



RÉGIMEN SANCIONATORIO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Contratación Administrativa.
Palabras Claves: Régimen Sancionatorio, Apercibimiento, Suspensión, Despido, Sala Primera Sentencia 1246-09, Sala Segunda Sentencia 839-12 y Tribunal Contencioso Administrativo Sección X Sentencia 28-09.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 05/09/2014.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
Sanciones a los Funcionarios Públicos	2
DOCTRINA	5
Comentario al Artículo 96 de la Ley de Contratación Administrativa	5
Apercibimiento Escrito	6
Suspensión Sin Goce de Salario	8
Despido Sin Responsabilidad Patronal	9
JURISPRUDENCIA	10
1. Artículo 96 de la Ley de Contratación Administrativa	10
2. Aplicación de los Artículo 96 y 96 de la Ley de Contratación Administrativa por Retraso del Tramite de Contratación	16
3. Artículo 96 bis de la Ley de Contratación Administrativa y Contratación Irregular	21

RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre el **Régimen Sancionatorio del Funcionario Público en la Ley de Contratación Administrativa**, para lo cual se toman como base los artículos 95, 96, 96 bis, 96 ter, 97, 97 bis y 98 de la Ley de Contratación Administrativa, siendo que la doctrina y jurisprudencia por medio de sus aportes se encargan de desarrollar los supuestos normativos anotados anteriormente.

NORMATIVA

Sanciones a los Funcionarios Públicos

[Ley de Contratación Administrativa]ⁱ

Artículo 95. **Sanciones a funcionarios cubiertos por prohibición.** Los funcionarios públicos cubiertos por la prohibición dispuesta en el inciso a) del artículo 22 de esta ley, que participen, directa o indirectamente, en un procedimiento de contratación administrativa incurrirán en una falta grave de servicio. La autoridad competente deberá conocer de esta falta y adoptar las medidas que correspondan. Si un diputado o un ministro infringe esta prohibición, se estará a lo previsto en el párrafo final del artículo 112 de la Constitución Política. Si alguno de los funcionarios contemplados en el inciso b) del artículo 22 de esta ley comete la infracción, incurrirá en causal de despido sin responsabilidad patronal.

(Así reformado por el artículo 1º, inciso m), de la ley N° 7612 de 22 de julio de 1996)

Artículo 96. **Otras sanciones.** Se impondrá la sanción de apercibimiento escrito, al funcionario que incurra en alguna de las siguientes infracciones:

a) No incorporar oportunamente, debiendo hacerlo, documentación atinente al expediente administrativo.

- b) Impedir o dificultar de manera injustificada el acceso a un expediente administrativo, de cuyo manejo o custodia esté encargado.
- c) No incluir en un informe o dictamen datos relevantes para el estudio de las ofertas, cuando se determine que los conocía al rendir su dictamen.
- d) Retrasar injustificadamente el trámite de pagos que deba cubrir la Administración a sus proveedores o contratistas.
- e) Retrasar de modo injustificado la recepción de bienes u obras.
- f) En general, incumplir los plazos que esta Ley prevé para el dictado o la ejecución de los actos administrativos.

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

- g) No atender ni responder a tiempo e injustificadamente una prevención hecha por la Contraloría General de la República en el ejercicio de sus funciones.
- h) Faltar al deber de diligencia esperada de sus condiciones personales y del puesto que ocupa, ya sea por culpa, imprudencia o impericia causando un daño real a los particulares o a la Administración, durante un procedimiento de contratación, siempre que la gravedad de las circunstancias y la cuantía del daño no ameriten una sanción mayor.
- i) No publicar el encargado de hacerlo, en el tiempo debido, el programa de adquisiciones según se dispone en el artículo 6 de la presente ley.
- j) No enviar a la Contraloría General de la República, en el plazo establecido, los informes mencionados en el artículo 101 de esta ley.

(Así reformado por el artículo 1º, inciso n), de la ley N° 7612 de 22 de julio de 1996)

Artículo 96 bis. **Suspensión sin goce de salario.** Se impondrá suspensión sin goce de salario hasta por tres meses, al funcionario público que cometa alguna de las siguientes infracciones:

- a) Incurrir, dentro de los dos años siguientes a la firmeza de la sanción respectiva, en nueva infracción de la misma naturaleza, pese a estar apercibido conforme a los términos del primer párrafo del Artículo 96.

b) Dar por recibidos bienes, obras o servicios que no se ajusten a lo adjudicado, sin advertirlo expresamente a sus superiores.

c) Recomendar la contratación con una persona física o jurídica comprendida en el régimen de prohibiciones para contratar establecido en el Artículo 22 de esta ley, siempre que haya conocido esta circunstancia antes de la recomendación.

d) Propiciar o disponer la fragmentación ilegal de operaciones, tramitando contratos que, por su monto, impliquen un procedimiento más riguroso que el seguido al dividir dichas operaciones o promover una contratación irregular.

(Así adicionado el inciso anterior por el artículo 3° de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006)

(Así adicionado por el inciso n) del artículo 1° de la ley N° 7612 de 22 de julio de 1996)

Artículo 96 ter. **Despido sin responsabilidad patronal.** Incurrirá en causal de despido sin responsabilidad patronal, el servidor público que cometa alguna de las siguientes faltas:

a) Incurrir, después de haber sido sancionado según los términos del artículo 96 bis, dentro de los dos años siguientes a la firmeza de la sanción respectiva, en una nueva infracción de las contempladas allí.

b) Suministrar a un oferente información que le dé ventaja sobre el resto de proveedores potenciales.

c) Recibir dádivas, comisiones o regalías, de los proveedores ordinarios o potenciales del ente en el cual labora o solicitárselas.

d) Hacer que la Administración incurra en pérdidas patrimoniales mayores que el monto equivalente a doce meses del salario devengado por el funcionario responsable en el momento de cometer la falta, si realiza la acción con dolo, culpa grave o negligencia en el trámite del procedimiento para contratar o en el control de su ejecución. El despido procederá sin perjuicio de la responsabilidad de indemnizar que deberá ejercerse.

(Así adicionado por el artículo 1º, inciso n), de la ley No.7612 de 22 de julio de 1996)

Artículo 97. **Sanción por recibo de beneficios.** Incurrirá en falta grave de servicio, sancionable de acuerdo con el régimen de la institución u órgano correspondiente, el funcionario público que participe en actividades organizadas o patrocinadas por los proveedores, ordinarios o potenciales, dentro o fuera del país, cuando no formen parte de los compromisos de capacitación, formalmente adquiridos en contrataciones administrativas, o no sean parte del proceso de valoración objetiva de las ofertas. Dentro del alcance de esta infracción, se incluye la asistencia a congresos, seminarios o cualquier otra actividad, por cuenta de un proveedor; excepto si forma parte de los planes de capacitación ordinarios o las actividades autorizadas expresamente por el superior jerárquico, en forma razonada, con la cual demuestre el beneficio para la Administración.

