

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-

San José, a las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Acciones acumuladas de Jorge Enrique Romero Pérez, bajo la consideración de su condición de catedrático de la Universidad de Costa Rica y profesor en la materia de contratación administrativa y por MARCO ANTONIO GÓMEZ LEIVA, en su condición de Presidente de la "CÁMARA DE REPRESENTANTES DE CASAS EXTRANJERAS, DISTRIBUIDORES E IMPORTADORES" (CRECEX), para que se declare que los artículos 3 párrafos segundo y tercero, 27 inciso a.), 28, 30, 33 párrafo segundo, 45, 48, 55, 84 inciso a.), 87, 89, 101, 109 párrafo segundo de la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de 2 de mayo de 1995, y los artículos 4.4, 28.1, 28.3, 33.7, 34, 54.5, 50.5, 56.1, 56.1.1, 56.1.2, 56.1.2.4, 59, 60, 66.1, 99.3, 99.4 y 107 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, número 25038-H de 7 de marzo de 1996 son inconstitucionales. Intervienen, además, la Procuraduría General de la República, representada por Farid Beirute Brenes, en su condición de Procurador General Adjunto y la Contraloría General de la República, representada por Luis Fernando Vargas Benavides, en su condición de Contralor General de la República.

Resultando: 1.-

Se promueven las acciones de inconstitucionalidad contra las disposiciones de la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de 2 de mayo de 1995 y del Reglamento General de la Contratación Administrativa, número 25038-H de 7 de marzo de 1996, que de seguido se señalan: a) los artículos 3 párrafo segundo, 55 y 109 de la Ley, 28.1 y 66.1 del Reglamento, en cuanto facultan a las administraciones para crear cualquier figura o tipo contractual y promulgar los reglamentos que quiera en materia de contratación administrativa, con lo que se privatiza la contratación pública administrativa y se le equipara a la contratación civil, en violación de lo dispuesto en los artículos 140 inciso 3) y 182 de la Constitución Política; b) artículo 3 párrafo tercero de la Ley, en cuanto establece que el régimen de las nulidades para la contratación administrativa es el de la Ley General de la Administración Pública, el cual remite a la Procuraduría General de la República, cuando ese control corresponde a la Contraloría General de la República, en violación del artículo 183 de la Constitución Política; c) 27 inciso a) y 84 de la Ley, al establecer montos elevadísimos para la licitación pública y para la apelación ante la Contraloría General de la República, con lo que se ziza y destruye completamente la licitación pública, en violación del artículo 182 constitucional; d) artículos 28 de la Ley y 28.3 del Reglamento, en violación

de los principios que regulan la contratación pública y que están insertos en el artículo 182 constitucional, de seguridad jurídica, buena fe, equidad, igualdad, certeza negocial, etc., al permitir a la Administración usar procedimientos de contratación más calificados, no contemplados en la ley, con lo que se "privatiza" el contrato público; e) artículos 30 y 89 de la Ley y 99.4 del Reglamento, en cuanto se perjudica al apelante al tener por confirmado el acto recurrido por no resolver la administración en tiempo el recurso, en violación de los artículos 27 y 41 de la Constitución Política; f) artículos 33 párrafo segundo de la Ley y 33.7 del Reglamento, en cuanto establecen que por la simple aceptación de la garantía de participación se tiene por legitimada la oferta, en violación de los principios de la contratación pública; g) los artículos 45 y 48 de la Ley y 59 y 60 del Reglamento, en cuanto establecen la obligación de estar registrado para efectos de tener posibilidad de participar en los mecanismos de selección del contratista público, así como la posibilidad que tiene la Administración de "invitar" a ciertos oferentes registrados y no a todos, en violación de los principios reguladores de la contratación pública (equidad, libre concurrencia, libertad de participación, etc.) y los artículos 33 y 46 constitucionales; h) artículos 87 de la Ley y 99.3 del Reglamento, al establecer una sanción económica para poder hacer efectivo un derecho fundamental -por apelación que la Contraloría encuentre sin fundamento-, cual es el derecho de disentir, discrepar o apelar, en los términos de los artículos 27 y 41 constitucionales; i) artículos 101 de la Ley y 107 del Reglamento, al convertir a la Contraloría General de la República en un mero receptor de papeles, eliminándole su función fiscalizadora de la Hacienda Pública, en violación de lo dispuesto en los artículos 183 y 183 de la Carta Fundamental; j) artículos 4.4, 56.1, 56.1.1, y 56.1.2 del Reglamento, en cuanto permiten la subsanación en forma ilimitada de una serie de vicios y defectos de las ofertas, lo cual es contrario al principio de legalidad y potestad reglamentaria; k) artículo 34 del Reglamento, en cuanto crea la "garantía flotante" para respaldar la participación de un mismo oferente en diferentes concursos, lo que no tiene respaldo legal en violación del principio de legalidad y del artículo 140 inciso 3.) de la Constitución Política; l) artículo 50.5 del Reglamento, en cuanto legitima una oferta aún si ésta no está firmada o lo ha sido por persona no facultada legalmente, con la simple aceptación de la garantía de participación, por resultar contrario al principio de la interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria; ll) artículo 54.5 del Reglamento, que establece un criterio e extraterritorialidad para la aplicación de la normativa, obligando al extranjero a que establezca la certeza en cuanto a su existencia, representación y capital social, lo cual es una barrera arancelaria que perjudica el libre comercio -artículo 46 constitucional-; y m)

artículo 56.1.2.4 del Reglamento, en cuanto permite la subsanación de datos suministrados en un sistema de medición diferente del establecido en la Ley número 5292.

