



## LA FISCALIZACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Contratación Administrativa.
Palabras Claves: Contratación Administrativa, Fiscalización, Contraloría General de la República.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 16/06/2014.

### Contenido

<b>RESUMEN .....</b>	<b>2</b>
<b>NORMATIVA .....</b>	<b>2</b>
<b>Fiscalización de la Contratación Administrativa .....</b>	<b>2</b>
<b>DOCTRINA .....</b>	<b>3</b>
<b>Función Fiscalizadora de la Contraloría General de la República en Procedimientos.....</b>	<b>3</b>
<b>Función Constitucional de la Contraloría General de la República como Fiscalizadora de los Fondos Públicos.....</b>	<b>3</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>3</b>
<b>1. Función Fiscalizadora de la Administración Pública del Contrato Administrativo al Tenor del Artículo 13 de la Ley de Contratación Administrativa .....</b>	<b>3</b>
<b>2. Fiscalización de la Contratación Administrativa.....</b>	<b>27</b>

## RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre la **Fiscalización en la Contratación Administrativa**, para lo cual se aportan los artículo 13 de la Ley de Contratación Administrativa y 5 del Reglamento a dicha ley, en los cuales se indica el deber de fiscalización de la Contraloría General de la República sobre los contratos suscritos por la Administración Pública, aspectos que son contemplados por la doctrina y la jurisprudencia y desarrollados en la resolución de casos prácticos.

## NORMATIVA

### **Fiscalización de la Contratación Administrativa**

[Ley de Contratación Administrativa]<sup>i</sup>

Artículo 13. **Fiscalización.** La Administración fiscalizará todo el proceso de ejecución, para eso el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. A fin de establecer la verdad real, podrá prescindir de las formas jurídicas que adopten los agentes económicos, cuando no correspondan a la realidad de los hechos.

En virtud de este derecho de fiscalización, la Administración tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas.

Si la Administración no fiscaliza los procesos, eso no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]<sup>ii</sup>

Artículo 5. **Controles.** Ninguna disposición del presente Reglamento podrá interpretarse en forma alguna que limite las facultades de fiscalización superior de la hacienda pública, que constitucional y legalmente competen a la Contraloría General de la República.

De igual forma, la Administración, no podrá variar el procedimiento que por monto corresponda o realizar más de un procedimiento, aunque sean formalmente más rigurosos, para evadir controles tales como el refrendo o la interposición de recursos ante la Contraloría General de la República. El incumplimiento de lo aquí dispuesto generará falta grave.

## DOCTRINA

### **Función Fiscalizadora de la Contraloría General de la República en Procedimientos**

[Romero Pérez, J]<sup>iii</sup>

Al tenor del artículo 30 de la Ley de contratación administrativa, si la Administración prefiere usar un mecanismo menos riguroso para seleccionar el contratista público, tiene que contar con la autorización de la Contraloría General de la República (*voto 998-98*).

### **Función Constitucional de la Contraloría General de la República como Fiscalizadora de los Fondos Públicos**

[Romero Pérez, J]<sup>iv</sup>

La Contraloría General de la República, con rango constitucional, tiene una relación con los fondos públicos, de fiscalización superior, jurídica y financiera; ejerce el control superior de la hacienda pública y la dirección sistema de fiscalización (*votos 2398-91, 2340-94, 5119-95, 2632-95 y 998-98*).

## JURISPRUDENCIA

### **1. Función Fiscalizadora de la Administración Pública del Contrato Administrativo al Tenor del Artículo 13 de la Ley de Contratación Administrativa**

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

Voto de mayoría:

**“IV. Consideraciones Generales sobre la Contratación Administrativa:** La Administración Pública emplea diversos medios para el cumplimiento de los fines públicos, que no se agotan en las meras actuaciones materiales o en actos administrativos formales, en tanto que también se recurre al mecanismo de la **contratación administrativa**, en la cual, se pacta el cumplimiento de un objeto con un contratista, como sujeto colaborador del logro del interés público buscado. No obstante, a diferencia de un contrato privado, en la **contratación administrativa** existe una serie de elementos que trascienden el mero acuerdo de voluntades rubricado en un documento y que condicionan su nacimiento, desarrollo y extinción. Ese aspecto es medular y determina una diferencia incuestionable con respecto al contrato privado,

donde los intereses particulares de las partes son determinantes, mientras que en este caso el interés público reviste toda la **contratación**. Es así como el contrato administrativo está condicionado en su origen, evolución y finalización al ordenamiento propio que rige la materia y la **contratación** en específico. En este sentido, el acto de voluntad, libre y soberano del contratista, queda filtrado por el ordenamiento jurídico administrativo, y fundamentalmente por la reglamentación de la **contratación**, sea el cartel o pliego de condiciones, base de la misma. Si bien la doctrina ha oscilado en una discusión sobre si debe ser considerado un acto complejo o una modalidad de **contratación**, incluso viéndola como una especie de promesa unilateral aceptada, la discusión aún cuando es interesante desde el plano académico, resulta intrascendente para la resolución de la litis que ahora nos ocupa. El ordinal ciento ochenta y dos de la Constitución Política, dispone: *“Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a la mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”*. De conformidad con dicha norma la Administración Pública para alcanzar los fines establecidos en el ordenamiento jurídico y con el propósito de satisfacer de modo eficiente y oportuno sus requerimientos, habrá de acudir a los procedimientos de **contratación administrativa** con el fin de seleccionar la oferta que mejor se adecue a las necesidades públicas. Esta actividad se encuentra sujeta a una serie de principios, definidos por la Sala Constitucional desde su voto 998 de las 11 horas con 30 minutos del 16 de febrero de 1998, que en lo que es de interés expresó:

*“...VI. LOS PRINCIPIOS DE LA **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**. En virtud de lo anterior, debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política se derivan todos los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado. Algunos de estos principios que orientan y regulan la licitación son:... 2.- de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, ...tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental; 3.- de publicidad, que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la **contratación administrativa**, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles,*

*dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate; 4.- de legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política; 5.- de seguridad jurídica, que es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la **contratación administrativa** a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación; ...8.- principio de buena fe, en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la **contratación administrativa**, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro”.*

Estos principios permean la materia de **contratación administrativa**. Desde el punto de vista del derecho positivo, el marco general regulador de las obligaciones tanto de los entes contratantes como de las empresas contratistas se encuentra contemplado en la Ley de **Contratación Administrativa** y desarrollada a cabalidad en su reglamento, sin perjuicio de la existencia de normas especiales en la materia. En el artículo quince de dicho cuerpo normativo, expresamente se señala como obligación de toda Administración contratante, lo siguiente: *"La Administración está obligada a cumplir con todos los compromisos, adquiridos válidamente, en la **contratación administrativa** y a prestar colaboración para que el contratista ejecute en forma idónea el objeto pactado"*. Por otra parte, de manera correlativa a dicho deber, el artículo 20 de la misma ley, establece la siguiente obligación para los contratistas: *"Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato"*. Ambas obligaciones surgen de un principio de buena fe en la **contratación**, mediante el cual, ambas partes, tienen como referente en el cumplimiento de sus obligaciones un deber de cumplimiento y colaboración mutuos. Por su parte el artículo cincuenta y uno del Reglamento a la Ley dispone: *"El cartel, constituye el reglamento específico de la **contratación** que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al respectivo procedimiento. Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar. Para su confección, la Administración podrá contratar o solicitar la asistencia de personas físicas o jurídicas, especializadas en la materia de que se trate, siempre que no tengan ningún interés particular directo ni indirecto en el negocio, cuando no tuviere en su organización los recursos técnicos*

*necesarios para ello. En aquellas contrataciones de excepción a los procedimientos ordinarios de **contratación**, la Administración, facultativamente podrá elaborar un cartel con los elementos esenciales atendiendo al objeto contractual, en armonía con los principios de **contratación administrativa***". Merece manifestarse que los principios de la **contratación administrativa** han de reflejarse en las estipulaciones del cartel. Este documento se considera el reglamento concreto de la **contratación**, en cuanto establece con claridad que es lo pretendido por la Administración, las condiciones generales y específicas de este y la forma en la cual se seleccionará el eventual adjudicatario. Por ello debe ser un instrumento suficiente, específico, claro y objetivo, de modo que los potenciales oferentes se enteren con claridad del objeto y condiciones de la **contratación**. Por consiguiente, define el contexto en que se concretará el concurso y precisamente en razón de esto serán vinculantes para el oferente los términos predeterminados. Así, se constituye en parte de las regulaciones aplicables a esa específica **contratación**. El cartel puede definirse como el conjunto de cláusulas que integran cada **contratación**, en el que deben fijarse los elementos esenciales del negocio, esto es, la delimitación del objeto concursal, la descripción del bien o servicio por adquirir, la fecha de recepción de ofertas, bases generales para la selección y requisitos mínimos de las ofertas, documentación a presentar, forma de cotización, vigencia de las ofertas, plazo de entrega, forma de pago, entre otras (artículo 42 de la Ley de **Contratación Administrativa** y complementado por los diferentes reglamentos que han existido). El contenido básico de un cartel muta constantemente según sean las necesidades que cada **contratación** pretenda satisfacer de allí la relevancia del documento. Se afirma que tiene carácter reglamentario porque contiene una serie de normas de acatamiento obligatorio y es el instrumento básico del procedimiento de selección del contratista público, llegando a constituir el verdadero reglamento específico de la **contratación**, tanto de los trámites por seguir, como de las condiciones contenidas en éstos. Es también fuente de interpretación porque en él quedan establecidas las cláusulas o condiciones creadoras de derechos y deberes de las partes. No obstante lo anterior, jerárquicamente está subordinado a la Ley y al Reglamento de **Contratación Administrativa**, así como a la demás normativa específica, en cuanto se encuentra supeditado a las normas de alcance general que establecen disposiciones transversales para el sistema de **contratación**. En este sentido, el pliego de condiciones puede contener diversos tipos de cláusulas dependiendo del objeto de cada **contratación**. Normalmente la doctrina distingue entre cláusulas variables e invariables. Las primeras son aquellas en las que el particular ofrece a la Administración lo solicitado por ella y la entidad contratante ponderará y escogerá la oferta que más convenga a los intereses públicos. Pueden variar o cambiar de una oferta a otra, pero son de cumplimiento necesario y obligado, ya que de lo contrario queda fuera de concurso. Ejemplo de éstas son las referidas al precio, la forma de pago o plazo de entrega de los bienes o servicios. Normalmente este tipo de cláusulas son las que permiten escoger al oferente victorioso de sus