Artículo 97 bis.-**Exclusión del oferente.** Si las faltas referidas en los Artículos 96 ter y 97, se producen cuando se encuentra en trámite un procedimiento de contratación, el oferente que con su participación haya contribuido en esas infracciones, directa o indirectamente, será excluido del concurso o, en su caso, se anulará la adjudicación respectiva, independientemente de si existió favorecimiento.

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

Artículo 98. **Remisión al régimen disciplinario.** Cualquier otra irregularidad en que incurran los funcionarios públicos, en el curso de los procedimientos de contratación administrativa, será sancionada conforme al régimen de personal de cada órgano o ente.

DOCTRINA

Comentario al Artículo 96 de la Ley de Contratación Administrativa

[Calvo Castillo, A.]ⁱⁱ

Comentario: Con la entrada en vigencia del CPCA, la Sala Constitucional mediante Resolución N° 16837-2008, dispuso que los reclamos administrativos o peticiones con plazo legal donde por omisión no se dicte el acto respectivo, el ajusticiable debe acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa mediante el proceso de trámite preferente para hacer valer sus derechos. Aquí se pueden incluir entre otros: Acto de Adjudicación y los recursos.

Apercibimiento Escrito

[Jinesta Lobo, Ernesto]ⁱⁱⁱ

[P. 523] El apercibimiento por escrito procede, en general, ante faltas de carácter leve -puesto que presuponemos que ante las levísimas lo que cabe es una llamada de atención o apercibimiento verbal, sin embargo de tales faltas no se ocupa la LCA-. Esta sanción cabe en los siguientes supuestos:

1. Cuando el funcionario infrinja el deber de incorporar, oportunamente, documentos atinentes al expediente del procedimiento de contratación o del contrato perfeccionado y en ejecución (inciso a). Tal omisión, parece que la LCA la reputa como leve, en cuanto, da motivo para un apercibimiento escrito, sin embargo, lo anterior puede resultar relativo dependiendo del contenido de la documentación la que, por ejemplo, podría ser determinante para que un oferente resulte adjudicatario, en cuyo supuesto la falta resulta más grave o de mayor entidad o trascendencia, sin embargo la ley no prevé tales hipótesis. Consecuentemente, la ley debería establecer que, en caso de producirse una lesión considerable a un oferente o el contratista, la sanción puede ser de mayor entidad, puesto que, de lo contrario se infringe el principio de proporcionalidad y razonabilidad. Al respecto, resulta muy acertada, desde la perspectiva técnico jurídica, la fórmula empleada por el legislador en el inciso h) del mismo numeral 96 LCA -a manera de válvula de escape- cuando indica que *“siempre que la gravedad de las circunstancias y la cuantía del daño no ameriten una sanción mayor”*, la que debería ser utilizada por el legislador en el

[P. 524] encabezado del artículo 96, disponiendo que la sanción al funcionario será de apercibimiento escrito, salvo que la gravedad de las circunstancias y la cuantía de la lesión exijan una sanción más grave

2. Impedir o dificultar, injustificadamente, el acceso al expediente administrativo de cuyo manejo y custodia esté encargado el funcionario (inciso b). Esta falta lesiona un bien o valor constitucional fundamental como lo es la transparencia administrativa y el derecho de acceso a la información administrativa (artículo 30 constitucional) en su versión ad intra (por las partes interesadas en un procedimiento administrativo)¹. En este supuesto cabe la misma crítica formulada al inciso anterior, por cuanto eventualmente, el impedimento u obstáculo para acceder el expediente, en un momento determinado puede provocarle, a alguno de los oferentes o al propio contratista, una lesión más intensa que amerite una sanción mayor.

¹ V. JINESTA LOBO (Ernesto), Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa, San José, Editorial Juricentro, 2006, in totum.

3. No incluir en un informe o dictamen datos relevantes para el estudio de las ofertas, cuando los conocía al rendirlos (inciso c). Esta falta, al ser, prácticamente, calificada de leve es trivializada, por cuanto, la ocultación de tales datos puede, eventualmente, cambiar la calificación que se le impone a un oferente y, por consiguiente, el sentido de la decisión administrativa para adjudicar, lo cual resulta sumamente grave al obligar a un oferente a tener que impugnar el acto de adjudicación con las implicaciones negativas que tiene esto tanto para su interés privado como el interés público o general -v. gr. retrasos en la construcción de una obra pública o la gestión de un servicio público indispensables para la colectividad-. No se prevé tampoco, la ocultación de datos o información, en informes y dictámenes vertidos después de la perfección del contrato administrativo y durante su ejecución o extinción. Es así como la LCA debería agravar el tipo de sanción, según la magnitud de la lesión infligida al oferente.

4. Retrasar injustificadamente el trámite de pagos que debe cubrir la administración contratante a sus proveedores o contratistas (inciso d). Esta es, quizá, una típica sanción leve, donde existe una plena correspondencia entre la infracción, por retardo en el cumplimiento del deber, y la consecuencia sancionatoria.

[P. 525]

5. Incumplir plazos legales para el dictado y ejecución de actos administrativos (inciso f). Esta falta por retardos indebidos o injustificados en la emisión de actos formales debidos o su ejecución debida, también constituye una falta administrativa típicamente leve siempre y cuando la inercia no se prolongue de manera excesiva en cuyo caso podría ser, profundamente, lesiva para los intereses legítimos de los oferentes y los derechos del contratista. Tanto es así, que tradicionalmente, la Sala Constitucional amparó el derecho fundamental a un procedimiento administrativo pronto y cumplido -esto es, en sede administrativa-, tema que luego -a partir del 2008 remitió a la jurisdicción contencio- so-administrativa al contar con mecanismos que aseguran un trámite célere de tales pretensiones y al considerar que se trata de una cuestión de legalidad al tener que verificar plazos legales, habida cuenta de la constitucionalización previa y discutible que de éstos hizo esa Sala especializada de la Corte-.

6. No atender o responder en tiempo e injustificadamente las prevenciones efectuadas por la CGR en el ejercicio de sus funciones (inciso g). Esta es también, una clásica falta administrativa leve, de ahí que se sancione con el apercibimiento escrito, claro está, que no faltarán circunstancias en las que tal omisión provoque lesiones de mayor entidad al interés público o general, supuestos en los que ameritaría una sanción más intensa.

7. Faltar al deber de diligencia esperada, según sus condiciones personales y el puesto que ocupa, durante la sustanciación de un procedimiento de contratación administrativa, sea *por culpa*, imprudencia o impericia causando un daño real o efectivo a los particulares o al propio ente público, siempre que la gravedad de las circunstancias y la cuantía del daño no ameriten una sanción mayor (inciso h). Este inciso, como se comentó supra, incorpora una válvula de escape o cláusula residual que permite sancionar más gravemente la falta cuando sea de mayor entidad.