2.-

Jorge Enrique Romero Pérez fundamenta su legitimación para accionar en esta vía, bajo la consideración de que le asiste un interés difuso, por tratarse de la defensa de los fondos públicos; y la "Cámara de Representantes de Casas Extranjeras, Distribuidoras e Importadoras, CRECEX", alega tener un interés corporativo, en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

3.-

Por resolución de las once horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de junio de mil novecientos noventa y seis se le dio curso a la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo expediente número 5237-95, confiriéndosele audiencia a la Procuraduría General de la República y a la Contraloría General de la República.

4.-

Mediante resolución número 4302-96, de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos horas del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y seis (folio 323), se acumuló a la primera, la acción de inconstitucionalidad promovida por la "Cámara de Representantes de Casas Extranjeras, Distribuidoras e Importadoras, CRECEX", y que se tramita bajo expediente número 3385-96, teniéndose ésta como ampliación de aquella, por la evidente conexidad de los temas que tratan.

5.-

La Procuraduría General de la República contestó en tiempo la audiencia concedida. Solicitó que se adicionen los efectos de la resolución de curso en razón de los intereses públicos que están en juego en esta acción. Cuestiona la admisión de ambas acciones acumuladas, y solicita que se rechacen de plano las mismas, ya que, en el caso de la impugnación hecha directamente por Jorge Enrique Romero Pérez, estima que la Sala debe ser más rigurosa en el sentido de exigir que la norma cuestionada de inconstitucionalidad se presente en forma clara e inequívoca como amenaza directa al correcto manejo de los fondos públicos, a efectos de dispensar el asunto previo, porque, subrepticamente, se introduce la acción popular, ya que en realidad, toda acción del Estado o sus instituciones supone gastar el dinero de los contribuyentes, y por ende, cualquier norma que regule esta materia representa una potencial lesión de la correcta disposición de los recursos públicos; asimismo, estima que debe rechazarse de plano la acción en relación con la impugnación de los artículos 3 párrafo 3° y 33 de la Ley de Contratación Administrativa y varias

disposiciones del Reglamento de esta Ley. Señala además, que en el presente asunto se trata de un debate doctrinario, que no debió trascender el recinto universitario o parlamentario. Y en relación con la impugnación realizada por Marco Antonio Gómez Leiva, en su calidad de Presidente de la "Cámara de Representantes de Casas Extranjeras, Distribuidores e Importadores" (CRECEX), considera que no está suficientemente acreditada su personería, por cuanto la certificación que aporta no indica las facultades que ostenta; además de que en el caso en particular, estima que la doctrina del interés corporativo no tiene aplicación, ya que no ha demostrado una afectación indebida al interés corporativo motivado en la normativa impugnada, y cabe abrigar legítimas dudas sobre el perjuicio que puede producir a los asociados de "CRECEX" estas disposiciones, ya que no parecen comprometer objetivamente los intereses de esta colectividad de empresas, al no explicar ni especificar tales agravios, por lo que de manera subrepticia se pretende abrir las puertas a la acción popular. En relación con el fondo del asunto planteado, es del criterio de que las acciones carecen de fundamento y en consecuencia, deben declararse sin lugar, con fundamento en las siguientes consideraciones: a.- Existe un ámbito mínimo de discrecionalidad legislativa que no puede ser del control de constitucionalidad; así, no puede analizarse la oportunidad, conveniencia, acierto, medios y soluciones que ponderan el Ejecutivo y el Congreso cuando ejercen sus competencias, salvo que se vulnere la Constitución, y se de el control de razonabilidad. Es ajeno del debate constitucional la conveniencia del cambio legislativo operado con la nueva promulgación de la Ley y Reglamento de la Contratación Administrativa. b.- La Constitución no obliga a tramitar la contratación administrativa únicamente por "licitación pública" y el artículo 182 constitucional, permite a la ley el establecimiento y regulación de diferentes modalidades de licitación. c.- El privilegiar un procedimiento licitatorio u otro, en razón de la cuantía o monto a contratar, es un asunto librado a la discrecionalidad del legislador, que no supone por sí mismo un problema constitucional. El género de la licitación tiene diferentes modalidades (pública, abierta, privada, restringida, por registro) de acuerdo con la extensión y alcance de la invitación formulada, lo que determinará su concurrencia. En las licitaciones por registro y restringida, queda garantizado el principio de concurrencia y de igualdad con las regulaciones del artículo 108 de la Ley de Contratación Administrativa. d.- La función de control y fiscalización de la Hacienda Pública puede ser realizada mediante mecanismos alternativos, por lo que el legislador está facultado para racionalizar la intervención de la Contraloría en la contratación administrativa, reservándola en las hipótesis de mayor relevancia patrimonial, y que puede ser puesta para lograr una mayor celeridad en los