iguales. Las invariables son de obligado cumplimiento para el oferente y su sujeción a éstas es vinculante, en tanto no puede cambiarlas y si las incumple queda excluido de la licitación. Algunas de éstas son las que describen el objeto contractual. En la mayoría de ellas, la sola presentación de la oferta presume su aceptación. Por el carácter reglamentario, el pliego, es fuente de interpretación del acuerdo entre voluntades, dado que es con base en este, que el oferente elabora su oferta, la cual tiene la característica de ser integral en todos sus componentes, sea, tanto en el contenido del escrito principal, como en cualquier documento anexo. Si debe quedar claro que la definición de las condiciones del cartel no debe ser entendido como un acto discrecional en sentido estricto, en cuando cada una de las disposiciones debe presentar su debida fundamentación, lo que permite a cualquier interesado requerir información justificándolas o incluso acreditar el recurso de objeción. Este último es la facultad de cualquier interesado de manifestar oposición a una disposición del pliego, para que el superior administrativo o la misma Contraloría General de la República (dependiendo del tipo de **contratación** y el objeto del concurso) entre a valorar la objeción y defina la pertinencia de la misma, mediante un acto plenamente motivado. El oferente con fundamento en el cartel confecciona su plática, obteniendo un parámetro de seguridad jurídica, donde la administración promovente garantiza la observancia del principio de confianza legítima para los potenciales participantes, quienes conocen con anterioridad las condiciones que gobiernan el concurso de su interés. Frente a la **contratación** cada uno de los oferentes, no es más que un interesado legítimo de que las reglas cartelarias se cumplirán a cabalidad; de manera que no existe un derecho a ser adjudicado sino una mera expectativas. Incluso, el ordenamiento garantiza acciones **administrativas** y judiciales supeditadas exclusivamente hacia aquel oferente que pudiera resultar adjudicatario en cumplimiento del pliego cartelario, y que por situaciones ilegítimas o ilegales no lo fue; de manera que aquella persona que detecta incumplimientos del cartel pero sin tener la posibilidad de que en el supuesto de corregirse tampoco sería adjudicatario carece de todo interés y no tendría acción alguna; salvo la posibilidad de la denuncia ante la Contraloría General de la República que es resguardo de la hacienda pública está llamada a servir de contralor de legalidad de la conducta **administrativa**. Debe recordarse que la sola presentación de la plática lleva implícito el sometimiento a todas y cada una de las condiciones del pliego, en cuanto es lógico pensar que si la persona concurrió al concurso fue con el interés de ofrecer sus bienes o servicios y eventualmente resultar adjudicatario; lo anterior naturalmente, salvo en los supuestos que manifiestamente resulte clara la voluntad de apartarse del cartel. Con respecto a la naturaleza de la oferta en esta materia, esta es entendida como una promesa unilateral, libre y voluntaria del participante, a fin de celebrar el contrato en el supuesto que resulte electo. De conformidad con la anterior disposición, la oferta debe cumplir de forma estricta el contenido del cartel, tanto en las reglas del procedimiento a seguir, documentos y sobre todo requisitos solicitados, si la oferta no cumple lo

estipulado en el cartel, ésta debe ser excluida del concurso, como ya se indicó. No sin advertir que por el principio de libre participación y en satisfacción del interés público, se procura la mayor cantidad de oferentes, lo que lleva aparejado que la exclusión es la excepción y no la regla; siempre que con ello no se promueva la generación de un trato discriminatoria a favor de algún (os) oferentes), pues tampoco puede llegar al extremo de aceptar incumplimientos con tal de permitir la participación. La oferta vincula al oferente, pues en caso de resultar adjudicatario, deberá someterse no sólo a las condiciones cartelarias al efecto establecidas, sino también a los términos por él ofertados en dicho documento y a la Administración, en tanto que su aceptación significará admitir la delimitación de los términos y condiciones de la **contratación** según lo propuesto por el contratista. Es decir, cartel y oferta deben ser vistos de manera integral e integrada, siendo así que en el análisis de la segunda no se puede perder de vista lo establecido en el primero. Por lo anterior, la **contratación** no puede ser vista en sus componentes de manera aislada, ni abstraída del ordenamiento jurídico ni sin tomar en consideración la integralidad de la oferta y el cartel al cual se refiere. El ordenamiento prevee como modalidades de **contratación** la Licitación Pública y la Abreviada (en su momento dividida en Registro y Restringida), sumado a unas derivaciones de estas (Remate, licitación con financiamiento, con precalificación y subasta a la baja) a lo que se agrega las actividades exentas del procedimiento de **contratación** (donde se incluye -entre otras- la denominada **contratación** directa), sin perjuicio que el numeral ciento cuarenta y seis del Reglamento a la Ley de **Contratación** faculta ha autorizar reglamentos hacia modalidades diferentes de **contratación** a fin de conocer mecanismos diversos, permitiendo a la Administración establecer otras modalidades contractuales que no fueran previstas por el legislador, esta reglamentaciones pueden ser definitivas (hasta su revocación) o incluso supeditadas a plazo (normalmente para verificar la conveniencia de mantener el mecanismo). En cuanto al procedimiento como tal, las normas legales y reglamentarias lo que vienen a señalar son plazos y aspectos de trámite en directa relación al tipo de **contratación** en particular; la idea en esencia es que la licitación pública garantiza plenamente los principios que informan la **contratación**, mientras que en las restantes modalidades se reducen aspectos facultades recursiva, se flexibilizan la forma, entre otros aspectos, pues es posible garantizar los principios sin cumplir estos requerimientos. En cuanto a los últimos lo más relevante es la generación de una verificación técnica y otra jurídica, siendo la primera la constatación de los requisitos específicos de aquello que la Administración contratante y por otro lado, la jurídica la verificación de requisitos para hacer adjudicable a los oferentes. Al respecto es de rescatar que los carteles establecen requisitos de admisibilidad y elementos ponderables, los primeros corresponden a aquellos que su incumplimiento lleva aparejado la oferta, como podrían ser garantía de participación, señalamiento del ofertante, firma de la oferta, señalamiento de precio, entre muchos otros. Los ponderables, vienen a permitir seleccionar entre las ofertas aquella que resulta



victoriosa, como ya se indicara. Los primeros por su misma esencia son prevenibles, salvo en los supuestos expresamente regulados, los segundos como regla de principio no lo son en la medida que quebrantarían el principio de igualdad entre las partes, pues en virtud de conocer para ese momento las otras ofertas cualquier documentación adicional variaría la eventual calificación, salvo en los supuestos de los hechos históricos, es decir aquellos que si bien podrían afectar la puntuación no presenta el interesado forma alguna de manipularlos, siendo el ejemplo típico los atestados académicos, el estado civil, la experiencia en una actividad, entre muchos otros. De manera que recibidas las ofertas, la administración debe proceder a realizar dos análisis (sea de manera simultánea o sucesiva), el primero de ellos de naturaleza legal, que pretende verificar el cumplimiento de las cláusulas invariables no técnicas y el segundo, constando los aspectos variables o técnicos, generando una recomendación. Cabe advertir que la Administración Pública se encuentra facultada para solicitar aclaraciones a la oferta (en cuanto no genere un trato desigual) y eventualmente es posible requerir información adicional, sobre la doctrina de los hechos históricos, aún cuando esta afecte la calificación, en cuanto se trate de situaciones que ocurrieran con anterioridad al concurso, fueran invocadas oportunamente por el (la) interesado (a) y lo faltante sea solo en el plano de su acreditación. Siempre bajo el entendido que dichos datos no son manipulables por el interesado. Es a partir de la recomendación, que el jerarca o el titular subordinado con competencia para ello procede a realizar la adjudicación. Si debe quedar claro que la recomendación legal y técnica no son más que eso, una mera recomendación de suerte que el jerarca o funcionario competente puede revalorar la situación y adjudicar de manera diferente en tanto exista la correspondiente motivación; la recomendación como acto interno no genera estado alguno, ni derecho para ningún interesado. Nuevamente allí vuelve a cobrar importancia el cartel, pues como en él se fijan los parámetros de evaluación, es sobre esa base que se asigna la calificación a los oferentes y consecuentemente es la base para la determinación del victorioso. Sobre la base de la adjudicación se abre la etapa recursiva, que puede ser interna o externa, según el objeto contractual o el monto de la misma; donde es posible la existencia de readjudicaciones, lo que facultaría a nuevas acciones recursivas. Una vez firme el acuerdo, se abre la etapa de ejecución que inicia con la orden de compra y/ o el contrato; de suerte que el segundo es un documento donde se formaliza el acuerdo de voluntades, a donde se integra el pliego cartelario y la oferta (además de la totalidad de la normativa interna), mientras que el segundo es un documento financiero. Resueltos estos, se genera un acto firme a favor de un contratista en concreto. Posteriormente, con base en el cartel y los contenidos de la oferta adjudicada, es que se funda el respectivo contrato administrativo, el cual, debe interpretarse, desde la base de los instrumentos legales que lo integran, sea, el cartel o pliego de bases, la oferta adjudicada y la normativa y principios propios de la **contratación administrativa**; sobre la lógica que a partir de los informes técnicos y legales, la

Administración contratante desecha las ofertas inelegibles sea por incumplimiento de requisitos de admisibilidad, o por precios abusivos o ruinosos, para poder asignar de manera posterior el puntaje según la tabla de calificación señalada en la plíca. Iniciando el proceso recursivo. En razón de lo anterior, en materia de **contratación administrativa**, la determinación del cumplimiento efectivo de la obligación por ambas partes contratantes, debe hacer referencia tanto al cartel como a la oferta considerada de manera integral, y siempre orientado al cumplimiento del principio de buena fe entre las partes suscribientes y en atención al interés público que orientó la decisión de la Administración de realizar la respectiva **contratación**. Lo normal es que dependiendo de la claridad del objeto contractual y/o de la cuantía de la misma, se prescinde del contrato, utilizando únicamente la orden de compra.