8. No publicar, el funcionario encargado, en el tiempo debido, el programa de adquisiciones de la respectiva entidad pública (inciso i). Se trata de una falta a un deber u obligación preexistente que lesiona el principio y valor preciado en la contratación administrativa de la publicidad para asegurar la libre concurrencia o participación de los

[P. 526] potenciales oferentes. Nótese que la falta consiste en un retraso en la publicación y no en su omisión completa, puesto que, en este último caso, evidentemente, la infracción y sus efectos son de una mayor magnitud y no bastaría -por aplicación del principio de proporcionalidad- con un simple apercibimiento por escrito.

9. No enviar a la CGR los informes sobre la actividad contractual del respectivo ente público para facilitar las funciones de control y fiscalización de ese órgano constitucional (inciso j). Tal conducta omisiva es, indirectamente, calificada por la LCA como una falta leve que amerita un apercibimiento escrito, sin embargo, nuevamente, apuntamos que todo dependerá de las consecuencias adversas -para la propia entidad pública y terceros- de la omisión.

A modo de conclusión puede señalarse que la LCA en su artículo 96 sanciona con apercibimiento por escrito, en general, los retardos o el cumplimiento tardío de obligaciones y deberes, siendo las excepciones que sancionan conductas omisivas los incisos b), h) y j), puesto que, el inciso b) se refiere, más bien a una conducta activa -impedir o dificultar injustificadamente el acceso a una expediente administrativo que está bajo su custodia y responsabilidad.

Suspensión Sin Goce de Salario

Esta sanción, en general, procede respecto de aquellas infracciones a los deberes u obligaciones de un funcionario que pueden catalogarse como graves. La suspensión sin goce de salario impuesta como sanción al funcionario público tiene como límite temporal máximo 3 meses y procede en los siguientes casos:

1. Reincidir, dentro de los dos años siguientes a la firmeza de una sanción de apercibimiento escrito, en una falta de las tipificadas en el artículo 96 LCA (inciso a). La LCA estima que la reincidencia o reiteración dentro de un lapso determinado en la comisión de infracciones leves se puede reputar como una falta grave. En caso que la reincidencia o reiteración se verifique pasados 2 años desde la firmeza del

[P. 527] apercibimiento escrito, la sanción que procedería, entonces, es otro apercibimiento escrito y no la suspensión sin goce de salario, caso contrario se quebranta el principio de proporcionalidad y por consiguiente la sanción es absolutamente nula.

2. Dar por recibidos bienes, obras o servicios que no se ajustan a lo adjudicado, sin advertirlo expresamente a sus superiores (inciso b). Esta conducta irregular del funcionario público equivale a cohonestar que el contratista incumpla el contrato o a disimular el incumplimiento del contrato por éste, por lo que, efectivamente, es grave.

3. Recomendar la contratación de una persona física o jurídica incurso en alguna de las prohibiciones para contratar, cuando haya conocido el impedimento o inaptitud antes de la recomendación (inciso c). Esta es, incuestionablemente, una falta grave del funcionario público, puesto que, es su obligación y deber velar por la regularidad en la contratación y que se respeten las prohibiciones. En esencia, en estos casos, el funcionario se reserva, indebidamente, el conocimiento de la causal de prohibición, con lo cual, dependiendo de los efectos o consecuencias que produzca podría ameritar una sanción de mayor entidad. Nuevamente, se echa de menos una fórmula abierta o válvula de escape que indique que tal sanción de suspensión sin goce de salario procederá, salvo que la gravedad de las circunstancias y la cuantía de la lesión no ameriten una sanción más intensa.

4. Propiciar o disponer la fragmentación ilegal de operaciones, tramitando contratos que, por su monto, impliquen un procedimiento de contratación más riguroso que el seguido al dividir las o promover una contratación irregular (inciso d). Para la ilegalidad de la fragmentación de las operaciones, el funcionario tiene que tener como fin -probablemente para favorecer a terceros- eludir un procedimiento de contratación administrativa más riguroso o formalista por el monto o cuantía de los fondos públicos invertidos.

Despido Sin Responsabilidad Patronal

En términos generales, por su entidad y magnitud, la sanción del despido sin responsabilidad patronal constituye la consecuencia jurídica de una serie de faltas de carácter gravísimo cometidas por los

[P. 528] funcionarios públicos. El artículo 96 ter LCA dispone que procederá su imposición en las siguientes hipótesis:

1. Reincidir, en el plazo de los dos años siguientes a la firmeza de la suspensión sin goce de salario, en alguna falta de las tipificadas en el artículo 96 bis (inciso a). Cuando la reiteración o reincidencia se produce pasados los 2 años desde la firmeza de la primera sanción con suspensión sin goce de salario, lo que procederá es otra igual, pero no el despido, caso contrario se quebrantaría el principio de proporcionalidad.
2. Suministrar a un oferente información que le conceda ventaja sobre el resto de los proveedores potenciales (inciso b). Esta es una falta que la LCA estima es gravísima, dado que, el legislador valora y protege, de manera especial, por una parte la probidad, neutralidad, imparcialidad y objetividad del funcionario público y, por otra, el principio constitucional y el derecho fundamental a la igualdad.
3. Recibir dádivas, comisiones, regalías de los proveedores ordinarios o potenciales del ente en que presta sus servicios o solicitarlas de manera expresa (inciso c). Nuevamente, el legislador le concede un valor preeminente a la probidad y corrección del funcionario público y, por consiguiente, lucha frontalmente contra la corrupción como también lo hace el ordenamiento penal.
4. Hacer, con dolo culpa grave o negligencia, que la administración pública incurra, durante el procedimiento de contratación o el control de la ejecución contractual, en pérdidas patrimoniales que superen el monto equivalente a 12 meses de salario devengado por el funcionario responsable, al momento de cometer la falta (inciso d). En este supuesto al producirse una lesión a la hacienda pública, se dispone que la sanción de despido no impide deducir la acción resarcitoria correspondiente que pueda ejercer la propia administración en contra del funcionario público.