procedimientos. e.- En los procedimientos de contratación administrativa se garantiza el recurso de apelación ante la Contraloría del acto adjudicatario, cuando el monto supere los mínimos fijados en el artículo 84 de la Ley de Contratación Administrativa, y en los demás casos, se reconoce la potestad anulatoria de la Administración. f.- Estima que los artículos 27 y 84 de la Ley de Contratación Administrativa son el resultado del ejercicio razonable de la potestad legislativa, por cuanto la disciplina constitucional deja al arbitrio de la Asamblea Legislativa la regulación de los diferentes procedimientos de licitación, sin imponer que deba ser pública, y la autorización para que regule la intervención de la Contraloría General de la República como órgano de alzada en estos procedimientos. g.- No hay derogatoria de las facultades de control jurídico contable de la Contraloría General de la República dadas en el artículo 20 y siguientes de su Ley Orgánica. El deber de informar a la Contraloría General de la República establecido en el artículo 101 de la Ley de Contratación Administrativa no sustituye los otros mecanismos de control de que dispone este órgano, por lo que los contratos del Estado quedan sometidos a su aprobación puntual. h.- El artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública fue reformado, y cuando la nulidad se refiere a actos administrativos relacionados directamente con la Hacienda Pública, se exige un informe de la Contraloría General de la República. i.- Los artículos 3 párrafo 2°, 28 y 55 de la Ley de Contratación Administrativa disponen terminantemente, que siempre han de seguirse los procedimientos licitatorios regulados en esta Ley, aún en el evento de que se recurra a figuras contractuales no reguladas en el ordenamiento jurídico administrativo. Lo único que puede hacerse, es "agravar" el procedimiento que corresponda en razón del monto cuando el interés público lo aconseje. No hay privatización de los contratos administrativos, y no se afecta el principio de seguridad jurídica; más bien hay garantía del principio de libre competencia. j.- La utilización de figuras contractuales no contempladas en el ordenamiento administrativo, se encuentra regulado en la Ley General de la Administración Pública, que reconoce al Estado la capacidad de Derecho público y privado. Los contratos administrativos no son únicamente los reglados en la ley, existen los "innominados" que se crean en razón del interés público. En este sentido, está "habilitado para definir reglamentariamente los contratos administrativos diferentes de los típicos que regula la ley", los que necesariamente deben celebrarse bajo los procedimientos licitatorios que regula la Ley de Contratación Administrativa. k.- El artículo 89 regula la figura del silencio negativo -no del silencio positivo como alega el accionante-, la cual es usual en los procedimientos administrativos (artículo 261.3 Ley General de la Administración Pública), que se introduce con la finalidad de evitar entramientos y garantizar la celeridad de los

trámites. Este silencio se traduce en una presunción de rechazo de la apelación interpuesta contra el acto adjudicación, sin perjuicio de sanción al funcionario responsable de una inercia culposa por parte de la Administración (artículo 329.2 idem). Con esto no se lesiona el derecho de respuesta y justicia pronta y cumplida, sino que se garantiza al administrado que su petición recursiva le será inevitablemente resuelta en un plazo muy breve, y abre las puertas de la justicia, además, de que el fallido apelante tiene acceso inmediato a la jurisdicción contencioso-administrativa para promover ante ella su reclamo.

I.- La facultad que se otorga a los jefes administrativos para dictar reglamentos en esta materia, es únicamente para regular la "organización" a su mando, es decir, reglamentos autónomos de organización y servicio. Se hace con el fin de habilitar a los diferentes jefes para que establezcan las reglas de organización adecuadas a la nueva legislación de contratación administrativa, que deben subordinarse a la Ley de Contratación Administrativa y al Reglamento de Contratación Administrativa.

