servicio y de organización, en la materia de su competencia constitucional y legal."*

Por ello, es que -dentro de esta segunda categoría-, bien puede entenderse una categoría especial, en virtud de las competencias que en el artículo 184 de la Constitución Política le atribuyen a la Contraloría General de la República, en lo que respecta a la organización y funcionamiento de las competencias constitucionalmente asignadas; entendida como la potestad para que este órgano constitucional dicte normas y directrices de carácter general con el fin de hacer efectivo el control de la hacienda pública, concretamente en lo que respecta a asuntos eminentemente contables, o, como en el caso que motiva esta gestión de inconstitucionalidad, se refieran a la competencia exclusiva de este órgano contralor para diseñar mecanismos para efectuar el efectivo control de la contratación administrativa; tal y como lo ha considerado con anterioridad esta Sala al analizar la posibilidad de que el legislador pudiera otorgar a la Contraloría General de la República la potestad de reglamentar leyes de la República. De este modo, en sentencia número 2943-93, de las quince horas veintisiete minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres, se declaró la inconstitucionalidad del Reglamento emitido por la Contraloría General de la República de la ley de Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos número 6872 del diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y tres, por considerar que se trataba de un reglamento ejecutivo; pero en la número 5826-97, de las catorce horas nueve minutos del diecinueve de setiembre de mil novecientos noventa y siete, consideró que el acuerdo número 56 del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y siete, en el que se establece el Reglamento de Gastps de Viaje y de Transporte para funcionarios Públicos, emitido por la Contraloría General de la República, con base en las siguientes consideraciones:

*"Encuentra la Sala que existe una similitud entre las normas anuladas en aquel entonces y la que ahora se cuestiona, en cuanto ambas otorgan a la Contraloría General de la República la posibilidad de reglamentar actividades y funciones contenidas en una ley y, en este caso concreto, la opción de imponer prácticamente cualquier modalidad de sujeción; sin embargo, la Sala diferencia entre los reglamentos ejecutivos, cual sucedía en la Ley de Enriquecimiento Ilícito y la que ahora se analiza. En efecto, la función contralora y fiscalizadora de la Hacienda Pública que la propia Constitución Política le ha encomendado a la Contraloría General de la República, que entre otras funciones y competencias, debe encargarse del control de la eficiencia de la Administración (artículo 17 de su ley Orgánica), de la fiscalización y aprobación de los presupuestos de un numeroso grupo de entes públicos (artículo 18 ibidem), aprobar los contratos que celebre el Estado (artículo 20 ibid) de aprobar y examinar las liquidaciones presupuestarias anuales de esos entes, de realizar auditorías sobre los entes públicos y aquellos que manejen fondos de tal naturaleza (artículo 21 de la Ley señalada), la facultad para establecer y uniformar, mediante reglas y condiciones de obligado cumplimiento, la forma en que los distintos entes públicos han de proceder en su relación con el ente contralor, de modo que no cabe duda de que deben estar sujetos, por conveniencia contralora y por ser jurídicamente posible, a sistemas generalizados.-*

*Es decir, en el caso específico de la norma ahora cuestionada, se trata en concreto de compendios de instrucciones con el fin de facilitar, mediante la uniformidad de procedimientos, el ejercicio de la competencia contralora fijada claramente por la ley, por lo que no se estima que haya ejercicio propiamente dicho de alguna potestad reglamentaria indebidamente delegada.-"*

**IV.- DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL REGLAMENTO IMPUGNADO.** El Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública no es violatorio de la potestad reglamentaria reconocida al Poder Ejecutivo en los incisos 3) y 18) del artículo 140 constitucional, toda vez que no se trata ni de un reglamento ejecutivo –según la consideración del accionante-, sino más bien de un reglamento autónomo de organización o funcionamiento, en cuanto pretende dictar normas y directrices a fin de realizar una competencia que la propia Constitución Política le otorga, sea el refrendo de las contrataciones que realice la Administración Pública. De manera que su fundamento y sustento jurídico-constitucional no deriva de la Ley de la Contratación Administrativa, ni tampoco de su Ley Orgánica, sino directamente de los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, y los principios constitucionales que de estas normas derivan en relación con la contratación administrativa, en los términos señalados con anterioridad por este Tribunal, en la sentencia número 0998-98, de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho (reiterados en las sentencias número 5947-98, de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de agosto; número 6432-98, de las diez horas treinta minutos del cuatro de junio; y la número 6754-98, de las quince horas treinta y seis minutos del veintidós de setiembre, las tres, de mil novecientos noventa y ocho), los cuales han sido sintetizados de la siguiente manera:

*"**primero:** en el artículo 182 de la Constitución Política, se enuncia la primera obligación constitucional en materia de contratación administrativa, en virtud del cual, toda contratación que celebre el Estado debe tramitarse por medio del procedimiento de la licitación;*

**segundo:** que el constituyente optó por el procedimiento de la licitación, por considerarlo el mecanismo más apto para el control de la hacienda pública y del correcto uso de los recursos financieros del Estado, con la finalidad de promover una sana administración de los fondos públicos;

**tercero:** la licitación constituye el medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración, por ser un procedimiento de garantía del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados, para que la Administración seleccione la mejor opción para la satisfacción del interés público;

**cuarto:** por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado -en el sentido más amplio-, para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre concurrencia, igualdad de trato entre todos los potenciales oferentes, publicidad, legalidad o transparencia de los procedimientos, seguridad jurídica, formalismo de los procedimientos licitatorios, equilibrio de intereses, principio de buena fe, mutualidad del contrato, y control de los procedimientos a cargo y en última instancia realizado directamente por la Contraloría General de la República;

**quinto:** del principio «toda contratación administrativa se hará por el procedimiento de la licitación», contenida en el artículo 182 de la Constitución Política, derivan con rango constitucional, todos los principios de derecho público que informan la contratación administrativa, en la medida en que resulten razonables y proporcionados a los fines que se persiguen;

**sexto:** el sistema de contratación administrativa está conformado por los principios constitucionales que emanan de la propia Constitución, y como complemento, por el sistema de control ejercido directamente por el órgano constitucional encargado y vigilancia de la hacienda pública, -Contraloría General de la República, según se dispone en los artículos 183 y 184 constitucionales-, que se establece como garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público.

**sétimo:** la obligación constitucional que deriva del artículo 182 de la Carta Fundamental comprende toda la actividad contractual del Estado; por lo que no puede distinguirse para exceptuarse en el tipo de contrato a realizar -de servicios, ejecución de obras, ventas o arrendamientos de bienes, compras- o en razón de la materia de que se trate;

**octavo:** el constituyente definió que el procedimiento más apto para realizar la contratación administrativa sería la licitación pública, y reservó la licitación privada únicamente para las contrataciones cuantitativa y cualitativamente menores".

Al constituirse en un principio esencial -y, además, constitucional- de la contratación administrativa el sistema de control ejercido directa y exclusivamente por la Contraloría General de la República, órgano constitucional encargado de la vigilancia de la hacienda pública, es que con anterioridad, este Tribunal Constitucional determinó la competencia en esta materia a dicho órgano, para que diseñara los diversos mecanismos para efectuar el control -o refrendo- de la contratación administrativa. De este modo, en sentencia número 9524-99, de las nueve horas seis minutos del tres de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, ante consulta de la propia Contraloría sobre la competencia de ese órgano para dictar directrices en esa materia, señaló:

**"V.- DEL REFRENDO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA COMO COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ÓRGANO CONTRALOR CONSTITUCIONAL.** Quedó claro en la sentencia recurrida -número 05947-98, de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de