JURISPRUDENCIA

1. Artículo 96 de la Ley de Contratación Administrativa

[Sala Segunda]^{iv}
Voto de mayoría:

“III. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA: El agravio planteado exige determinar si el plazo de prescripción aplicable para el ejercicio del poder disciplinario del ente empleador era el de un mes que contempla el artículo 603 del Código de Trabajo o el especial de cinco años que regula el numeral 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. El texto de esta última norma, al momento de los

hechos investigados, es el que se encuentra vigente en la actualidad y, en forma expresa, establece: “**Artículo 71.—Prescripción de la responsabilidad disciplinaria. La responsabilidad administrativa del funcionario público por las infracciones previstas en esta Ley y en el ordenamiento de control y fiscalización superiores, prescribirá de acuerdo con las siguientes reglas:/ a) En los casos en que el hecho irregular sea notorio, la responsabilidad prescribirá en cinco años, contados a partir del acaecimiento del hecho./ b) En los casos en que el hecho irregular no sea notorio –entendido este como aquel hecho que requiere una indagación o un estudio de auditoría para informar de su posible irregularidad- la responsabilidad prescribirá en cinco años, contados a partir de la fecha en que el informe sobre la indagación o la auditoría respectiva se ponga en conocimiento del jerarca o el funcionario competente para dar inicio al procedimiento respectivo./ La prescripción se interrumpirá, con efectos continuados, por la notificación al presunto responsable del acto que acuerde el inicio del procedimiento administrativo. /Cuando el autor de la falta sea el jerarca, el plazo empezará a correr a partir de la fecha en que él termine su relación de servicio con el ente, la empresa o el órgano respectivo. /Se reputará como falta grave del funcionario competente para iniciar el procedimiento sancionatorio, el no darle inicio a este oportunamente o el dejar que la responsabilidad del infractor prescriba, sin causa justificada. /**(Así reformado por el inciso a) del artículo 45 de la Ley N° 8292 de 31 de julio del 2002, Ley de Control Interno)”. (La negrita no es del original). Del texto resaltado se extrae que el plazo ampliado que prevé dicha norma resulta de aplicación cuando el o la funcionaria pública incurren en las infracciones previstas en esa ley específica o bien en las que contempla el ordenamiento de control y fiscalización superiores de la Hacienda Pública se entiende, según lo regulado en los artículos 1° y 8 de la Ley Orgánica relacionada. La Contraloría General de la República ejerce control sobre los entes y órganos que integran la Hacienda Pública, sin perjuicio de la regulación facultativa que puede desplegar respecto de otros entes. Ahora bien, de conformidad con el artículo 8 *ídem* “**La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos”.** (Los destacados son de quien redacta). De conformidad con dicho numeral, la Hacienda Pública está constituida por dos componentes esenciales: **a)** los fondos públicos (y todo lo relacionado con su manejo) y **b)** las normas jurídicas de carácter administrativo y financiero relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control –tanto externo como interno- y la responsabilidad de las y los servidores públicos en esas materias. La ley se encarga de definir lo que ha de entenderse por fondos públicos y también por ordenamiento de control y fiscalización superiores, que son los términos expresos que contempla el artículo 71 relacionado. Así, en el canon 9 se definen los fondos públicos como todos aquellos “...recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de

empresas o de entes públicos". El numeral 10 siguiente, por su parte, señala: "El ordenamiento de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública comprende el conjunto de normas, que regulan la competencia, la estructura, la actividad, las relaciones, los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para esta. Este ordenamiento comprende también las normas que regulan la fiscalización sobre entes y órganos extranjeros y fondos y actividades privados, a los que se refiere esta Ley, como su norma fundamental, dentro del marco constitucional". Ese ordenamiento de control y fiscalización tiene como finalidad primordial "...garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley" (artículo 11, *ídem*). Estos últimos numerales deben leerse en concordancia con lo estipulado en el artículo 8 citado, que expresamente incluye como parte del ordenamiento de control y fiscalización a la normativa relacionada con el *proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos* en esas materias, que sin duda son normas que tienden a velar por la legalidad y la eficiencia no solo de los controles internos sino también por el manejo eficiente y apegado a la ley de los fondos públicos. Así, no es cualquier falta cometida por un servidor o servidora pública la que da lugar a la aplicación del artículo 71 *ídem*. Son únicamente las faltas cometidas por las personas que desempeñan una función pública en el ejercicio de esas especiales competencias (manejo de los fondos públicos) y que infrinjan ya sea las regulaciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República o de ese ordenamiento de control y fiscalización (normativa sobre proceso presupuestario, contratación administrativa, control interno y externo, responsabilidades en esa materia) las que dan lugar a una ampliación del plazo para el ejercicio de la potestad disciplinaria. En resumen, el período para sancionar las acciones u omisiones contrarias a esas regulaciones específicas, que pueden ocasionar un manejo ineficiente o ilegal de los fondos públicos, es mayor que el genérico previsto en el numeral 603 del Código de Trabajo, pues en tales supuestos debe aplicarse el de cinco años que contempla aquella norma particular, que sin duda busca tutelar un interés público de gran trascendencia, cual es el manejo transparente de los fondos públicos. En el caso bajo análisis, la entidad recurrente asegura que el actor fue despedido por faltas relacionadas con el manejo de fondos públicos, concretamente por: "... no valorar el estado de la instalación eléctrica del inmueble identificado como "la casona de pensiones...", incumplió con los requisitos establecidos en la legislación y normativa aplicable del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos al no estar acreditada la existencia de planos que reunieran los requisitos fijados por dicho Colegio en consecuencia al no existir visado de los mismos para efectuar la remodelación a que se contrajo la compra directa CD-006-04, omisión registrada también con respecto a la bitácora y los contratos de servicios profesionales y de consultoría... se acreditó la falta de documentación mediante

addenda (sic) de las modificaciones de la obra y los plazos para su ejecución con la empresa Cotece S.A. (...)" (ver memorial de folios 322 al 328). De la imputación de cargos realizada al accionante se desprende que la investigación administrativa tuvo lugar precisamente por haber incurrido, entre otras faltas, en infracciones previstas en normas de control y fiscalización superiores, como lo son la Ley de Control Interno, la Ley de Contratación Administrativa y la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, en detrimento de los fondos públicos (ver traslado de cargos a folios 64 al 78). Del relacionado informe se colige que se efectuó un proceso de licitación pública y posteriormente uno de contratación directa, en los que se obviaron procedimientos y directrices contemplados tanto en normativa interna como en la Ley de Contratación Administrativa. En relación con el caso concreto del actor, se recomendó investigar la eventual responsabilidad por los siguientes hechos:

"a)- *Haber sido el funcionario responsable de promover el concurso bajo la modalidad Licitación Pública LP-001-2002 para la compra del inmueble denominado "Casona de Pensiones", que albergaría ocho dependencias de la Gerencia División de Pensiones, ya que en su condición de Jefe de Proyectos le correspondía velar y supervisar que se hubiera cumplido con lo establecido por la Ley y el Reglamento de Contratación Administrativa y los diferentes procedimientos concernientes a la Adquisición y Remodelación del Inmueble(...)./ b)-* ... *el haber prescindido (sic) de la autorización otorgada por la Gerencia División de Operaciones, quien es el Ente Institucional que permite tramitar los concursos que son diferentes a la compra directa a las diferentes unidades, según circular 22273 suscrita por el Cuerpo Gerencial de la Caja Costarricense de Seguro Social, así como el haber omitido la razón técnica para la adquisición del inmueble que estableciera las cláusulas en el pliego de condiciones tales como la ubicación, área útil del edificio, porcentaje de área útil a nivel de calle, etc. ...*