**V. En cuanto al objeto de la contratación y su cumplimiento:** Esta Sección del Tribunal en ocasión anterior ya ha señalado que en cuanto al objeto del contrato, hemos de indicar que se denomina así, no sólo, a la cosa que eventualmente será el punto material de referencia del contrato o a la prestación comprometida, sino, en general, al clausulado del contrato y a sus términos y condiciones. sin embargo, en un sentido técnico jurídico más preciso, se entiende que el **objeto de la obligación se refiere a la prestación debida**, es decir, un comportamiento del deudor, por una conducta activa u omisiva del obligado, *“al decir del artículo 629 del código civil que ‘toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa’, afirma con ello que el objeto está constituido por el **acto** de dar, hacer o no hacer alguna cosa, lo que denota ser una conducta el objeto de la obligación, es decir, la prestación”* (la letra negrita es suplida). Casafont Romero, Pablo, Ensayos de Derecho Contractual, Colegio de Abogados, segunda edición 1979, San José, Costa Rica, pág. 15). Cabe apuntar, además, la casi unánime opinión doctrinal de que el contrato con la administración pública y, consiguientemente, la oferta a ella, son de adhesión, lo que es parcialmente cierto, dada la necesaria libertad del concursante para determinar por sí, al menos, el precio de la oferta. El fenómeno proviene de dos hechos fundamentales: 1- la oferta del particular viene delimitada por el pliego de condiciones particulares (cartel o convocatoria de licitación), unilateralmente elaborado por la administración pública, sin discusión con el contratante, ni oportunidad para éste de influir sobre su contenido. Dicho cartel es ley entre las partes, de suerte que es la base del acuerdo de voluntades que los une, según ya se indicó. 2- este último viene complementado en gran parte, a su vez, por los llamados pliegos de condiciones generales, verdaderos proyectos de contrato tipo destinados a formular, de la manera más abstracta y comprensible posible, las condiciones, términos, obligaciones y derechos de las partes en el contrato; el objeto, en un sentido general, de un contrato es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo. La doctrina Francesa, (Dugüit) hace una prolija distinción entre el objeto inmediato y el objeto mediato de la voluntad. El objeto inmediato es siempre un acto material consistente en un movimiento físico, a

veces una tradición, a veces una declaración verbal o escrita. El objeto mediato es la situación de derecho que produce el objeto inmediato. El acto material inmediatamente querido, es querido como medio para llegar al nacimiento de una situación de derecho. El objeto debe ser cierto, posible, lícito y moral, no es indispensable que posea contenido patrimonial, pero necesariamente debe ser evaluable y transformarse en una prestación pecuniaria en caso de incumplimiento. En síntesis, el objeto del contrato, está constituido por la obligación impuesta contractualmente, que implica una prestación, que constituye siempre una conducta de dar, hacer no hacer algo. Ahora bien, si el objeto del contrato es siempre, la obligación de una prestación debida, entonces, se cumple con el objeto del contrato, realizando la conducta o comportamiento debido, la idea contraria, es decir, la falta de ejecución de la prestación debida o incluso su retraso; implica el incumplimiento del objeto del contrato .

**VI. Imputabilidad en la contratación Administrativa.** Evidentemente, en la sub júdice estamos en presencia del regimen especial de **contratación** administrativo, que dista sustancialmente del sistema de **contratación** privada. Específicamente sobre la base de una **contratación** directa (sea por el objeto contratado o por la baja cuantía del negocio) de suerte que las reglas generales de la **contratación** se flexibilizan; sin que bajo ningún aspecto dejemos de estar dentro de la orbita del derecho público. Así las reglas del derecho privado no resultan aplicables de manera directa, salvo para llenar lagunas o completar el regimen especial de derecho público. Pese a lo dicho, al estar en presencia de una obligación contractual, toda vez que existe un contrato entre el ICE y Xelas S.A, por el cual (integrado por la convocatoria, la oferta, el acto de adjudicación y todos los demás documentos que conforman la voluntad de las partes) , debía cumplirse con un determinado objeto por parte del contratista, en donde ante la existencia de alguna imperfección en el objeto pactado, la culpa del contratista se presume, correspondiendo a éste el probar que dicha imperfección no es responsabilidad suya. Siendo lo anterior un principio de carga de la prueba en materia contractual, (plenamente aplicable en **contratación administrativa**). Valga recordar al efecto elementos básicos en el cumplimiento de obligaciones contractuales: De acuerdo al “Art. 1.698, corresponde probar la obligación o su extinción al que alega aquélla o ésta. En consecuencia, si al acreedor le corresponde acreditar la existencia de la obligación, no le toca, en cambio, probar el incumplimiento. Es el deudor quien debe establecer que ha cumplido, porque alega el pago, o sea, la extinción de la obligación y sobre él coloca la ley la carga de la prueba en tal caso./ Pero aún más, si el deudor no ha cumplido, deberá probar, si quiere quedar exento de responsabilidad, que el incumplimiento no le es imputable. Porque el deudor se defenderá de la demanda del acreedor que le exige el cumplimiento o la indemnización de perjuicios, alegando que ha operado algún modo extintivo de la obligación liberatoria para él. Según la regla general del Art. 1.698, deberá probarlo”. ABELIUK MANASEVICH, Rene. Las

obligaciones, Tomo II, Editorial Temis S.A., Editorial Jurídica de Chile, 1993, pág. 653 y 655). Por su parte, el autor Nacional, Fernando Montero Piña, señaló sobre este mismo tema lo siguiente: “En el artículo 702 del Código Civil la responsabilidad del deudor se fundamenta en su culpa, entendida como negligencia o dolo. Existe una presunción en el ordenamiento civil costarricense que consiste en que la culpa del deudor se presume siempre que incurre en incumplimiento y es al incumplidor a quien corresponde la carga de la prueba de la ausencia de esa culpa, es decir, que debe probar que el incumplimiento se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor o incluso al comportamiento del acreedor. En Costa Rica la culpa se extrae de la norma; pero el artículo 1329 del Código Civil de Perú la señala expresamente: “Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor””. MONTERO PIÑA, Fernando. Obligaciones, impreso en Mundo Gráfico S.A., 1999, pág. 253. De conformidad con lo expuesto, es al contratista a quien corresponde probar que cumplió a cabalidad el objeto del contrato.

**VII. Sobre la fiscalización en la ejecución del contrato administrativo.** Si bien la Administración pone en manos del contratista la ejecución del contrato, ello de ninguna forma significa que no realice labores de control y dirección de parte de ésta. Se entiende que el contratante no busca más que un interés puramente privado, por lo que el Estado bajo ningún motivo puede dejar la ejecución a su libre arbitrio. En Costa Rica tal situación se encuentra regulada en la Ley cuando se dispone: Artículo 13 de la Ley de **Contratación Administrativa. Fiscalización.** “*La Administración fiscalizará todo el proceso de la ejecución, para eso el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. A fin de establecer la verdad real, podrá prescindir de las formas jurídicas que adopten los agentes económicos, cuando no correspondan a la realidad de los hechos. En virtud de este derecho de **fiscalización**, la Administración tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas. Si la Administración no fiscaliza los procesos, eso no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le puede corresponder*”. Frente a la colectividad la Administración, es la responsable de controlar que la prestación, sea general, regular, continua y uniforme, es por ese motivo que no debe descuidar sus labores de **fiscalización**. Así, el Estado tiene a su disposición prerrogativas que le permiten coaccionar al contratista a la ejecución de la prestación, a modificar o dar por finalizado el contrato en caso de que eso se requiriera. La **fiscalización** abarca cuatro aspectos de la gestión del contratista: 1) un aspecto material: que ayuda a determinar si ejecuta los actos que por contrato se obligó a cumplir; 2) un aspecto técnico: que determina si los actos se ajustan a los parámetros contractuales; 3) un aspecto financiero: donde se procura establecer si hace el pago efectivo de las subcontrataciones, impuestos y demás cuestiones a su cargo; y 4) un aspecto legal: con el cual se establece si el funcionamiento del servicio se ajusta a las normas jurídicas imperantes. Por otra parte,

surgen los controles como mecanismos técnicos para la sana administración de los fondos públicos, los cuales se erigen, paralelamente, como filtros sutilmente orquestados para la menor afectación al erario. Por tanto, resultan ser preeminentes durante todo el íter contractual, esto es, a partir de la voluntad de la Administración para forjar el pacto hasta el finiquito del mismo. En otras palabras, la satisfacción de los requerimientos de la sociedad se erige como el fin vinculante del contrato administrativo. A partir de lo cual deriva, ineluctablemente, la **fiscalización** que recae en cabeza de los administradores públicos, investidos como contraparte técnica o fiscalizadora de la etapa de ejecución contractual. El artículo 15.2.3 del entonces Reglamento de **Contratación Administrativa** –derogado– contenía la figura del Órgano fiscalizador, con el fin de controlar las actividades de la persona contratista, intrínsecas a la etapa de ejecución contractual para tutelar, asimismo, el derecho de **fiscalización** incardinado en el numeral 13 LCA, vigente. Por tanto, importa señalar a suerte de ilustración, que la normativa infralegal antes señalada sobre el particular disponía:

*15.2. Para el efectivo ejercicio del derecho de **fiscalización** la Administración designará un órgano que asumirá la obligación de tomar oportunamente las providencias necesarias para que el contratista se ajuste al estricto cumplimiento de las condiciones, especificaciones y plazos establecidos en el contrato y demás obligaciones implícitas en éste.//15.3. Corresponde a dicho órgano verificar el cumplimiento del objeto de la **contratación**, advertir, a quien corresponda de acuerdo al régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución unilateral del contrato cuando advierta fundamento para ello.*

Una norma de similar contenido habita en el Derecho comparado español, toda vez que el órgano de **contratación** –según se le conoce en España al ÓF– ejerce las funciones de dirección e inspección de los contratos administrativos, facultades consagradas por los numerales 94 y 95 del Reglamento del Texto Refundido de la Ley de Contratos Públicos (RG-TRLCAP). Bajo esa inteligencia, el articulado en mención señala:

Artículo 94. Dirección e inspección de la ejecución. 1. La ejecución de los contratos se desarrollará, sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista, bajo la dirección, inspección y control del órgano de **contratación**, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido.//2. Los pliegos de cláusulas **administrativas**, generales y particulares, contendrán las declaraciones precisas sobre el modo de ejercer esta potestad **administrativa**.

Art. 95 Facultades del órgano de **contratación** en la ejecución del contrato. Cuando el contratista, o personas de él dependientes, incurra en actos u omisiones que comprometan o perturben la buena marcha del contrato, el órgano de **contratación**

podrá exigir la adopción de medidas concretas para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado.

Sobre el particular, la Contraloría General de la República, ha estimado que ese deber incluye lo cuantitativo y lo cualitativo, puesto que, "Sin una cuidadosa vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, no se asegura ni la satisfacción de las necesidades de la sociedad civil, ni el óptimo empleo de los recursos públicos que han sido confiados y por los que deben responder los funcionarios...". CGR oficio No. DGCA-1551-97 del 24 de noviembre de 1997. En razón de lo anterior, en materia de **contratación administrativa**, la determinación del cumplimiento efectivo de la obligación por ambas partes contratantes, expresada en el contrato, debe hacer referencia tanto al cartel como a la oferta considerada de manera integral, así como al respectivo acto de adjudicación -y al contrato, en caso de existir- y siempre orientado al cumplimiento del principio de buena fe entre las partes suscribientes y en atención al interés público que orientó la decisión de la Administración de realizar la respectiva **contratación**. No obstante, es de advertir que en materia de incumplimiento, es considerado como grave, el que puede ser susceptible de generar determinados efectos jurídicos. En ese sentido el artículo 4 de la LCA en lo que interesa dispone: *"Todos los actos relativos a la actividad de **contratación administrativa** deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales..."*. De manera correlativa a dicho deber, el artículo 20 de la misma ley, establece la siguiente obligación para los contratistas: *"Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato"*. Ambas obligaciones surgen de un principio de buena fe en la **contratación**, mediante el cual, las partes, tienen como norte en el cumplimiento de sus obligaciones, un deber de cumplimiento y colaboración mutuos. Un referente fundamental para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, es el cartel del concurso, en tanto que en él, se establecen las bases de éste, según las necesidades de la respectiva Administración Pública.