II.- La regulación del mayor o menor grado de informalismo en la presentación de las ofertas, es un asunto que compete únicamente al legislador, en atención a su particular juicio sobre la conveniencia de uno u otro sistema, lo que escapa al control constitucional.

m.- La pérdida de la garantía de participación establecida en los artículos 87 de la Ley y 99 del Reglamento, sí constituye una verdadera sanción económica, cuyo monto puede ser inclusive desproporcionado en relación con las costas, daños y perjuicios causados con la presentación de una apelación que se estime improcedente, medida que efectivamente sí resulta inconstitucional, en tanto la Sala Constitucional ha señalado que la celeridad de los procedimientos de la contratación administrativa debe afianzarse en medios que no resulten conculcatorios de los derechos fundamentales de derecho a la defensa y acceso a la justicia pronta, cumplida y sin denegación; de manera que no puede inhibirse en forma excesiva o irracional las posibilidades recursivas de los interesados, teniéndose en cuenta, además, que el agotamiento de la vía administrativa es un requisito de admisión para una posible acción judicial posterior y que la afectación a la libertad o propiedad sólo puede ser acordada por decisión jurisdiccional sobre la base previa de la determinación legislativa de la falta y su pena.

n.- La posibilidad de corregir el sistema de medición utilizado en la oferta, a fin de sustituirlo por el sistema internacional de medidas establecido en la Ley número 5292, no resulta una autorización contradictoria con el precepto legal, por cuanto, precisamente, se pretende uniformar el sistema de medición autorizado, no permitir otros; y en caso de no cumplirse la prevención, obliga a descalificar al oferente, con lo que se desmerecen los alegatos de mera legalidad de los accionantes contra el artículo 56.1.2.4 del Reglamento.

ñ.- La disposición reglamentaria -artículo 34-, por la que se establece la garantía de participación "flotante" establecida en el Reglamento de Contratación Administrativa constituye un lícito desarrollo de los preceptos legales correspondientes, en orden a asegurar los principios, objetivos y fines propuestos de la contratación administrativa, específicamente el de eficiencia, con el fin de estimular la participación de los interesados en los diferentes procedimientos de contratación, al facilitar y hacer menos gravoso el requisito de caucionar dicha participación, por lo que no resulta contraria al principio de separación de poderes y a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. o.- El artículo 54 del Reglamento no resulta contrario a los principios de extraterritorialidad y libertad de comercio, ni tampoco constituye una barrera no arancelaria, en cuanto remite al cartel para que éste determine los elementos de juicio que los oferentes -tanto nacionales como extranjeros- deben aportar a la Administración, a fin de que determinen su existencia, representación y capital social. p.- En relación con los artículos 45 y 48 de la Ley de Contratación, en concordancia con los numerales 59 y 60 del Reglamento, reitera, que el privilegiar uno u otro procedimientos es un asunto de mera discrecionalidad legislativa, ya que no existe un único procedimiento licitatorio, basta con que se recurra a una de sus modalidades. En este sentido, señala que tanto en la licitación por registro como en la restringida, se respetan los principios de igualdad y libre concurrencia, los cuales se garantizan en lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley de Contratación Administrativa, sólo que en menor medida, ya que se invita anualmente a incorporarse al Registro de Proveedores de cada institución, existiendo la posibilidad de incorporarse al mismo en cualquier tiempo y en la presentación de ofertas, pueden participar personas no inscritas, siempre y cuando se incorporen al mismo antes de vencer el plazo, regulaciones que la anterior legislación contemplaba en una forma más estricta para la licitación privada. q.- Por último, alega que no resulta cierta la afirmación de que la licitación pública esté reservada únicamente para las grandes instituciones del Estado, como la Caja Costarricense del Seguro Social, Ministerio de Educación, Instituto Nacional de Seguros, Instituto Costarricense de Electricidad, Refinadora Costarricense de Petróleo y Compañía Nacional de Fuerza y Luz, ya que en el Diario Oficial, La Gaceta, se han publicado gran cantidad de licitaciones públicas de las más diversas instituciones, como municipalidades, la Universidad de Costa Rica, el Instituto de Fomento Cooperativo, Ministerio de Obras Públicas, etc.

6.-

Luis Fernando Vargas Benavides, Contralor General de la República, contesta la audiencia concedida en los siguientes términos: a.- Que el fundamento de la "constitucionalización" de la licitación, como procedimiento para verificar la contratación del Estado, encuentra su fundamento en la Asamblea Nacional Constituyente, por cuanto los constituyentes optaron por el procedimiento de la licitación pública como medida necesaria para darle solución a los problemas económicos de la década de los cuarenta, ante el desequilibrio presupuestario de los Gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, sensible reducción de los ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial, y en especial, para ponerle freno a la práctica de la "contratación sin licitación" que se había generalizado en esa época. b.- El consenso generalizado de la necesidad de una normativa firme que pusiera fin a la alegada corrupción administrativa, hizo que al discutirse la contratación del Estado y a la creación y atribuciones de la Contraloría General de la República, generara poca discusión en la Constituyente. c.- Como consecuencia directa de las normas y principios constitucionales -182, 183 y 184-, se promulgaron la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -número 1252, de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta-, y la Ley de la Administración Financiera de la República -número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno-, normativa en la que se rescataron los principios de la intervención de la Contraloría en la contratación administrativa y administración de los fondos públicos y que el procedimiento de la licitación pública es el más apto para que se verifique la contratación administrativa, dado que en él se da plena garantía de los principios que la integran (publicidad, igualdad, libre concurrencia, transparencia, sana administración de los fondos públicos, entre otros). d.- Que la utilización de figuras contractuales no previstas en el ordenamiento jurídico-administrativo, no tendría roces constitucionales, en tanto la implementación de la misma no violente normas, principios y requisitos del ordenamiento jurídico administrativo, y los procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa (artículos 3 párrafo 2° y 55). e.- Que lo preceptuado en el párrafo 3° del artículo 3 de la Ley no quebranta el artículo 183 de la Constitución, conforme a la adición introducida al artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, que exige un informe de la Contraloría en reclamos de nulidad directamente relacionada con la Hacienda Pública. f.- Que la división en diversas categorías de licitaciones sí quebrantan los principios recogidos en el artículo 182 de la Constitución, ya que al elevarse de tal manera la cuantía que se determinó para la utilización del procedimiento de licitación pública, ésta pasó de procedimiento "ordinario" a uno de naturaleza "excepcional", con lo que se estaría renunciando, injustamente, al empleo del