c)- *Además de haber inducido en error a la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social para que adjudicará (sic) la compra del edificio, promovida en la Licitación Pública LP-001-2002, previo a que la Junta Directiva adjudicará (sic), el investigado G... B..., expuso el caso ante la Comisión Especial de Licitaciones, que aparentemente efectuó en forma inadecuada el análisis técnico de las ofertas, en el cual se atribuyeron cumplimientos a la oferta adjudicada que no le correspondían, tales como construcción acorde a las normas del Código Sísmico de Costa Rica, ajustarse a la instalación eléctrica a los requerimientos de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, omisión de factores en la evaluación de las ofertas como el precio y la antigüedad del inmueble, que eventualmente no se realizaron, que se contradicen o carecen de veracidad, aparte de que no se contaba con el estudio de prefactibilidad que debía ser aprobado por la Dirección de Planificación Corporativa...*

d)- *Asimismo se le imputa ... que siendo miembro de la Comisión de Compras de la Gerencia de Pensiones, recomendaron al Gerente de Pensiones adjudicar la Compra Directa CD-006-2004 Remodelación Inmueble Propiedad de la Gerencia División de Pensiones, a la Empresa Corporación Comercial Euroamericana, así como en su condición de Jefe de Proyectos.*

Omitió suscribir el Contrato de Consultoría con la Caja Costarricense de Seguro Social con el objetivo de registrar ante el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica su responsabilidad profesional, así como la de la empresa Corporación Comercial Euroamericana S.A. (COTECE) que además no estaba inscrita y habilitada en el CFIA, como empresa constructora el día en que se recibieron las ofertas, no obstante la empresa la presentó dos meses después. Sin verificar el investigado que tal acto no era subsanable, pues no cumplía con los requisitos legales en su momento... e)- Aparte de eso se le imputa, no supervisar ni verificar que los planos constructivos para la Compra Directa CD-006-2004, cumplieran con lo establecido por los sistemas arquitectónicos e ingenieros (sic), cuya solicitud fue omitida en el proceso de la adquisición de la propiedad, así como la ausencia de las firmas en las láminas por los correspondientes profesionales de la Institución y la empresa adjudicada, así como haber prescindido del respectivo trámite ante el citado Colegio del timbre de construcción y del Cuaderno de Bitácora, pues no se contaba con la confección ni inscritos los planos constructivos, tampoco se contó con el visado municipal... f)- De esta forma en su condición de Jefe de Proyectos tramitó y autorizó el contrato de Compra Directa CD-006-2004, sin ningún fundamentó (sic) técnico razones de imprevisibilidad, tomándose en cuenta que el investigado participó activamente en el proceso de Licitación Pública LP-001-2002, y teniendo pleno conocimiento de las características de la infraestructura y del interés público, así como el pertinente addendum al contrato original y su respectivo refrendo legal por el aumentó (sic) en el plazo de entrega de la obra (...)" (folios 74 vuelto al 75 frente). Además, en la resolución que dio inicio al procedimiento se invocaron como sustento, entre otros, los artículos 96 de la Ley de Contratación Administrativa, 39 de la Ley de Control Interno y 108 incisos a) y b) y 110, incisos b) y e) de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, así como normativa interna sobre el desarrollo de proyectos de obra pública. El artículo 96 de la Ley de Contratación Administrativa – al momento en que acaecieron los hechos que se le endilgan al actor - estipulaba que se le impondría la sanción de apercibimiento escrito al funcionario o funcionaria que incurriera en cualquiera de las siguientes faltas: "a) No incorporar oportunamente, debiendo hacerlo, documentación atinente al expediente administrativo. b) Impedir o dificultar de manera injustificada el acceso a un expediente administrativo, de cuyo manejo o custodia esté encargado./ c) No incluir en un informe o dictamen datos relevantes para el estudio de las ofertas, cuando se determine que los conocía al rendir su dictamen./ d) Retrasar injustificadamente el trámite de pagos que deba cubrir la Administración a sus proveedores o contratistas./ e) Retrasar de modo injustificado la recepción de bienes u obras./ f) Propiciar o disponer la fragmentación ilegal de operaciones, tramitando contratos que por su monto implicarían un procedimiento más riguroso que el seguido al dividirlos./ g) No atender ni responder a tiempo e injustificadamente una prevención hecha por la Contraloría General de la República en el ejercicio de sus funciones./ h) Faltar al deber de diligencia esperada de sus

condiciones personales y del puesto que ocupa, ya sea por culpa, imprudencia o impericia causando un daño real a los particulares o a la Administración, durante un procedimiento de contratación, siempre que la gravedad de las circunstancias y la cuantía del daño no ameriten una sanción mayor. i) No publicar el encargado de hacerlo, en el tiempo debido, el programa de adquisiciones según se dispone en el artículo 6 de la presente ley./ j) No enviar a la Contraloría General de la República, en el plazo establecido, los informes mencionados en el artículo 101 de esta ley. (Así reformado por el artículo 1º, inciso n), de la ley Nº 7612 de 22 de julio de 1996)”. Las conductas imputadas al accionante, relacionadas con el trámite de la Licitación Pública LP-001-2002 y la Compra Directa CD-006-2004 evidenciadas en el estudio de auditoría (ver folios 11 al 63) y con base en las cuales se dispuso el despido se enmarcan en los supuestos de hecho que contempla el numeral transcrito. Si la aplicación del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se da por incurrir en lo que tanto esa ley como las relacionadas con el ordenamiento de control y fiscalización superiores prevén como una infracción, debe concluirse, sin lugar a dudas, que el plazo aplicable es el de cinco años ahí previsto, en el tanto en que el demandante se le atribuyó haber violentado preceptos de la Ley de Control Interno, Ley de Contratación Administrativa y otra normativa interna sobre contratación, así como la Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicos. Por consiguiente, lo correcto es estimar que la norma aplicable en cuanto a la prescripción de la potestad disciplinaria es el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y no la general contemplada en el canon 603 del Código de Trabajo. Lo anterior es así en relación con los concretos hechos contenidos en el recurso interpuesto ante esta tercera instancia rogada por la Caja Costarricense de Seguro Social, y que se relacionan con lo tipificado en los incisos a), e) y h) del numeral 96 citado, a saber: no haber valorado el estado de la instalación eléctrica del inmueble identificado como “la casona de pensiones”; no acreditar la existencia de planos que reunieran los requisitos fijados por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos; así como la falta de suscripción de un addendum que justificara las modificaciones de la obra y los plazos para su ejecución. Siendo estas faltas, las únicas posibles de considerar para efectos de determinar la existencia o no de la prescripción de la potestad disciplinaria y, eventualmente, la concurrencia de una falta grave, por cuanto respecto de las demás conductas atribuidas al actor, la Caja se conformó con su declaratoria de prescripción, al no esbozar ningún agravio al respecto en su recurso. Ahora bien, según el inciso b), del numeral 71 la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuando se trate de hechos que no son notorios, el plazo de cinco años correrá a partir de la fecha en que el informe acerca de la posible irregularidad es puesto en conocimiento de la jerarquía o de la persona competente para disponer el inicio del procedimiento administrativo. En este caso, se ha tenido por demostrado que el informe de la Auditoría fue comunicado a la Gerencia de Pensiones el 1 de noviembre de 2004 y el procedimiento dio inicio mediante resolución fechada el 2 de diciembre siguiente