**El jurista José Luis González Berenguer, para quien**

*los poderes de dirección, de control y de vigilancia pertenecen a la Administración como poderes originarios, inalienables e imprescriptibles. Lejos de ser de naturaleza contractual derivan del fin mismo perseguido [...] no son más que una "reacción de la idea de servicio público sobre el contrato" y traducen en realidad el poder público mismo. (González Berenguer, 1966, p. 26-27). (El delineado no corresponde al texto original).*

**Don Eduardo García De Enterría ilustra:**

La prerrogativa del poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, que impone el deber de su cumplimiento inmediato con la carga de la impugnación contencioso-**administrativa** si está disconforme con su legalidad; [...] en virtud de este formidable privilegio, la Administración puede exigir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, formal), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato (rescisión, en la terminología **administrativa**), la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza. (García de Enterría, 1963, p. 63).

La **fiscalización** es el móvil de la Administración contratante, para vigilar e inspeccionar el modo y la forma de la ejecución contractual por parte del contratista, verificando en consecuencia, el fiel apego al cumplimiento de los términos pactados dentro del contrato administrativo. Por lo cual, en el escenario de cualquier irregularidad, tratándose de la conducta del contratista, está facultado de compelerlo a lo que indica la letra del convenio contractual. De lo anterior se infiere, que en el supuesto de incumplimiento tardío o defectuoso del objeto contractual, la Administración por intermedio del Órgano Fiscalizador deberá instar al contratista a ejecutar las medidas correspondientes, contestes a las reglas técnicas de sentido unívoco, (cfr. Art. 16 LGAP). En su defecto, será procedente la instrucción del respectivo procedimiento correctivo sancionatorio en contra del contratista. Aflorarán pues de la comprobación del presunto incumplimiento, sanciones tales como: la ejecución de las cláusulas penales, de las garantías, cumplimiento, resolución contractual, apercibimiento o inhabilitación, acompañada todas estas de la respectiva indemnización en daños y perjuicios irrogados a la Administración. La Sala Constitucional, ha definido 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 número 1205-96. Del contrato administrativo, surgen una serie de derechos y obligaciones para ambas partes contratantes y que han sido reconocidos y regulados en la Ley de **Contratación Administrativa**. Entre los derechos de la Administración indicada en el artículo 13. De lo transcrito resulta, como premisa del caso, que de todo contrato administrativo, se derivan para las partes varios derechos y obligaciones, que se sintetizan en los siguientes: a) el contratista tiene derecho a la realización del objeto que fuera contratado y al reconocimiento de los precios pactados; a la vez que a él se le debe no

sólo un trato justo y adecuado, sino también el respeto del plazo de ejecución convenido en el contrato; y b), la Administración contratante puede, dentro del marco de la **contratación**, fiscalizar, impartir instrucciones, realizar ciertas modificaciones, ejecutar **administrativamente** las garantías o bien, resolver o rescindir el contrato.

**VIII. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS.** Normalmente nos referimos, a la interpretación en el marco de la praxis del Derecho, es decir, al momento de emplear una norma con el fin de superar un problema jurídicamente relevante. Por ello la Interpretación es la acción de interpretar. Etimológicamente hablando, el verbo “Interpretar” proviene de la voz latina *interpretare* o *interpretari*, palabra que, según el eminente Jurista uruguayo Eduardo J. Couture, deriva de *interpres* que significa mediador, corredor, intermediario. El Diccionario de la Lengua española, en el sentido que nos interesa recalcar, define la voz “interpretar” como: “explicar” o “declarar el sentido de algo”, y principalmente el de textos poco claros. Explicar, acertadamente o no, acciones, palabras o sucesos que pueden ser entendidos de varias formas. El eximio Jurista y tratadista italiano Francesco Messineo, conceptúa la Interpretación (o hermenéutica) de la ley, (norma) diciendo: “...es la investigación y la penetración del sentido y del alcance efectivo de la norma (o sea, de la voluntad de la misma), esto es, ‘la atribución de un significado’ a la norma para medir su extensión precisa y la posibilidad de aplicación a la determinada relación social a regular. Es, pues, una operación lógica, de conocimiento.”. El Jurista italiano Riccardo Guastini, considera que existe un concepto restringido de interpretación y otro amplio (el primero cuando la norma es dudosa o controvertida y el segundo independientemente de estos calificativos); de acuerdo con la mayoría, cabría en todo caso, hablar de mayor o menor grado de dificultad para interpretar una norma jurídica, pero nunca de la posibilidad de prescindir de hacerlo, de tal modo que existirá siempre la ineludible necesidad de la interpretación de la norma jurídica. La Ley se ha creado con el fin de que se aplique a los casos expresamente previstos por ella, sin embargo, en ocasiones surgen dudas e incertidumbre en lo tocante a su interpretación, y es en estos supuestos, cuando nace la necesidad de extraer del texto su sentido propio. Los medios de que el operador jurídico se sirve para llevar a cabo este proceso, son substancialmente cuatro: filológico o gramatical, lógico, histórico y sociológico. El artículo 10 del Código Civil, contempla estos cuatro elementos: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”*. Estos conceptos mantienen plena vigencia en la medida en que atienden a una interpretación sistemática o lógica de las normas. Al respecto, conviene recordar, como tesis de principio aplicable a todas las ramas del derecho, que este método de interpretación: *“[...] supone que el orden jurídico es un sistema, y, por ello, que los postulados que estudiamos son los primeros principios interpretativos: su plenitud*



*hermética (sistema cerrado) y su coherencia (falta de contradicciones); por lo demás, precisamente por lo apuntado, no estudia las reglas como manifestaciones singulares del 'legislador', en su significado aislado, sino que eleva a categoría de principio la necesidad de relacionar cada regla con las demás vigentes en un orden jurídico, de modo tal de suprimir las incoherencias e, incluso, las lagunas. Bien entendida, la interpretación jurídica no es, para este método, sino búsqueda de los segmentos de la ley, de las oraciones que entran en combinación para construir la norma que solucione el caso [...]" (MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 2002, Segunda Edición, pp. 237). No está demás agregar que en materia de derecho público, la interpretación se ve marcada por el interés público, como sumatoria de los intereses colectivos de la sociedad (que difiere del interés político del momento), así como por el principio de legalidad. Al final de cuenta esos principios rectores son determinantes para saber cuál es la orientación que se da al acuerdo que une a las partes, que dista sustancialmente del derecho privado, como venimos argumentando.*

**IX. SOBRE LAS BASE DEL ACUERDO QUE UNÍA A LAS PARTES** . Para resolver este conflicto debemos tener presentes los principios que rigen la materia de los contratos y en especial la **contratación administrativa** tal y como lo expresa Carbonier: "La naturaleza del contrato no convierte la obligación de buena fe en un deber jurídico predicable de una especialidad determinada, sino que sugiere los condicionamientos a que, en cualquier caso, su estimación debe someterse. De ahí se sigue que ninguna de las partes puede atenerse a la letra del contrato para eludir el espíritu del mismo. La inobservancia del deber de buena fe es un fraude a la *lex inter partes*, por cuanto trata de desviar el alcance jurídicamente debido a los términos en que el contrato se fijará (...) La ley del contrato (al igual que la del Estado) debe aplicarse conforme a su espíritu, que se presume racional y equitativo...". (Carbonier, Jean. *Derecho Civil*, Tomo II, Volumen II, Bosch, Casa Editora, Barcelona, 1960, Pág. 397), en ese mismo sentido se pronuncia el Dr. Víctor Pérez Vargas, "...El principio de buena fe desarrolla su relevancia en la fase de actuación de la relación obligatoria, influyendo sobre sus modalidades concretas **y más específicamente, imponiendo al Tribunal la valoración de los hechos ocurridos no sólo sobre la base del mero criterio formal, sino en función de las exigencias reales que las circunstancias del caso puedan manifestar.** De lo dicho hasta el momento deriva la consideración del principio de la buena fe como instrumento para la concreta realización del principio de conveniencia del efecto al hecho, como la solución debe ser conveniente al problema. El principio de la buena fe -se ha dicho- sirve para tener advertido al juez de la necesidad de que, para la valoración de los comportamientos de los sujetos en la fase de actuación de la relación obligatoria él realice la indispensable conexión entre las disposiciones particulares del contrato y las directrices ético-sociales de todo el ordenamiento. Por medio de un interpretación según buena fe, el Juez, valorando en el cuadro de los principios

generales del ordenamiento, el juego de los intereses de las partes y sus recíprocas posiciones en las que la situación está destinada a operar, **deberá atribuir al contrato el significado que mejor responda al principio de igualdad**, del cual la regla de la buena fe representa una de las más relevantes expresiones y uno de los más eficaces medios de actuación. Hemos referido el principio de la buena fe también a la fase de actuación de la relación obligatoria...la buena fe no opera solamente en el momento de perfeccionamiento del contrato sino, principalmente, en su fase de ejecución...". Pérez Vargas, La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina. Revista Judicial No, 4, junio de 1977. Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera. N, 415 de 9 y 55 horas del 29 de agosto de 1991. La letra negrita es suplida. Sobre el principio en estudio, en el citado voto 998-98 nuestra Sala Constitucional indicó: *"...en todo lo concerniente a la **contratación administrativa**, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro"*. Como lo recalca la doctrina dominante, el convenio debe interpretarse y analizarse de acuerdo con el principio de la buena fe contractual que rige en esta materia, desentrañándose el verdadero sentido de lo estipulado en el cartel, siguiendo esa línea interpretativa y revisando el contenido del cartel, la documentación que consta en autos, como lo es el expediente administrativo, y la prueba testimonial, analizando toda la prueba en conjunto, conforme la sana crítica racional, se llega al convencimiento que la parte actora, no lleva razón en su reclamo, pues a criterio del Tribunal, no era obligación del ICE, utilizar las 300 horas de soporte técnico, por lo demás la empresa Xelas S.A, no cumplió con la prevención que le hicieron los personeros del ICE, de las fallas, (como que se requería implementar algunos cambios para la mejora del software adquirido, tales como la implementación del VMWare Data Recovery, con el fin de respaldar los equipos VMWare en conjunto con la solución de respaldo institucional del ICE Symantec Netbackup, asimismo, se le comunicó que se requería conocer cómo se definen los respaldos calendarizados en el caso de servidores y para los escritorios de usuarios, todo dentro de las horas de soporte contratadas), las cuales no fueron atendidas, ello está debidamente acreditado con la prueba documental y testimonial que aportó la Institución, con razón se ha expresado, que el Derecho no es una ciencia exacta, está dominada por la justicia y la moral. Debe quedar claro que el mencionado incumplimiento se torna un elemento tangencial, pues si la Administración quería dar por cumplido el vínculo ante dicha conducta antijurídica debió concurrir al procedimiento legal al efecto, lo que no fue invocado, argumentado ni probado. Si cotejamos la cláusula cartelaria no se establece una obligación de cancelar las horas sean estas utilizadas o no, eso no es posible extraer del acuerdo que formó las voluntades. Resulta obvio que cuando la Administración realizó el cartel consideró prudente las trescientas horas de soporte, las que en efecto pudieron haberse utilizado, más si la situación fáctica no se dio no existe una obligación correlativa de