procedimiento más deseable para el trámite de los contratos administrativos, lo que afecta el interés general. g.- Que los montos se fijaron sin estudio técnico, y resultaron irrazonables y desproporcionados, ya que no se ajustan a la realidad práctica nacional. i.- Que a pesar de no ser clara la redacción del artículo 28 de la Ley de Contratación Administrativa, se entiende que la posibilidad de utilizar procedimientos más calificados que el correspondiente se refiere a los previstos en la propia Ley. j.- Que la disposición del inciso a) del artículo 84 de la Ley de Contratación Administrativa al eliminar la apelación -como recurso jerárquico impropio- ante la Contraloría, para las adjudicaciones cuyo monto sea inferior a 40 millones de colones, no es inconstitucional, si se establece la posibilidad de que dentro de la propia Administración que dictó el acto, se pueda recurrir ante el superior del órgano a impugnar el mismo. k.- Que el artículo 89 párrafo 3° de la Ley de Contratación Administrativa quebranta los artículos 27 y 41 constitucionales, en tanto al apelante se le perjudica al confirmar el acto recurrido por la no resolución del recurso dentro del término legal establecido, máxime que los plazos establecidos al efecto resultan desproporcionados e irrazonables por cortos. l.- Que el artículo 101 de la Ley de Contratación Administrativa carece de sentido alguno, pero no lo hace inconstitucional, ya que no restringe ni elimina la facultad de fiscalización superior de la Hacienda Pública de la Contraloría, específicamente en materia de contratación administrativa. ll.- Que en el tanto el artículo 109 párrafo 2° de la Ley de Contratación Administrativa establezca la facultad de los órganos sujetos a esta normativa de emitir reglamentos complementarios, se quebrantan los artículos 9 y 140.3 de la Constitución Política. m.- Que el contenido del inciso 5) del artículo 50 del Reglamento de Contratación Administrativa es contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria, ya que sobrepasa y desvirtúa los alcances del artículo 33 de la Ley de Contratación Administrativa, al señalar que la falta de firma o la firma de quién no esté legitimado legalmente para hacerlo es un defecto subsanable de la oferta. n.- Que la omisión de los documentos a que se refiere el artículo 56 y aparte 56.1.1, son vicios que podrían ser subsanables y no conllevan inseguridad jurídica alguna. No obstante, lo dispuesto en el inciso 1) de la misma disposición, en cuanto permite que se subsane cualquier defecto formal y lo establecido en el artículo 56.1.2, resulta extralimitado de los alcances del artículo 33 de la Ley de Contratación Administrativa y contrario al artículo 140.3 constitucional. Lo mismo sucede con el inciso 4) del artículo 4 del Reglamento. ñ.- Que el artículo 87 de la Ley de Contratación Administrativa sí resulta inconstitucional en tanto establece una sanción desproporcionada que podría limitar el acceso a la justicia administrativa y a que un órgano imparcial revise los actos de