(notificada ese mismo día), razón por la cual el plazo perentorio no transcurrió. Una vez definido que la potestad disciplinaria no se encontraba prescrita en el caso concreto, procede analizarse si las faltas atribuidas al actor dan cabida al despido aplicado. Al respecto debemos indicar que las tres conductas en particular descritas en el recurso interpuesto ante esta tercera instancia rogada -que son las únicas que para la Caja constituyen faltas relacionadas con el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República-, se encuentran tipificados en los incisos a), e) y h) del numeral 96 de la Ley de Contratación Administrativa como faltas sancionables mediante “*apercibimiento escrito*”. Para que ese tipo de conductas se configuren como una causal de despido, de conformidad con los numerales 96 bis y 96 ter de ese mismo cuerpo normativo, se requiere de su reiteración, luego de ser apercibido, en al menos dos ocasiones adicionales (ya que la primer reiteración da pie a una suspensión sin goce de salario), sin que en el caso concreto se haya acreditado que el actor se encontrara en esa especial condición. Tampoco acreditó la entidad demandada que el litigante hubiere causando un “*daño real a los particulares o a la Administración, durante un procedimiento de contratación*” en los términos del inciso h) del numeral 96 referido, como para que se considere que ameritaba la imposición de la sanción más drástica que prevé nuestro ordenamiento jurídico como lo es el despido sin responsabilidad patronal. Así las cosas, en aplicación de los principios de tipicidad, proporcionalidad, razonabilidad y gradualidad que informan la materia administrativa sancionatoria, lo procedente es declarar injustificado el despido, dado que las conductas atribuidas al trabajador, según la normativa especial aplicable al efecto, debieron ser sancionadas con un apercibimiento escrito, y no con la aplicación de un despido sin responsabilidad patronal, sanción que por su gravedad debe ser la ultima ratio. En consecuencia, lo procedente debe ser confirmar el fallo recurrido, no por cuanto se considere que en el caso concreto haya operado la prescripción de la potestad sancionatoria, sino en virtud de que la sanción impuesta al actor fue desproporcionada respecto a la gravedad de las faltas cometidas.”

2. Aplicación de los Artículo 96 y 96 de la Ley de Contratación Administrativa por Retraso del Tramite de Contratación

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección X]^v
Voto de mayoría

“IV. En relación con el objeto de esta acción es prudente iniciar la valoración indicando que el artículo 10 de la Ley de Contratación Administrativa, somete al oferente al ordenamiento jurídico que incluye el Cartel como parte de la normativa a aplicar y es en atención a sus contenidos que procede actuar, lo anterior, respetando el principio de igualdad de oferentes o participantes, que rige este tipo de procedimientos; la valoración efectuada en otras condiciones provocaría resultados distorsionados sobre

la calificación de ofertas. Se transgrediría el principio de legalidad al violentarse las normas o parámetros establecidos en el procedimiento y no podría ponderarse correctamente los puntajes ni adjudicarse en forma correcta una licitación. El Cartel incluye dos tipos de cláusulas o normas aplicables en su contenido, unas esenciales y otras no esenciales; al respecto la doctrina define tales como cláusulas variables e invariables, variables son aquellas " *que el particular puede cotizar; e invariables aquellas cuyo incumplimiento por parte del oferente son sancionadas por el proponente con exclusión de la licitación*" (véase a mayor abundamiento Romero Pérez Jorge E, Derecho Administrativo Especial, página 93 y siguientes)

Ahora bien, para analizar la posibilidad de la ilegalidad reclamada por el actor en este proceso judicial, debemos tomar en cuenta esa división y con atención en el artículo 32 del Reglamento General de Contratación Administrativa vigente en el momento de darse la situación jurídica que nos ocupa, establecer si el acto de declaratoria de deserción del concurso será válido -si es conforme con el ordenamiento jurídico consistente en las normas de la Ley de la Contratación Administrativa, el reglamento de esa Ley, y el propio Cartel de licitación; asimismo las disposiciones de derecho privado análogas en caso de ausencia de disposición expresa, de acuerdo con el contenido del artículo 10 de la Ley en comentario y 12 del reglamento, que obligan a la Administración a actuar dentro de este marco de legalidad.

A la luz de todos esos elementos, este Tribunal estima que en el Cartel de la licitación de interés, se especificaron tanto condiciones generales para los oferentes y se expusieron además condiciones especiales, que debían cumplirse para la participación y obtención de una calificación que permitiera la participación de los terceros interesados, pues el Cartel estableció que eran elementos necesarios para la aplicación de las fórmulas numéricas que permitirían la obtención de la calificación final. Del análisis de esas condiciones, esta Integración difiere del criterio esbozado por la representación de la empresa actora, que estima cumplidos esos requisitos especiales y por ende nulo el acto que declara desierto el concurso. De la lectura del expediente administrativo se descubre que al momento de confeccionar el Cartel, se establecieron requerimientos "horarios" para la prestación del servicio, mismos que fueron establecidos como condiciones esenciales para la adjudicación por cuanto el interés es la prestación adecuada de un servicio. Esos horarios establecidos en el Cartel, de acuerdo con la Ley de Contratación Administrativa por constituirse en cláusulas Cartelarias, solamente permiten modificación por la vía de modificación del Cartel, a través de publicidad de la modificación bajo el mismo procedimiento que el Cartel mismo, pues al hacerse esta modificación, puede darse oportunidad a nuevos oferentes. Así lo aclaraba el siguiente artículo del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa vigente al momento del proceso licitatorio de interés que enunciaba:

"Modificaciones y aclaraciones al Cartel.

47.1 Las modificaciones a las condiciones o especificaciones del Cartel deberán anunciarse por los mismos medios que se cursó la invitación, con al menos tres días hábiles de anticipación al vencimiento del plazo para recibir ofertas.

47.2 Por modificaciones se entienden para estos efectos aquellas que no cambien el objeto del negocio ni constituyan una variación fundamental en la concepción original de este.

Cuando mediante publicación posterior se introduzca una alteración importante en la concepción original del objeto, los plazos para recibir ofertas serán ampliados como mínimo en el número de días que disponen los numerales 48.1.1 y 48.1.2, según corresponda de acuerdo con la naturaleza del negocio.