pago de un servicio que no fue empleado. Comprende el órgano jurisdiccional que la empresa proyectó en su oferta las horas de soporte técnico, pero lo adquirido era software y el soporte era un requerimiento accesorio. Para asegurarse el ente público que si requería alguna colaboración para poner en ejecución optima el programa que no fuera necesario realizar otra **contratación**. En este caso, al margen de que no se dió el soporte técnico en la ocasión ya indicada, lo cierto es que no consta la existencia de reportes de asistencia que no fueron canalizados, si estos se hubieran dado y se hubieran probado fehacientemente, este órgano colegiado se inclinaria a pensar que existen actuaciones de mala fe de la demandada, violentando el equilibrio que debería reinar en el vínculo que unía a las partes. No existiendo prueba de esos reportes, la lógica a pensar es que ese servicio no fue requerido. Esperar un pago a partir de un servicio no entregado es ante todo un enriquecimiento sin causa. Se trataba de una mera proyección de posibles horas a ocupar, de manera que si se daban debían de cancelarse, pero en caso de no requerirse, no existe causa legal para requerir su pago. Debe recordarse que los jueces deben procurar la realización de una justicia sustancial, apegada a la médula de las cosas y no a fórmulas regidas. Consecuentemente, la solución justa de un litigio no es simplemente, como lo afirma el positivismo jurídico, el hecho de que ella sea conforme con la ley, es decir legal. En efecto, es muy raro que exista una manera de concebir la legalidad de la solución: es, ante todo, la idea previa de lo que constituirá una solución justa, razonable y aceptable la que guiará al juez en su búsqueda de una motivación jurídicamente satisfactoria. Por lo que el amparo de un derecho, en estrados, precisa de la aportación de prueba suficiente para convencer en su tesis y de la certeza de los hechos en los cuales se cimienta su demanda, en esa línea de reflexión como bien se sabe, todo proceso es una conjugación de pretensiones, argumentos y pruebas que se mezclan para generar una solución en concreto, frente a un caso determinado. Así, las normas son descripciones genéricas, que permiten en abstracto resolver las controversias ante conductas humanas, mientras las pruebas son el soporte material para determinar qué hechos ocurrieron y sobre esta base, fijar cuál de las diferentes normas resulta aplicable frente a cada caso en concreto. Es de recordar sobre el particular, que el ordenamiento genera diferentes supuestos, algunos de ellos con presupuestos fácticos cercanos entre sí, pero con efectos jurídicos diversos; de tal suerte, que la determinación del cuadro fáctico en concreto, que se está conociendo, resulta determinante para establecer la norma en específico, que es atinente para el conflicto que se conoce. La prueba es entendida como *“la actividad que desarrollan las partes con el tribunal para llevar al juez a la convicción de la verdad de una afirmación”*. (Pietro Castro, Derecho Procesal Civil -Manual, Editorial Librería General, 1955, tomo i, p.285.). Es de tener en cuenta que: *“las simples alegaciones procesales no bastan, para proporcionar al órgano jurisdiccional, el instrumento que éste necesita para la emisión de su fallo, requiere de apoyos...”*. (Carnelutti, Francesco, Instituciones de Derecho Procesal Civil, México: Harla, 1997, t. 1, p.257). De esa manera los medios de prueba,

son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso a la reconstrucción de los hechos acontecidos en “la pequeña historia” que es pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso y los instrumentos regulados por el derecho, para la introducción en el proceso de las fuentes de prueba. Visto así, son instrumentos de intermediación requeridos en el proceso, para dejar constancia material de los datos de hechos. Se tratan en efecto, de un concepto esencialmente jurídico, que permite al juzgador, realizar la integración del silogismo categórico a partir de hechos, que bien pueden ser probados o no probados. Ahora bien, para este Tribunal la compañía Xelas S.A, no logró probar o acreditar que el ICE tenía que pagar la totalidad de las 300 horas proyectadas en el cartel, que hubiera alguna modificación por parte del ICE del objeto contractual, que el ICE dentro del período del contrato hubiera generado incidencia o tenía la necesidad de utilizar el soporte técnico contratado de ellos, que las fallas señaladas y prevenidas a la actora no eran parte del objeto del contrato, que no se le hayan cancelado las horas laboradas, que es el pago de \$7850 dólares, la única prueba que aportó la actora en apoyo de su narración que realiza en la demanda, es la prueba documental que consta en el expediente judicial, que de modo alguno hace constar, que el ICE estaba obligado al pago de la totalidad de las 300 horas aún en el supuesto de no haberlas brindado, y la totalidad de las horas laboradas por Xelas S.A, fueron debidamente canceladas por el ICE, por ello, al no aportar los elementos probatorios suficientes para acoger su teoría, con prueba suficiente e idónea, con la cual haya demostrado que hubo responsabilidad por parte del ICE. Al contrario, la Institución demandada si logró acreditar con prueba documental y testimonial, que el no pago parcial de las 300 horas acordadas se debió, a que el contrato alcanzó su fin , todo sin perjuicio de que no existe prueba alguna que haga pensar la existencia de retención de reportes o algo semejante, que hiciera pensar en la existencia de mala fe por parte del ente público. Por el contrario, todo parece enrumbar a que el sistema trabajo según debía y que no fueron necesarios más soportes técnicos, lo que llevaría aparejado que era innecesario solicitar el apoyo de la empresa y que no existe adeudo alguno que saldar. Dichas obligaciones surgen de un principio de buena fe en la **contratación**, mediante el cual, las partes, tienen como norte en el cumplimiento de sus obligaciones, un deber de cumplimiento y colaboración mutuos. Reiteramos que la empresa actora no demostró que el ICE tenía la obligación de pagar las 300 horas, aún en el supuesto que no se hubieran utilizado, por ende no demostró que el ICE le quedó debiendo la suma de \$7.850, como consecuencia del contrato administrativo, que se describió en la petitoria, no habiéndose aportado las piezas probatorias necesarias para fallar a su favor, o bien por falta de prueba adecuada, pues solamente tenemos el dicho que la actora, por otro lado la prueba documental que señala la parte actora no respalda su teoría del caso, esa circunstancia hace que no sea suficiente y viable para conceder lo solicitado por la actora, pues repárese que sobre este tema de eminente carácter procesal señala Falcón que: “...la carga de la prueba es el imperativo, o el peso que

tienen las partes de recolectar las fuentes de prueba y actividad adecuadamente para que demuestren los hechos que le corresponda probar a través de los medios probatorios y sirve al juez en los procesos dispositivos como elemento que forma su convicción ante la prueba insuficiente, incierta o faltante". (Falcón, Enrique, Tratado de la Prueba, Buenos Aires, Astrea, 2003, Tomo I, p.247), opera el aforismo romano "iude secundum allegata et probata partium decidere debet". No basta solo afirmar, básicamente se debe probar. En este caso se resalta que la actora no cumplió con este principio, pues no probó que la suma reclamada se debiera a la obligación contraída en el contrato administrativo o bien a algún incumplimiento del contrato por parte del ICE, por ello determina este órgano judicial que la balanza se debe inclinar a favor de la tesis, que resulte de ese escrutinio más creíble y acorde con el caso sometido a esta jurisdicción, y ella es la que presentó la parte demandada, de manera que la tesis del apoderado de la sociedad actora no puede tener cabida en esta jurisdicción para condenar al ICE al pago de la supuesta deuda que reclama, se insiste que las fallas reportadas a la empresa actora mediante correos electrónicos de los días 13, 20, 24, 28, de enero del 2011, cuya documentación consta en el expediente administrativo y que está subsumida en el expediente judicial, mantiene su presunción de verdad, resistencia y potencialidad probatoria, hasta tanto la parte actora no la desacredite con prueba al menos de igual linaje, situación que no ocurrió en este asunto, además la misma prueba documental existente no patrocina la tesis que presentó la parte actora por el contrario como lo sostiene el dictamen legal visible a folios 1 y 2 del expediente judicial, en cuanto a la forma de pago, señala que: **"el pago de las horas de soporte será de acuerdo a la necesidad del ICE...el oferente debe ofrecer 300 horas de soporte, las cuales serán acumulables durante el período del contrato, esas horas serán utilizadas a conveniencia del ICE, previa coordinación con la empresa adjudicada..."**

Amén que la carga de la acreditación de esos rubros, le corresponde al que lo reclama, al tratarse de un hecho constitutivo de su pretensión, la ley procesal impone en quien alega la carga de la prueba, conforme a la cual todo aquel que alegue para sí la existencia de un derecho o de un hecho, respecto al cual pretenda derivar alguna situación jurídica o la concreción de ese derecho, está llamado –y obligado- a demostrarlo; esta obligación se resume en el aforismo procesal *onus probandi*, conforme al cual el que alega debe probar, desde ese abordaje en cada acción debe probarse todo aquello que forma parte del presupuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas, según se explicó supra, la empresa actora, no ofrece prueba idónea, que acredite en forma eficiente el derecho al pago de esas sumas económicas, y lo expresado en la demanda, son conjeturas no acuerpadas en acreditaciones de orden fáctico o técnico. Cabe decir que tal y como ha señalado la Sala Primera: "La prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio". Ello implica la probanza de toda afirmación enunciada por la parte, porque

se inmiscuye el interés de cada una de ellas. En nuestro sistema impera el aforismo *judex secundum allegata et probata partiun decidere debet*. Existen diversos principios propios de la prueba, entre ellos se encuentran, 1) la libertad probatoria: las partes podrán ofrecer todos los medios de prueba lícitos, obtenida legítimamente conducente a demostrar o negar los hechos o para afirmar o contradecir las pretensiones de la demanda, 2) la carga y exención: es el viejo y conocido principio de imponer la prueba a quien alegue un hecho o una pretensión y, si alega su inexistencia, modificación o extinción, también deberá probarlo, 3) validez: la prueba se admitirá si tiene relación directa con los hechos y el objeto de la pretensión y se rechazará aquella impertinente, abundante, inconducente, innecesaria, dilatoria, ilegítima o ilegal o cuando se refiere a hechos evidentes o notorios, 4) deber de declarar e informar: cuando sean ofrecidos como prueba, los testigos, los peritos y las partes, tienen el deber de declarar, igualmente los funcionarios públicos tienen esa obligación respecto de informes y certificaciones, comprometiéndose a decir verdad sobre los hechos y 5) contra prueba: toda prueba admite prueba contraria". (Voto No. 001245-F-01 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las 11:00 horas del 21 de diciembre del 2001). Del juego lógico y armonioso de las pruebas que constan en el proceso, en definitiva, no consta en autos la debida acreditación de que el ICE debe cancelarle la suma de 78.5 horas debidas en razón del contrato suscrito, y como consecuencia de lo anterior se deba condenar al ICE al pago de \$7.850 dólares más sus intereses legales, y al pago de ambas costas de esta acción, junto a la indeterminada relación causal de un hecho indemostrado, presuponen la necesaria desestimación de las sumas que intenta cobrar la parte actora, recuérdese que una de las características propias de la "satisfacción jurisdiccional" es la de ser objetiva, esto es que a la "jurisdicción" no le ha de interesar la satisfacción o insatisfacción psicológica de los litigantes, sino sólo la satisfacción del ordenamiento jurídico, por todo lo anterior, se declara sin lugar la demanda, pues aplicando lo anterior a la especie fáctica de este proceso, no cabe otra cosa que concluir que el representante de la parte demandada no ha actuado de buena fe, al desacatar las prevenciones que hiciera el ICE como parte de esa relación contractual, motivo por el cual no puede recibir la protección del Ordenamiento Jurídico.