agosto de mil novecientos noventa y ocho-, que el refrendo de la contratación administrativa a cargo de la Contraloría General de la República es de aplicación a toda la administración pública, con lo que se incluye no sólo a los órganos que se financian con el plan de gastos de la Administración Central, sea la Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministro respectivo), el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes, sino también a los órganos descentralizados y desconcentrados de la Administración Pública, con lo que se hace extensivo a los bancos que conforman el sistema bancario nacional. Dos son los principios constitucionales que dan fundamento a esta posición: el artículo 182 de la Constitución Política, establece que los principios constitucionales que orientan la contratación administrativa son de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución autónoma u órgano desconcentrado; y del artículo 184 constitucional deriva el principio rector del control de la contratación administrativa realizado directa y exclusivamente por el órgano constitucionalmente encargado de la vigilancia y fiscalización de la hacienda pública. **Es función esencial de la Contraloría General de la República la fiscalización de la hacienda pública, por mandato constitucional –artículo 183 constitucional-, pudiendo realizar esta función a través de diversas modalidades de control, sea el refrendo y otros medios, como el auditoraje o las inspecciones, o la misma apelación o la intervención a posteriori.** En este sentido, debe tenerse en cuenta que así como la norma constitucional refiere a la legislación ordinaria para que ésta establezca las diversas modalidades de la contratación administrativa, en razón de su monto, configurándose así, la licitación pública, la licitación privada, contratación directa, y remate con procedimiento alterno, según la clasificación dada por la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno derogada por la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, adicionada y reformada por Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis, que establece la siguiente clasificación: licitación pública, licitación por registro, licitación restringida, remate y contratación directa; así, **es competencia exclusiva de la Contraloría General de la República, el diseñar diversos mecanismos y modos para efectuar el control de la contratación administrativa, en razón del monto, la materia y la institución pública que realice la contratación, conforme a los principios que la propia Constitución Política da, y obviamente dentro del marco legal que le confiere su propia Ley Orgánica.** Por ello, resulta acertada la afirmación del representante de la Contraloría General de la República en su gestión, al considerar que **es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, éste órgano establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad que el artículo 184 constitucional le otorga para refrendar los contratos del Estado, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público; toda vez que el refrendo debe entenderse como parte de las atribuciones de fiscalización de la hacienda pública que le corresponde en exclusiva a la Contraloría, para cuyo ejercicio posee absoluta independencia funcional y administrativa, en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 183 de la Carta Fundamental, motivo por el cual puede definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, incluso frente al legislador, si éste afecta su independencia, según se anotó con anterioridad en la sentencia número 00998-98."**

**VI.- CONCLUSIÓN.** En virtud de lo anterior, y con fundamento en la jurisprudencia citada, es que el reglamento impugnado es conforme al orden constitucional, únicamente en cuanto al análisis realizado en esta ocasión, sea la de la competencia del órgano que lo dictó, toda vez que es en ese cuerpo normativo, determina los mecanismos para verificar el control de la contratación administrativa, que son de carácter general, porque tienen plena aplicación en todo el sector público, según se anotó anteriormente. Por el no existir motivos para variar de criterio, ni razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión, es que lo procedente es rechazar por el fondo la acción, al tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

**Por tanto:**

Se rechaza por el fondo la acción.

Luis Fernando Solano C.  
Presidente, a.i.

Luis Paulino Mora M.	Eduardo Sancho G.
Carlos M. Arguedas R.	José Luis Molina Q.
Alejandro Batalla B.	Gilbert Armijo S.

**RESUMEN:** Competencia de la CGR para dictar directrices en relación al refrendo de las contrataciones administrativas, competencia que deriva directamente de las funciones constitucionalmente asignadas a este órgano contralor.

---

<sup>i</sup> Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política del 07/11/1949. Fecha de vigencia desde: 08/11/1949. Versión de la norma: 16 de 16 del 25/06/2013. Colección de leyes y decretos: Año 1949, Semestre 2, Tomo 2, Página 724.

<sup>ii</sup> Asamblea Legislativa. Ley 7428 del 07/09/1994. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Fecha de vigencia desde 04/11/1994. Versión de la norma 7 de 8 del 15/12/2006. Gaceta número 210 del 04/11/1994. Colección de leyes y decretos: Año: 1994. Semestre: 2. Tomo: 1. Página: 172.

<sup>iii</sup> Sentencia: 00084 Expediente: 10-003312-1027-CA Fecha: 04/04/2011 Hora: 11:55:00 AM Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI.

<sup>iv</sup> Sentencia: 00057 Expediente: 06-000674-0163-CA Fecha: 23/06/2010 Hora: 1:00:00 PM Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII.

<sup>v</sup> Sentencia: 00133 Expediente: 05-000575-0163-CA Fecha: 17/04/2009 Hora: 2:30:00 PM Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II.