47.3 Cuando se trate de simples aclaraciones a solicitud de parte o acordadas de oficio, que no impliquen modificación, es deber de la Administración incorporarlas de inmediato al expediente y darles una adecuada difusión dentro de las 24 horas siguiente. (véase normas enunciadas contenidas en el Decreto Ejecutivo 25038-H del seis de marzo de mil novecientos noventa y seis)

Valorando los autos, la Administración procedió como en derecho tenía potestad de actuar, al declarar desierto el concurso indicando motivos derivados de la "modificación" al Cartel e incumplimiento de los requerimientos presupuestarios que autorizaron el mismo; de acuerdo a los autos del expediente administrativo, fue autorizado monto determinado del presupuesto de la demandada para dar cobertura del servicio requerido -véase folios 4 y 5 expediente administrativo, siendo que ese monto, derivado de las instrucciones emanadas de la Comisión Control del Gasto en Contratación, no respondía evidentemente a lo licitado, siendo que el concurso se encontraba sin respaldo presupuestario adecuado. Bajo esa tesitura, siendo que la partida presupuestaria, resultaba diferente de la suma o precio aplicable de acuerdo a los parámetros de legalidad que rigen a las Instituciones Públicas, en cuanto a beneficios salariales y laborales, al contrario de lo expuesto por el representante de la actora, la demandada contaba con un elemento suficiente para justificar su actuación, que se traduce en la existencia de "motivo" suficiente para el acto administrativo.

Para el caso de marras, conviene precisar si ante la visita efectuada y la cláusula incorporada por acuerdo de partes, estamos en presencia de una "simple aclaración" o es de una modificación al Cartel. En criterio de este Tribunal, es una modificación al Cartel, efectuada en forma "ilegal" o contraria a derecho, ello por cuanto lo pactado por las partes, implica, la valoración distinta de las condiciones publicitadas; de acuerdo con el Cartel publicado, el servicio se licita con un horario y bajo una aprobación presupuestaria, la estipulación acordada en la visita, varía ese horario, y con ello el objeto del servicio, pero después no varía el monto licitado, o precio de la licitación, de tal suerte que se produce una inconsistencia debido a que el precio

ofertado por las partes, responde a una aplicación horaria ajena al cartel que modificada las condiciones ofertadas.

Es evidente para esta Integración, que tanto la empresa demandada como los oferentes confundieron la posibilidad de recomendar condiciones para el Cartel, con modificaciones al Cartel, la primera es una oportunidad otorgada por la propia ley, para recomendar condiciones a fijar en el futuro Cartel de licitación, la segunda es una posibilidad restringida al mismo método de publicidad de la licitación, los elementos aplicados como parte del Cartel en la visita de interés, nunca pudieron formar parte del mismo por afectar las condiciones de la publicidad; y ese elemento es el decisivo en la continuación del procedimiento y no es sino hasta que se envía a consulta presupuestaria la oferta finalmente viable, cuando se hace la observación de ese defecto procedimental, y se hace evidente que si existía una inconsistencia en el Cartel, y se aclara tanto a la autoridad encargada del proceso licitatorio como a la oferente, la existencia de ese problema procedimental que impide la adjudicación actual del concurso por existir una inconsistencia originada en la diferencia entre lo autorizado presupuestariamente y lo licitado.

Ahora bien, ¿esa inconsistencia es elemento suficiente para declarar desierto el concurso?, para determinar ese hecho debemos acudir a la Ley que para el caso de la licitación, establece:

Artículo 42.—Estructura mínima. El procedimiento de licitación pública se desarrollará reglamentariamente, y se respetarán los siguientes criterios mínimos:

(...) m) La obligación de readjudicar o declarar desierto el concurso cuando, por la interposición de recursos, se anule el acto de adjudicación; todo de conformidad con lo previsto en el artículo 42 bis de esta Ley.

Artículo 42 bis.—Adjudicación. El acto de adjudicación deberá ser dictado dentro del plazo establecido en el Cartel, que no podrá ser superior al doble del plazo fijado para recibir ofertas. Dicho plazo podrá ser prorrogado por un período igual y por una sola vez, mediante resolución motivada, en la cual se acrediten las razones de interés público que así lo justifiquen.

Vencido el plazo señalado en el párrafo anterior sin haberse dictado el acto de adjudicación, los oferentes tendrán derecho a dejar sin efecto su propuesta, así como a que se les devuelva la garantía de participación, sin que les resulte aplicable sanción alguna. Asimismo, los funcionarios responsables del no dictado oportuno del acto de adjudicación, estarán sujetos a las sanciones previstas en los artículos 96 y 96 bis de esta Ley, por incumplimiento general de plazos legales.

Para los efectos de la readjudicación o declaratoria de desierto del concurso, derivadas de la anulación del acto de adjudicación, la administración dispondrá de un plazo de un mes, contado a partir del día siguiente a la fecha de la notificación de la resolución respectiva, plazo que podrá ser prorrogado por un mes adicional, en los casos debidamente justificados mediante resolución motivada que deberá constar en el expediente. Vencido este plazo, los funcionarios responsables del no dictado oportuno del acto de adjudicación, estarán igualmente sujetos a las sanciones previstas en los artículos 96 y 96 bis de esta Ley, por incumplimiento general de plazos legales."

(véase artículos enunciados en Ley de Contratación Administrativa vigente al momento de los hechos de este proceso).

Enuncia además el Reglamento General a la citada Ley :

"29.1 Cuando la Administración decida declarar desierto un procedimiento de contratación, deberá dejar constancia de los motivos específicos de interés público considerados para adoptar esa decisión, mediante resolución que deberá incorporarse en el respectivo expediente de la contratación. (véase Decreto Ejecutivo : 25038 del seis de marzo de mil novecientos noventa y seis) el énfasis no es del original)

Por consiguiente, la procedencia de la declaratoria de desierto debe acudir al interés público, siendo que para el caso concreto ese interés radica evidentemente, en la protección de los fondos públicos destinados para la contratación y la imposibilidad de proteger los mismos dadas las condiciones del Cartel y del concurso. En el caso de marras, existe un criterio vinculante para la apertura del Cartel, ese criterio se originó en la Comisión de Control de Gasto en Contratación, creada por la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, para emitir políticas vinculantes con el fin de proteger el interés público, relacionado con el manejo de Fondos Públicos; en razón de esa protección legal, de acuerdo con los fines de su creación, ese órgano emitió autorización para la apertura de concurso estableciendo las condiciones salariales y de horario de los servicios, condiciones que no fueron respetadas por la Administración licitante, por cuanto se "modificó" el Cartel en la visita efectuada al sitio donde se prestaría el servicio; esa "modificación" no era ajustada al presupuesto autorizado, ni era procesalmente válida pues fue ajena al procedimiento licitatorio vigente; con ella se modifican los parámetros de contratación aprobados por esa comisión vinculante, y se violenta en consecuencia el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el Cartel publicado y las modificaciones efectuadas, por su contenido, dadas las especificaciones del Cartel publicado, impedían el cumplimiento de unas u otras disposiciones; lo ofertado, y lo convenido, no eran propuesta idénticas, lo que hacía imposible la futura ejecución del contrato, convertía en inejecutable el cumplimiento del mismo, y dada la disparidad de requerimientos, ponía en riesgo los fondos públicos utilizados para la contratación. Así las cosas, el Objeto del Cartel no se ajustó a los parámetros