**X. SOBRE LAS PRETENSIONES DEL PROCESO** . De conformidad con las pretensiones formalmente establecidas, modificadas solamente en cuanto a la tasa de los intereses, en la audiencia preliminar y reproducida fielmente al momento de que la parte actora emitiera sus conclusiones. La empresa XELAS S.A, presenta prueba documental para acreditar la terminación del contrato que ella suscribió con el ICE, según lo expone, que en forma sorpresiva el ICE decidió terminar la relación contractual, consecuencia de lo anterior cobra al ICE la suma de \$7.850 dólares. Por otro lado el ICE para desacreditar la versión que da la parte actora presenta prueba documental y testimonial. La principal función social del Derecho es la resolución del conflicto,

tomando en cuenta las circunstancias y los pormenores del proceso, se debe determinar cuál de las versiones contrapuestas, dadas por las partes, es la que amerita credibilidad por parte de este Tribunal. Por un lado tenemos la narración que hace el representante de la actora, quién manifiesta, que en forma sorpresiva el ICE decide terminar la relación contractual. Por otro lado el ICE niega alguna responsabilidad e indica que si bien es cierto, el período del contrato era por dos años y 300 horas de soporte técnico, el ICE no requirió la totalidad de las horas contratadas y asimismo si hubiera algún incumplimiento contractual es por culpa del contratista, al ser caso omiso a los reportes de fallas señalados a la empresa actora. Siendo así las cosas, se procede a examinar, los puntos controvertidos que contiene la pretensión, para llegar al fallo definitivo. Sobre las pretensiones que hace la parte actora, de que el ICE debe cancelarle la suma de 78.5 horas debidas en razón del contrato. Básicamente el meollo de esta demanda es determinar el contenido de la **Contratación** Directa suscrita entre la actora y el Instituto, además determinar si le asiste razón jurídica o no a la parte actora en reclamar 78.5 horas al ICE como parte del convenio. Se puede decir, que la actividad probatoria tiene dos vertientes fundamentales, respecto de las partes que intervienen en el proceso, que consiste en la capacidad de demostrar lo que se está afirmando; y respecto del juez, que se traduce en el convencimiento de que los hechos alegados son ciertos a través de los medios probatorios (Arguedas Salazar, Olman, Comentarios al Código Procesal Civil. Editorial Juritexto. Segunda edición actualizada. San José. Costa Rica. 2002. p. 141.) La doctrina (Ídem, pp. 145 y 146) ha diferenciado entre medios de prueba, medios de convicción y medios de demostración, entendiendo por los primeros aquellos que sirven para acreditar determinados hechos, entre los que se ubican los documentos, registros, poderes, títulos; por los segundos, los que coadyuvan a inclinar el criterio del juez, (declaraciones de las partes y testimonios); y por los terceros, aquellos donde se demuestra directamente al juez determinadas circunstancias de importancia en el proceso, como el reconocimiento, la prueba pericial y la prueba científica. Siendo así examinemos las argumentaciones y pruebas aportadas por las partes. La empresa actora reclama al ICE el pago de la suma de \$7.850 dólares, pues según ella en la **Contratación** Directa No. 2009CD-001171-PROV el pago equivale a 300 horas a un valor por hora de \$100 dólares, manifiesta que si bien el ICE no las utilizó en el período acordado, aún así tenía que pagarle las 300 horas contratadas. Un aspecto carente de discusión entre las partes es la ausencia de utilización por parte del ente público de las horas en consideración, sobre ese aspecto existe pleno acuerdo entre las partes. Si nos quedamos con la narración que exterioriza la parte actora, tendría que concluir que lleva razón en su reclamo, sin embargo el representante del Instituto indica en la contestación de la demanda, que el no pago de la totalidad de las 300 horas acordadas en la **Contratación** Directa se debió a la terminación normal del contrato, en donde el ICE no estaba obligado a utilizar las 300 horas como se expuso en el contrato. De la lectura de la relación contractual no es posible establecer en ningún sentido que existiera una obligación de cancelar horas no

utilizadas, esa posición muy cómoda para el contratista, no logra deducirse de ninguno de los elementos del expediente administrativo de la **contratación**. Tampoco es posible establecer que el ente público haya recibido reportes de averías y que de una forma mal intencionada haya retenido estos, no se los hubiera pasado a su contraparte o en general que de alguna forma estuviera generando conductas contrarias a la buena fe contractual, de forma tal que las horas no se pagaran por mala fe. No esta demás señalar que en materia contractual la buena fe se presume, mientras que la mala fe se prueba, y en este caso no existe prueba en ese sentido. Es criterio del órgano jurisdiccional que se esta realizando una lectura por parte de la sociedad actora muy cómoda a sus intereses, pero carente del correspondiente elemento probatorio. Solo ese aspecto, determina por sí la falta de derecho manifiesta que se presenta en el caso y la necesidad de declarar la demanda sin lugar en todos sus extremos; pese a esto y a mayor abundamiento, no esta demás indicar que se logró acreditar que el ente público hizo un reporte de fallas, que consistieron en lo siguiente: a) Que mediante correo electrónico de las 9:14 horas del jueves 13 de enero del 2011, el ingeniero Mauricio León Calvo funcionario de la dependencia Soporte Técnico de la Dirección Infraestructura de Servicios TIC de la División de Información Corporativa del ICE, le reportó a la empresa XELAS S.A, que se requería implementar varios cambios para la mejora del software adquirido, tales como la implementación del VMWare Data Recovery, con el fin de respaldar los equipos VMWare en conjunto con la solución de respaldo institucional del ICE Symantec Netbackup, asimismo se le comunicó que se requería conocer cómo se definen los respaldos calendarizados en el caso de servidores y para los escritorios de usuarios, todo dentro de las horas de soporte contratadas, (folios del 115 al 117 del expediente administrativo de la **Contratación**). b) Como respuesta al reporte indicado, la empresa contratista mediante correo electrónico señala expresamente el 13 de enero del 2011, que "(...) este correo es para confirmar que recibimos su solicitud, un representante de soporte de Xelas estará en contacto con usted". Sin embargo, como seguía sin atender el reporte, mediante correo electrónico de las 4:26 p.m. del 20 de enero del 2011, el funcionario Mauricio León nuevamente le indica a la empresa que no se tiene respuesta a la solicitud, por lo que se requiere que se contacten a la mayor brevedad posible, (folios 118 y 119 del expediente administrativo de la **contratación**), c) Mediante correo del 24 de enero del 2011, la señorita Verónica Chavarría Chavarría CCA de la División de Información Corporativa, recomienda al área técnica administradora del contrato, contactar telefónicamente a la empresa, toda vez que, la solicitud de reporte hecha por el ICE aún no había sido atendida, d) De acuerdo al correo electrónico del 28 de enero del 2011, el señor Carlos Palacios Vado de la dependencia Soporte Técnico de la Dirección Infraestructura de Servicios TIC de la División de Información Corporativa del ICE, señala que dando seguimiento al caso, se logró un contacto telefónico con el señor James Carrier Gerente de la empresa y se le reiteró que existía un reporte abierto que no había sido atendido, obteniéndose como respuesta que Carlos Luna, (*empleado de*



*la empresa Xelas S.A, que tenía a cargo brindar el soporte al ICE) ya no laboraba más para la empresa Xelas y que se estaba buscando a una nueva persona que supliera el servicio demandado. Por lo demás, vistas e interpretadas adecuadamente las estipulaciones contractuales, a criterio de este órgano jurisdiccional y conforme con el elenco probatorio, todo parece indicar que la empresa actora ni siquiera logró reponer el técnico necesario para conocer de las averías que se fueran presentando, lo que con mayor razón haría improcedente cualquier pago; al tratarse de un abuso del derecho y un beneficio injustificado. No esta demás agregar, que el contrato era por un tiempo determinado, y al transcurrir este sin más reportes, el acuerdo expiro de manera normal, sin que se necesitar a n la totalidad de las 300 horas.*

**XI. DISPOSICIONES FINALES.** Acorde a los citados preceptos, en toda relación contractual, viene impuesto por un principio de justicia estricta, que, a nivel del ordenamiento jurídico, se inspira en las exigencias de la buena fe, que han de presidir las relaciones humanas en su proyección a la vida jurídica. Lo contrario, supondría, sin duda, incurrir en un abuso del derecho, así como propiciar un enriquecimiento injusto. En el sub lite, mediante la interrelación lógica y coherente de las probanzas no demostró con prueba fehaciente la compañía actora, alguna actuación ilícita del ICE, tal y como lo explica en el punto quinto de su contestación al indicar que: "El ICE en ningún momento dio por terminada la relación contractual con la empresa contratista de forma anticipada, lo que sucedió fue que al no tenerse comunicación con la empresa (por cuanto ésta no atendió las solicitudes de soporte que el ICE le pidió), el ICE no volvió a hacer más solicitudes de soporte y transcurrió el tiempo hasta finalizar la vigencia del contrato, quedando un saldo de horas sin consumir...". Cabe acotar, que la terminación normal del contrato y que el ICE no requirió la totalidad de las 300 horas de soporte técnico, fue acreditado con la prueba documental y el testimonio Carlos Palacios Vado y Ana Leonor Molina Rojas, pruebas que no fueron desvirtuadas por la Empresa Xelas S.A, por ende, a la luz de las reglas de la lógica y la experiencia humana, y de todo el elenco probatorio que consta en autos, tanto testimonial, como documental, emergen elementos de convicción, suficientes para concluir con el grado de certeza requerido, de que en lo medular, la hipótesis fáctica presentada por el ICE, es verosímil y fue debidamente acreditada en este proceso, por otra parte la tesis que presentó la parte actora, adolece de orfandad de prueba servible para desacreditar la prueba eficiente que presentó el ICE, es decir, la parte actora, no aportó material probatorio apto, para comprobar de manera indubitable, que el ICE, debió pagar las horas reclamadas, véase que no aporta el interesado, según la correcta interpretación del numeral 82 Código Procesal Contencioso Administrativo el necesario acervo probatorio, que fundamente sus afirmaciones. Por ende, quien argumente una situación determinada, llámese acción o excepción, según la parte que corresponda, debe de aportar los elementos probatorios de su dicho; en otros términos, el principio de idoneidad de la prueba, en cuanto deben guardar íntima relación con las

situaciones o circunstancias que se pretenden esclarecer respecto de las pretensiones específicas de la parte. Las pruebas en el derecho procesal siempre van a buscar cómo fue que en realidad ocurrieron los hechos. De lo anterior se desprende que alguien debe aportar a los autos esa prueba, la doctrina sostiene que los obligados a presentar las pruebas son las partes, situación que se ve reflejada en la ley, ya que el ordenamiento jurídico, establece la obligación de la parte, que cuando afirma un hecho, se encuentra obligado a demostrarlo, es decir, se deben demostrar los hechos que le vengán a dar sustento a la pretensión. Los artículos 82 y 83 *ibídem* señalan los diferentes medios de prueba, los cuales son amplios para que las partes puedan cumplir con la exigencia legal de demostrar los hechos que se afirman. Lo anterior implica que no basta con alegar una serie de hechos, sino también deben ser demostrados en forma idónea y fehaciente, para que puedan ser acogidas jurídicamente las pretensiones de las partes. El objeto de la prueba es aquello que se busca probar, y que se relaciona íntimamente con el interés de las partes dentro del proceso.