adjudicación de la Administración activa, derechos fundamentales que encuentran sustento en lo dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales, de manera que, ningún tipo de valladar debe obstaculizar la posibilidad de acceso a la justicia. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la tutela de los derechos fundamentales no es exclusiva de la vía jurisdiccional, sino que se extiende a la sede administrativa, con la intervención imparcial de la Contraloría General de la República, en su carácter de jerárquico impropio de la Administración Pública, en materia de Hacienda Pública. De modo, que ante un recurso de apelación manifiestamente infundado, lo que procede es un rechazo de plano, no la ejecución de la garantía de participación. o.- La garantía de participación flotante no fue contemplada en la Ley de Contratación Administrativa, por lo que estima que el artículo 34 del Reglamento se excedió en sus alcances, en tanto un reglamento ejecutivo no puede regular supuestos para los que el legislador no haya habilitado expresamente su intervención, ya que su función se limita a facilitar la aplicación normativa de la ley dentro de los cánones dispuestos por ésta, no a alterar o desnaturalizar su espíritu. La garantía flotante, como medio de afianzar la seriedad de la propuesta, no fue prevista por el legislador, no se delimitó su naturaleza, ni su alcance, ni modo de operación, de modo que excede el marco legal previsto, dispuesto en forma independiente para cada negocio que promueva la Administración. p.- No resulta contrario a los principios de extraterritorialidad de las leyes y de libertad de comercio el artículo 54.5 del Reglamento, por el que remite al cartel para que en él se detallen los requisitos de los participantes, a fin de que demuestren que se encuentran debidamente facultados para participar en el concurso, para ofrecer y cumplir con el objeto de la futura contratación. q.- El estructurar un sistema de contratación administrativa sobre la base de un registro de oferentes, en el que debe estarse previamente inscrito a la promoción del concurso, comporta una seria lesión a los principios de igualdad y libre concurrencia; ya que debe tenerse en cuenta que: i) cada interesado debe inscribirse en todos y cada uno de los registros de las administraciones públicas en las cuáles tenga interés de que se le considere como eventual oferente, con el agravante de que cada administración demanda una pluralidad de requisitos en sus respectivos reglamentos; ii) de conformidad con los topes fijados para la promoción de los diferentes procedimientos, y con el carácter excepcional que se da a la licitación pública, el registro de proveedores se consolida como eje del sistema de la contratación en la Administración, de donde parte la estructuración de los restantes procedimientos, lo que comporta una limitación importante a la libre participación de los interesados, en negocios de una cuantía muy relevante, ya que se consolida como requisito formal de la oferta, a modo de licencia

o autorización para el ejercicio de un derecho fundamental (libertad de comercio); iii) en relación con la licitación restringida, se omite especificar la forma o medio que debe usar la Administración para escoger a quiénes de los registrados cursa la invitación; no existen parámetros de selección, ni la forma en que se tendrán por acreditados los antecedentes, los que son discrecionales de la Administración y que no se garantiza la igualdad en el trato, sino que deja a la obra del azar y a la acuciosidad del oferente su eventual participación, no como producto de un sistema reglado, cuya preocupación sea el de garantizar la participación de todos los inscritos en el registro; iv) ni en la Ley ni en el Reglamento se dan los parámetros para que las distintas instituciones administrativas dicten sus "reglamentaciones" en resguardo de los principios de la contratación administrativa; v) a la fecha, son pocas las administraciones que han dictado reglamentaciones en relación con los Registros de Proveedores. En este sentido, la Administración no puede suponer que todos los oferentes estén atentos a que se invite a cinco de sus competidores para ir al registro a ver la carta-invitación, para presentar su oferta; y si lo hace en tales circunstancias, ya estará en una situación de desventaja, al no haberse reglado los criterios para la selección. r.- La publicidad anual del programa de compras de cada institución - artículo 6 párrafo tercero de la Ley de la Contratación Administrativa-, no constituye suficiente garantía del principio de publicidad, dado que el mismo no es más que un listado de bienes o servicios, sin especificación alguna al tipo de procedimiento y bien o servicio a contratar, lo que no puede motivar un verdadero concurso, dado que los posibles interesados en contratar con la Administración no cuentan con suficiente información para proponer su oferta. Asimismo, esta publicación puede generar la práctica inconstitucional de fraccionar los concursos, como está sucediendo con la Caja Costarricense del Seguro Social, en que se publican las órdenes de compra por centro hospitalario y no en forma global de la institución autónoma, o con el Instituto Costarricense de Electricidad, en relación con los servicios de telecomunicaciones.

7.-

Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 132, 133 y 134 del Boletín Judicial, de los días once, doce y quince de julio de mil novecientos noventa y seis; y los edictos referentes a la ampliación de los motivos de impugnación, fueron publicados en los números 202, 203 y 204 del Boletín Judicial, de los días veintidós, veintitrés y veinticuatro de octubre del mismo año.

8.-

Mediante memorial visible a folios 261 a 285, Rodolfo Saborío Valverde, solicita que, en su condición de ciudadano interesado en el fondo del asunto que se discute en esta gestión de inconstitucionalidad y para suministrar elementos de juicio adicionales por el hecho de haber participado en la redacción y discusión, hasta su aprobación final, del proyecto de Ley de la Contratación Administrativa, se le tenga como "colaborador externo en este debate" y presenta un extenso análisis sobre el contenido de la Ley y los motivos que tuvo el Poder Ejecutivo para impulsar la reforma, principalmente como una "ley reacción", afirma, en respuesta a muchos años del entramamiento y desperdicio ocasionados por el modelo anterior, plagado de formalismos excesivos, lo que imposibilitó el desarrollo de la compra de bienes y servicios en condiciones de racionalidad y eficiencia. Que se ha querido sustituir la forma por el fondo; adecuar los montos para fijar los tipos de concursos; dotar de mayor flexibilidad a la Administración para que pueda ser más eficiente. Todo ello en razón de que el sistema anterior carecía de sistemas y métodos, no había reglas y principios uniformes, prevaleciendo el formalismo sobre el fondo; con lo que pretende una sustitución global del modelo anterior, en procura de eficiencia, publicidad e igualdad en los procedimientos de contratación; además, de que la Ley fue producto de deliberación, estudio y debate de los diferentes sectores involucrados, tanto del sector público como el privado.