restrictivos aprobados por la Comisión de Control de Gasto, resultando imposible la adjudicación a cualquiera de los oferentes en esos términos, y deviniendo en nulo el procedimiento, de tal suerte, que la imposibilidad de ejecución del contrato publicado, hace imposible su adjudicación, siendo así que la decisión de declarar desierto el concurso, salva la imposibilidad material de adjudicar el Cartel a interesados u oferentes; dicho salvamento, si bien protege el erario público, deviene en una responsabilidad del ente Licitante, pues fue su proceder contrario a derecho al aceptar modificar irregularmente las condiciones del Cartel, lo que hizo imposible adjudicar lo licitado. La Representación de la entidad demandada procedió en contra del ordenamiento a autorizar como legal una modificación cartelaria que no encontraba amparo alguno en el ordenamiento, acto que se efectuó contrariando el procedimiento legal vigente, y en consecuencia, al autorizarse tales modificaciones, y alterar lo licitado, la Administración es responsable de las consecuencias de su actuar ilegítimo, motivo por el cual, procede acoger la solicitud de que se le condene al pago de los daños y perjuicios causados por la declaratoria de desierto del concurso, y establecer eso si, en forma clara y segura, que si bien es una potestad institucional declarar desierto el concurso cuando existiera una previa nulidad de adjudicación, siempre y cuando se proteja un interés público como en este caso, no es procedente que la declaratoria de "desierto" del concurso se presente sin responsabilidad cuando la misma causa que imposibilita adjudicar el concurso, deviene del ente que inicia el proceso licitatorio. En autos, se ha demostrado que el Cartel no puede ser adjudicado por la modificación de los elementos del mismo, modificaciones que contrariaban las disposiciones de políticas presupuestarias seguidas en la institución demandada y las que particularmente fueron aprobadas para el efecto del servicio a contratar, en el concurso sin respeto de los presupuestos legales, y por ende, el Ente, que facilitó tal situación, debe asumir los gastos y costos, que genera esa participación, cuando el participante de buena fe, que cumple con el llamado, ve afectada su participación por los actos erróneos de la entidad licitante. Así se condena a la demandada al pago de los gastos y costos propios de la participación de la actora en el procedimiento licitatorio y únicamente al pago de los citados gastos o costos que deberán ser liquidados y demostrados en la etapa de ejecución de sentencia.”

3. Artículo 96 bis de la Ley de Contratación Administrativa y Contratación Irregular

[Sala Primera]^{vi}

Voto de mayoría

“V. La Contratación Irregular, ocurre cuando, a pesar de una anomalía en el procedimiento, la Administración percibe de manera efectiva y de buena fe, bienes o servicios (previamente pactados), parcial o totalmente, con claro provecho para ella.

Surge entonces, el derecho del prestatario a percibir una indemnización (no pago) al ejecutar una orden pública, siempre y cuando concurran, se ha dicho, en principio, tres circunstancias: irregularidad en el procedimiento; la Administración obtenga una ventaja o beneficio; y la buena fe del contratista. Resulta necesario reiterar que es, mediante la reforma parcial introducida por la Ley no. 8511 de 16 de mayo de 2006 (vigente a partir del 4 de enero de 2007) que en la LCA se hace alusión a esa figura, tal y como lo consideró el Tribunal. Así, se adiciona el artículo 21, para establecer que el Reglamento *“... definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley.”* (El subrayado no es del original). Simultáneamente a la entrada en vigencia de la reforma parcial indicada, también empezó a regir el vigente Reglamento a la LCA, promulgado por Decreto Ejecutivo no. 33411 de 27 de setiembre de 2006. Al respecto, es oportuno aclarar, que no es correcto lo indicado por el Tribunal en cuanto a que este Reglamento *“... entró en vigencia el 2 de noviembre de 2006...”*, pues si bien esa es la fecha de su publicación en el Diario Oficial La Gaceta, cierto es que en el artículo 227 ibídem, de manera expresa se dispuso: *“... rige a partir del día 4 de enero del año 2007.”* Es mediante el ordinal 210, que se desarrolla lo estatuido en el 21 legal. En realidad, concordante con lo considerado por el Tribunal, con ambas disposiciones normativas, que como lo indicó *“...no se encontraban vigentes al momento en que el Ministerio de Educación Pública emitió la resolución que se impugna...”*, se positivizó el reiterado pronunciamiento de la CGR respecto de esa figura, entre otros, en el que se hace referencia en el fallo recurrido y del que transcribe un extracto. Así, en lo medular y de interés a este asunto, la CGR califica a una contratación de irregular, cuando se realiza sin cumplir con el procedimiento debido (por regla la licitación); se alude a un acuerdo que de forma irregular se suscita entre la Administración y el proveedor; y una negociación con el consentimiento de la entidad interesada, siempre que medie buena fe en la actuación del contratista, la que es fundamental para determinar el posible resarcimiento de servicio. Ello supone un comportamiento honrado y leal en el ejercicio de los derechos, exigiendo coherencia en el comportamiento de las relaciones negociales; es un principio informador de todo el ordenamiento jurídico y que impone el rechazo de interpretaciones que conduzcan a un resultado contrario a aquel *“... como cuando los procedimientos de contratación se utilizan con un fin distinto del querido por el ordenamiento jurídico, o se ejerciten en circunstancias que los vician de nulidad absoluta.”* (oficios nos. 6180 (DAGJ-933-2000) de 22 de junio de 2000; 8558 (DAGJ-1326-2001) de 6 de agosto de 2001; y 4864 (DAGJ-609-2003) de 9 de mayo de 2003).

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

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde 08/06/1995. Versión de la norma 23 de 23 del 02/05/2014. Publicada en: Gaceta N° 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.

ⁱⁱ CALVO CASTILLO, Alejandro. (2011). **Ley de Contratación Administrativa y Normativa Conexa**. Ediciones Marwal de Heredia. Heredia, Costa Rica. P 104.

ⁱⁱⁱ JINESTA LOBO, Ernesto. (2010). **Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV: Contratación Administrativa**. Editorial Guayacan. San José, Costa Rica. P 523-528.

^{iv} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 839 de las nueve horas del veintiuno de septiembre de dos mil doce. Expediente: 06-002090-0166-LA.

^v TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN DÉCIMA. Sentencia 28 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del veinticinco de febrero de dos mil nueve. Expediente: 06-000459-0161-CA.

^{vi} SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1246 de las diez horas con veinticinco minutos del tres de diciembre de dos mil nueve. Expediente: 08-000227-0161-CA.