**XII. Sobre los Intereses:** Al no haber sido acreditados por la actora los hechos expuestos en la demanda, es obvio que se debe denegar el pago de los intereses intentados. No está demás recordar que los intereses son los frutos civiles de una obligación dineraria, de manera que no habiendo logrado acreditar la obligación principal resulta imposible otorgar la accesorio. Procediendo el rechazo de los mismos. Al final de cuentas el interés es una pretensión derivada o accesorio, habiendo rechazado la principal, esta debe seguir la misma suerte.

**XIII. ANÁLISIS OFICIOSO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA DEMANDA:** Consecuentemente, no le asiste el derecho invocado a la actora en sustento de sus pretensiones y por consiguiente debe rechazarse la acción en todos sus extremos, pronunciando que se emite debido a que aunque la accionada se opuso a la acción, no alegó la excepción de falta de derecho, por lo que debe analizarse oficiosamente el derecho, la legitimación y el interés. Tesis que se sustenta en la reiterada jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (entre otros el Voto 48 de las 14:00 horas del ocho de julio de 1994, así como el fallo de la antigua Sala de Casación número 34 de las 10:20 horas del 22 de marzo de 1961, que impone el revisar de oficio los presupuestos de una sentencia estimatoria, como lo son el interés, la legitimación y el derecho. De este modo, realizado de oficio el análisis indicado, y a la luz del estudio de fondo efectuado, se determina que el derecho no le asiste a la empresa gestionante, en mérito de lo cual se rechazó su pretensión. Acorde a ello, si bien hay una clara legitimación tanto activa como pasiva en razón de la relación jurídica material aquí discutida, que versa sobre una **contratación administrativa**, gestiona con el objeto de obtener el pago de \$7.850 dólares más sus intereses legales y le asiste el interés actual, dado que se trata de acontecimientos cuya discusión es vigente y actual, no le acompaña la fuerza del derecho en sus pretensiones.”

## 2. Fiscalización de la Contratación Administrativa

[Sala Constitucional]<sup>vi</sup>

Voto de mayoría

### MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD.-

El reclamo de los accionantes está relacionado con la autorización al INS para contratar directamente agencias comercializadoras de seguros, concedida por la Dirección General de **Contratación Administrativa** de la Contraloría General de la República mediante el oficio número 11693/95 de la Dirección General de **Contratación Administrativa** de la Contraloría General de la República, 1257-95, de dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y cinco por violación a los artículos 182 y 184 de la Constitución Política, específicamente porque a su criterio:

- a. El artículo 182 prohíbe la figura de la **contratación** directa.
- b. El artículo 2 inciso h) de la Ley de **Contratación Administrativa** permite a la Contraloría General de la República autorizar contrataciones directas, sin tomar en cuenta otros factores tales como el monto del negocio.
- c. La autorización que concede la Contraloría General de la República para contratar en forma directa, la convierte en administración activa, en violación al artículo 184 de la Constitución Política.

### PLANTEAMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES INFORMANTES.-

La Procuraduría General de la República y el Instituto Nacional de Seguros cuestionan la legitimación de los accionantes para acudir directamente a la vía de acción y no contar con un asunto pendiente de resolución que sirva de base para plantear la acción. En cuanto al fondo la Procuraduría General de la República respalda los motivos de inconstitucionalidad expuestos por los accionantes en cuanto dicen que el régimen de la **contratación** directa es violatoria del artículo 182 de la Constitución Política porque no se ajusta a los principios rectores de la licitación ordinaria y convierte a la Contraloría General de la República en administración activa. Por otro lado, la Contraloría General de la República y el Instituto Nacional de Seguros defienden la constitucionalidad de la **contratación** directa como excepción al procedimiento licitatorio, por cuanto la autorización que concede la Contraloría General de la República para este tipo de **contratación**, debe darse únicamente bajo circunstancias calificadas, esto es, cuando existan motivos de interés público y que se presente como la única forma de satisfacer el interés general o de evitar daños o lesión al interés público.

**Sobre la admisibilidad.** Contrario a la posición que asumen los informantes Procuraduría General de la República y el Instituto Nacional de Seguros en relación con la legitimación de los accionantes Enrique Rojas Franco y Carlos Humberto Ubico Muñoz, que actúa, éste último, en representación de la Asociación Nacional de Agentes de Seguros (ANDAS), este Tribunal estima que éstos sí encuentran habilitada la vía directa de impugnación de las normas a pesar de que acuden sin asunto base en que hayan invocado la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, por pretender la defensa, **fiscalización** y control de los procedimientos de la **contratación administrativa**, donde están de por medio los recursos financieros del Estado. En relación con el tema de la legitimación para impugnar normas de la **contratación administrativa** sin necesidad de asunto previo, esta Sala, con base en los supuestos del párrafo segundo del artículo 75 de la ley de esta Jurisdicción mediante la sentencia 998-98 de las a las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, admitió las acciones acumuladas contra varios artículos de la Ley de la **Contratación Administrativa** y del Reglamento General de la **Contratación Administrativa**, número 25038-H de 7 de marzo de 1996, porque consideró innecesario exigir el asunto pendiente de resolución en que se hubiese invocado la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas para acudir a esta vía, por estar en presencia de intereses difusos, mediante los que se pretendía la defensa de las funciones de **fiscalización** superior de los actos de disposición de los fondos públicos. Situación similar a la que presentan los aquí accionantes puesto que acusan de inconstitucional un procedimiento de la **contratación administrativa** que involucra recursos financieros del Estado. Con base en lo expuesto, la acción se encuentra bien admitida.

#### **De la impugnación de normas derogadas.**

El artículo 96 de esa Ley de Administración Financiera de la República impugnado en esta acción, fue derogado mediante el artículo 111 “Disposiciones Derogatorias” de la Ley de **Contratación Administrativa** No.7494 de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, cuyo texto dispone: “ARTICULO 111.- Disposiciones derogatorias. Se derogan los artículos 88 a 98, 100 a 120 y 122 de la Ley de la Administración Financiera de la República, No.1279 del 2 de mayo de 1951”. Por otro lado, el numeral 212 del Reglamento de la **Contratación Administrativa** que es Decreto Ejecutivo número 7576-H, de tres de setiembre de mil novecientos setenta siete aquí cuestionado fue también derogado mediante el Reglamento a la Ley de **Contratación Administrativa**, que es Decreto Ejecutivo No.25038 de seis de marzo de mil novecientos noventa y seis. La Ley de Administración Financiera de la República, No.1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno fue derogada expresamente mediante el artículo 127 de la ley número 8131 del dieciocho de setiembre del dos mil uno, que es la **Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos**. Si bien, en principio, la eventual declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos cuestionados

que están derogados no tendría ninguna incidencia o efecto por haber perdido vigencia y por el hecho de que no existe un asunto base en que se haya aplicado la normativa cuya inconstitucionalidad se reclama; el análisis de los artículos cuestionados debe abordarse en este caso, pues la norma contenida en tales numerales ya derogados y que aquí se cuestionan, tienen continuidad normativa en los artículos 2 inciso h) de la Ley de la **Contratación Administrativa**, número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis y 83 del Reglamento General de la **Contratación Administrativa**; Decreto Ejecutivo número 25.038-H, de siete de marzo de mil novecientos noventa, que recogen la misma norma y que también impugnan los accionantes. De ahí que al mantener la norma su continuidad y vigencia en otras disposiciones de rango legal y reglamentario, procede la Sala a analizar su constitucionalidad.

#### **De la impugnación de los actos administrativos que no tienen alcance normativo.**

**Además de los artículos cuestionados de las leyes y reglamentos que regulan la contratación directa como modalidad de la contratación administrativa, los accionantes impugnan el** oficio número 11693, de la Dirección General de **Contratación Administrativa** de la Contraloría General de la República, 1257-95, de dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y cinco mediante el cual el órgano contralor autorizó al INS la **contratación** directa de entidades promotoras de seguros, con base en el artículo 96 inciso 5) de la Ley de la Administración Financiera y su Reglamento, ya derogado. Advierte este Tribunal que tal oficio es un acto administrativo de autorización para la **contratación** de un número específico de entidades promotoras de seguros, cuya validez no debe cuestionarse en esta vía de acción, por no tener alcance normativo y general sino que a lo sumo podría ser impugnado en la vía de recurso de amparo, con base en lo dispuesto expresamente en el inciso b) del artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en ese mismo sentido, ver sentencias esta Sala número 885-97 de las 15:24 horas del 11 de febrero de 1997). En consecuencia procede rechazar de plano la acción en relación con el oficio cuestionado de la Contraloría General de la República.