9.-

La audiencia oral prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se celebró a las diez horas cinco minutos del diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y siete; con la presencia de los Magistrados Propietarios: Luis Paulino Mora Mora -quien presidió-, Luis Fernando Solano Carrera, Eduardo Sancho González, y Carlos Arguedas Ramírez; y los Magistrados Suplentes: Fernando Albertazzi Herrera, Mario Granados Moreno y Alejandro Rodríguez Vega. Asistieron además, el accionante, Doctor Jorge Enrique Romero Pérez, los Licenciado Farid Beirute Brenes y Antonio Sobrado en representación de la Procuraduría General de la República y los Licenciados Roberto Gamboa Ch. y José Gerardo Riba B., por la Contraloría General de la República.

10.-

En los procedimientos se han cumplido las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado Sancho González; y, Considerando: I.-

LA LEGITIMACIÓN DE LOS ACCIONANTES. Cuestiona la Procuraduría General de la República la legitimación, de Jorge Enrique Romero Pérez en su condición de accionante, por no tener un asunto pendiente de resolver, ni ante la vía jurisdiccional, ni en el

procedimiento para agotar la vía administrativa, en los términos establecidos en el párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ni existir un verdadero interés difuso en el asunto. Igualmente, objeta la legitimación de la "Cámara de Representantes de Casas Extranjeras, Distribuidores e Importadores" (CRECEX), por no demostrar el perjuicio que la normativa impugnada causa al interés corporativo que le asiste. Esta Sala no comparte el criterio de este órgano asesor, en razón de considerar que los accionantes se encuentran dentro de los supuestos establecidos en el párrafo segundo del citado artículo 75, que dispone que: "No será necesario el caso pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto".

Estima la Sala que en el presente asunto, efectivamente se está en presencia de los llamados intereses difusos, según lo ha definido su propia jurisprudencia; en el caso de Jorge Enrique Romero Pérez, en tanto, con la impugnación de las distintas normas de la Ley General de la Contratación Administrativa y su Reglamento, pretende la defensa de las funciones de fiscalización superior de los actos de disposición de los fondos públicos, puesto que en los procedimientos de la contratación administrativa están de por medio los recursos financieros del Estado, en el sentido que fue considerado con anterioridad por este Tribunal, en que señaló que al comprometerse fondos públicos: "[...], el control que se ejerza sobre ellos es, sin lugar a dudas, un asunto de orden público" (sentencia número 2864-92, de las quince horas del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y dos);

control que en ese momento se ejercía por los medios establecidos en la Ley de la Administración Financiera de la República, que en su artículo 101 señalaba que: "[...] desarrolla el mecanismo de licitación, como principio de orden público, complementado por el artículo 31 del Reglamento de la Contratación Administrativa, al decir que: La licitación pública constituye un medio idóneo y el más deseable instrumento para el trámite de los contratos administrativos. Tiene por fundamento promover la más amplia competencia, dentro del marco del interés administrativo, con miras al logro de las mejores condiciones posibles, a la vez que garantizar la igualdad de oportunidades para las personas que deseen contratar con la Administración. El interés público y la equidad orientan, en consecuencia, el procedimiento.»" En lo que atañe a la Cámara accionante, la misma se encuentra legitimada para impugnar la normativa referente a la contratación administrativa, en el tanto representa un interés corporativo en defensa de los intereses de sus agremiados, ya que eventualmente la normativa cuestionada puede ser lesiva de sus intereses, por

constituir un obstáculo para que ellos puedan ser considerados como posibles oferentes en los distintos procedimientos de contratación administrativa, según el sistema tradicionalmente consolidado.