#### **DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONTRATACION DIRECTA COMO EXCEPCIÓN AL REGIMEN DEL PROCEDIMIENTO LICITATORIO.-**

En numerosas ocasiones este Tribunal se ha pronunciado en relación con el contenido del artículo 182 de la Constitución Política y a los principios constitucionales que de esta norma se derivan (en este sentido remite a las sentencias 2202-93, de las quince horas treinta y nueve del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y tres, 2633-93, de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres, 078-7-94, de las quince veintiuno de ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, 3348-95, de las ocho horas treinta minutos del veintiocho de junio de mil

novecientos noventa y cinco, 1205-96 de las nueve horas del quince de marzo de mil novecientos noventa y seis y 0998-98 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, entre otras). Específicamente en relación con el tema de las excepciones a los procedimientos licitatorios (**contratación** directa) que dispone el artículo 2 de la Ley de la **Contratación Administrativa**, que autoriza a la Administración Pública para contratar bienes y servicios mediante el procedimiento de la **contratación** directa, la jurisprudencia de este Tribunal se ha desarrollado en el sentido de que resulta constitucionalmente válido en determinadas circunstancias especiales, que se establezcan en el ordenamiento calificadas excepciones al régimen licitatorio, el que por sus especiales condiciones hacen que la realización de este tipo de concursos sea abiertamente incompatible con la consecución del fin público. El examen de conveniencia y oportunidad para acudir a estas figuras especiales de la **contratación** debe realizarlo la propia Administración, con apego a los límites de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad constitucionales. Es en tal sentido que mediante la sentencia número 6754-98 de las quince horas treinta y seis minutos del veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, la Sala dispuso que: “IV(...) el principio general que rige la **contratación administrativa** es que la misma debe verificarse mediante el procedimiento de la licitación pública, y sólo a manera de excepción a esta regla, es que puede justificarse la utilización de los procedimientos de **contratación** privada, entendiendo por tales la licitación por registro y la restringida reguladas de conformidad con las disposiciones de la Ley y, además, la **contratación** directa.” Añadió en esa misma oportunidad que, el artículo 182 de la Constitución Política no establece una prohibición absoluta para la Administración para utilizar el procedimiento de **contratación** directa como erróneamente sostienen los accionantes, sino que: “(...) la **contratación** directa encuentra su justificación en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, puesto que su principal característica es que procede en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible o sumamente difícil convocar a un proceso licitatorio ordinario, bajo la grave amenaza de ver comprometido el interés público”. Del precedente citado se infiere que la **contratación** directa es un procedimiento de excepción que por un lado tiende a garantizar el interés público, y por otro responde a necesidades muy puntuales que urgen ser satisfechas por medios más expeditos que el que ofrece el procedimiento licitatorio común, lo que debe procurarse en armonía con los supuestos expresamente dispuestos previamente en una norma de carácter legal. Más recientemente, mediante la sentencia 01-2660 de las quince horas veinticuatro minutos del cuatro de abril del dos mil uno, este Tribunal analizó la constitucionalidad de los artículos 96 de la Ley de la Administración Financiera No.1279 y 212 del Reglamento General de **Contratación Administrativa**, Decreto Ejecutivo No.7576-H, así como el inciso h) del artículo 2 de la actual Ley de **Contratación Administrativa** No.7494 y el artículo 83 de su reglamento, Decreto Ejecutivo No.25038-H aquí impugnados. En dicha oportunidad destacó que los principios derivados del artículo

182 constitucional son aplicables a toda la actividad contractual de la Administración y la **contratación** directa se presenta como una de las excepciones válidas al procedimiento de licitación.

**De la autorización de contratación directa que concede la Contraloría General de la República a las administraciones públicas.**

El artículo 2 inciso h) de la Ley de la **Contratación Administrativa** impugnado excluye de los procedimientos de concursos establecidos en esa ley las actividades que, mediante resolución motivada, autorice la Contraloría General de la República, cuando existan suficientes motivos de interés público y sin necesidad de una ley que lo autorice. El accionante pide se declare la inconstitucionalidad del citado inciso h) porque a su criterio tal autorización excede las atribuciones constitucionales de la Contraloría General de la República. Previo a abordar el tema de si es constitucionalmente válido o no que la Contraloría autorice la **contratación** directa sin contar con un supuesto previamente establecido en la ley, debe precisarse que la Contraloría General de la República ejerce una función fiscalizadora que incluye potestades de control concretas, algunas contempladas en la Constitución, otras atribuidas por la ley, conforme lo autoriza el inciso 5) del artículo 184 de la Constitución Política. La función del órgano contralor es de **fiscalización** y vigilancia de la hacienda pública, lo que involucra directamente los procedimientos de la **contratación administrativa**, según lo dispuesto expresamente en los artículo 182 y 183 de la Constitución Política y en su Ley Orgánica (sobre la competencia del órgano contralor se remite a la resolución No.998-98). Es oportuno advertir que este Tribunal, mediante la sentencia 2201-2260 de las quince horas veinticuatro minutos del cuatro de abril del dos mil uno, expresó en relación con los procedimientos de **contratación**, que éstos procedimientos tienen un carácter instrumental de frente a la satisfacción de los intereses públicos, por lo que no es factible prever de manera taxativa en un cuerpo normativo todas las posibles causales que en determinado momento y bajo ciertas circunstancias dan lugar al caso de excepción, sea cuando el procedimiento de licitación no permite satisfacer el interés general o bien la **contratación** directa es la única posibilidad de evitar daños o lesiones a los intereses públicos. Esa necesaria flexibilidad justifica la hipótesis consagrada en el inciso h) del artículo 2 de la Ley de **Contratación Administrativa** y 83 de su reglamento, mediante las que se atribuye a la Contraloría la función de autorizar mediante resolución debidamente motivada, la **contratación** directa en los supuestos no previstos expresamente en la ley, potestad que es desarrollada en su respectivo reglamento. Se trata entonces de una posibilidad limitada, cuyo ejercicio se encuentra atado no sólo a los múltiples principios generales que se derivan del artículo 182 de la Constitución, según lo ha desarrollado la jurisprudencia de esta Sala, sino también a las normas legales y reglamentarias que se encargan de delinear esta posibilidad que puede demandarse en ciertos casos muy concretos cuyos elementos y circunstancias no es posible preverlos a nivel de norma

general. Es así como el artículo 75.2 del Reglamento de **Contratación** dispone expresamente que toda "la actividad contractual excluida legalmente de los procedimientos ordinarios de **contratación** deberá adaptarse en todos sus extremos a los principios generales, los requisitos previos, los derechos y obligaciones de las partes, los controles y el régimen general de prohibiciones y sanciones previstos en la Ley de **Contratación Administrativa**, y se encontrará sometida, en general, a la **fiscalización** superior por parte de la Contraloría General".

#### **De la naturaleza de la función de la Contraloría General de la República en el procedimiento de la contratación directa.**

Acusan además los accionantes que la participación de la Contraloría General de la República, en cuanto autoriza a la Administración para contratar directamente implica coadministrar, lo que resulta contrario a su naturaleza que es únicamente fiscalizadora. En el mismo sentido expuesto mediante la sentencia 01-2260 se reitera que del análisis del artículo 83 del Reglamento General de **Contratación Administrativa** se tiene que: "la formación de la voluntad **administrativa**, así como la planificación que ello conlleva en sus distintas etapas recae bajo la responsabilidad de la Administración. Es ésta la que identifica y determina la necesidad de contratar, la disponibilidad presupuestaria y la imposibilidad de seguir un procedimiento concursal. Es en el ámbito de la administración activa en el que se valoran los criterios de oportunidad y conveniencia que pueden intervenir en la **contratación** de que se trate. Tan es así que la solicitud que se plantea ante la Contraloría para su aprobación debe contener una justificación detallada de las circunstancias que provocan que la utilización de los procedimientos ordinarios no sea conveniente, y debe detallar la forma en que se tiene previsto seleccionar al contratista (véase artículo 83.3 del Reglamento General de **Contratación Administrativa**).” Es del examen del procedimiento para la autorización de la solicitud de **contratación** directa, que desarrolla el artículo 83 del Reglamento General de la **Contratación Administrativa** que se desprende que: a) es iniciativa de la propia Administración solicitar de manera razonada la autorización de la **contratación** directa a la Contraloría General de la República; b) el órgano contralor, como consecuencia de la atribución legal conferida mediante el artículo 2 inciso h) de la Ley de la **Contratación Administrativa** procede a examinar la solicitud de **contratación** directa, examen que implica entre otros aspectos, analizar si los recursos presupuestarios que la Administración licitante expone en su solicitud, son suficientes para hacer frente a las eventuales erogaciones y evaluar si existen razones suficientes para considerar que la **contratación** directa es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general, o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos. Estas últimas consideraciones permiten concluir a este Tribunal, por un lado que el trámite de autorización de la **contratación administrativa** es resultado de la función de control y **fiscalización** de la Contraloría General de la República, en relación con las solicitudes para contratar a través de un



mecanismo excepcional de **contratación**, que formulan las administraciones públicas. Por otro lado, este control previo constituye una garantía en materia de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado para la correcta utilización de los fondos públicos, en aras de la satisfacción del interés público (Sobre los controles en materia de **contratación administrativa** que ejerce la Contraloría General de la República, ver además las sentencias No.2398-91, de las quince horas veinte minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno y No.5445-99 de las catorce horas con treinta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve).

**Conclusión.** Con base en los precedentes citados y razonamientos expuestos en relación con el tema de la **contratación** directa, este Tribunal reitera que la norma que recoge el artículo 2 inciso h) de la Ley de **Contratación Administrativa** y el numeral 83 del Reglamento General de la **Contratación Administrativa**, que como se indicó son norma eco de los ya derogados artículos 96 de la Ley de Administración Financiera de la República y 212 del Decreto Ejecutivo número 7576-H, de tres de setiembre de mil novecientos setenta siete, en el tanto establecen y regulan el marco competencial de la Contraloría General de la República para autorizar contrataciones directas a las administraciones públicas; si bien fijan una excepción al procedimiento común de la licitación, no se oponen a lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política. Debe la Contraloría General autorizar ese tipo de **contratación** con apego al procedimiento establecido en el Reglamento General de la **Contratación Administrativa** y dentro de los límites de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad constitucionales, correspondiendo por su parte a la Administración licitante conciliar el trámite del procedimiento de **contratación** directa con los postulados de utilidad, justicia, igualdad y no discriminación, entre otros, todos de la **contratación administrativa**. Consecuente con lo anterior, procede declarar sin lugar la acción en cuanto a los artículos de las leyes y reglamento cuestionados y rechazar de plano la acción en cuanto al oficio de la Contraloría General de la República impugnado.

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

---

<sup>i</sup> ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde 08/06/1995. Versión de la norma 21 de 21 del 26/02/2013. Publicada en: Gaceta N° 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.

<sup>ii</sup> PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde: 04/01/2007. Versión de la norma 9 de 9 del 17/01/2013. Publicado en: Gaceta N° 210 del 02/11/2006.

<sup>iii</sup> ROMERO PÉREZ, Enrique. (1999). **Derecho Administrativo General**. Editorial EUNED. San José, Costa Rica. P 380.

<sup>iv</sup> ROMERO PÉREZ, Enrique. (1999). **Derecho Administrativo General**. Editorial EUNED. San José, Costa Rica. P 383.

<sup>v</sup> TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 3 de las ocho horas con quince minutos del dieciséis de enero de dos mil trece. Expediente: 12-002824-1027-CA.

<sup>vi</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 3487 de las catorce horas con nueve minutos del dos de mayo de dos mil tres. Expediente: 98-007024-0007-CO.