II. LA GESTIÓN DE SER TENIDO COMO "COLABORADOR EXTERNO". Según consta en el expediente, en escrito visible a folios 261 a 285, Rodolfo Saborío Valverde se apersona ante esta Sala para que, en su condición de "ciudadano interesado en el fondo del asunto y para suministrar elementos de juicio adicionales por haber participado en la redacción y discusión, hasta su aprobación, del proyecto de la Ley de la Contratación Administrativa", se le tenga como "colaborador externo de la Sala en este debate". El artículo 83 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional regula la figura del coadyuvante, de manera que posibilita apersonarse ante la Sala a quienes ostenten un interés legítimo, con el fin de "coadyuvar en las alegaciones que pudieren justificar su procedencia o improcedencia, o ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interesa"; pero, en cambio, no contempla la posibilidad de que cualquier otra persona interesada se apersona a manifestar sus apreciaciones en los distintos asuntos que se conocen y tramitan ante este Tribunal. Téngase en cuenta que, en virtud de la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad, la gestión resulta improcedente, porque: "[...] la finalidad de la acción de inconstitucionalidad es la determinación de la constitucionalidad de las normas sometidas al examen constitucional, de manera que si se determina su choque con el Derecho de la Constitución, se declare su anulación del ordenamiento jurídico, lo anterior para poder garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales, según el mandato constitucional -artículo 10- y el legal -artículo 1° y 3 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional- encomendado a esta Sala. Esta decisión, debe tenerse en cuenta que no se logra por el consenso de las partes, nótese que la acción de inconstitucionalidad no es un proceso contradictorio, dado que este Tribunal Constitucional no debe ajustarse a lo manifestado por las partes ni por lo indicado por la Procuraduría General de la República - institución que actúa como órgano asesor de la Sala-, ni tampoco debe sujetarse a lo que consta en el expediente; la acción se presenta ante este Tribunal y el mismo actúa de oficio con la colaboración de la Procuraduría General de la República, de manera que la interposición de la acción puede tenerse como una denuncia, ante la cual la Sala debe manifestarse, sea determinando la conformidad de las normas impugnadas con el orden constitucional, o su disconformidad con él, y en consecuencia, declarando su anulación del

orden jurídico" (Sentencia número 4190-95, de las once horas treinta y tres minutos del veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cinco).

En virtud de lo anterior, por resultar manifiestamente improcedente, no puede acogerse la gestión promovida para que se tenga a Rodolfo Saborío Valverde como asesor externo de esta Sala en este asunto. Téngase su escrito únicamente por acreditado al expediente.

III. LA NORMATIVA IMPUGNADA. Como ha quedado consignado en el resultando primero de esta sentencia y como ahora se reitera, los accionantes cuestionan la constitucionalidad de las siguientes disposiciones de la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494 de 2 de mayo de 1995, reformada por Ley número 7612 de 22 de julio de 1995, y del Reglamento General de la Contratación Administrativa, número 25038-H de 7 de marzo de 1996: 1) los artículos 3 párrafo segundo, 55 y 109 de la Ley, 28.1 y 66.1 del Reglamento, en cuanto facultan a las administraciones para crear cualquier figura o tipo contractual y promulgar los reglamentos que requiera en materia de contratación administrativa, con lo que se privatiza la contratación pública administrativa y se le equipara a la contratación civil, en violación de lo dispuesto en los artículos 140 inciso 3) y 182 de la Constitución Política; 2) artículo 3 párrafo tercero de la Ley, en cuanto establece que el régimen de las nulidades para la contratación administrativa es el de la Ley General de la Administración Pública, el cual remite a la Procuraduría General de la República, cuando ese control corresponde a la Contraloría General de la República, en violación del artículo 183 de la Constitución Política; 3) artículos 27 inciso a) y 84 de la Ley, al establecer montos elevadísimos para la licitación pública y para la apelación ante la Contraloría General de la República, con lo que se zca y destruye completamente la licitación pública, en violación del artículo 182 constitucional; 4) artículos 28 de la Ley y 28.3 del Reglamento, en violación de los principios que regulan la contratación pública y que están insertos en el artículo 182 constitucional, de seguridad jurídica, buena fe, equidad, igualdad, certeza negocial, etc., al permitir a la Administración usar procedimientos de contratación más calificados, no contemplados en la ley, con lo que se "privatiza" el contrato público; 5) artículos 30 y 89 de la Ley y 99.4 del Reglamento, en cuanto se perjudica al apelante al tener por confirmado el acto recurrido por no resolver la administración en tiempo el recurso, en violación de los artículos 27 y 41 de la Constitución; 6) artículos 33 párrafo segundo de la Ley y 33.7 del Reglamento, en cuanto establecen que por la simple aceptación de la garantía de participación se tiene por legitimada la oferta, en violación de los principios de la contratación pública; 7) los artículos 45 y 48 de la Ley y 59 y 60 del Reglamento, en cuanto establecen la obligación de estar registrado para efectos de tener posibilidad de participar en los mecanismos de selección

del contratista público, así como la posibilidad que tiene la Administración de "invitar" a ciertos oferentes registrados y no a todos, con violación de los principios reguladores de la contratación pública (equidad, libre concurrencia, libertad de participación, etc.) y los artículos 33 y 46 constitucionales; 8) artículos 87 de la Ley y 99.3 del Reglamento, al establecer una sanción económica por hacer efectivo un derecho fundamental, cual es el derecho de disentir, discrepar o apelar, en los términos de los artículos 27 y 41 constitucionales, al disponerse la pérdida de la garantía de participación si la Contraloría estima improcedente la apelación; 9) artículos 101 de la Ley y 107 del Reglamento, al convertir a la Contraloría General de la República en un mero receptor de papeles, eliminándole su función fiscalizadora de la Hacienda Pública, en violación de lo dispuesto en los artículos 183 y 183 de la Carta Fundamental; 10) artículos 4.4, 56.1, 56.1.1, y 56.1.2 del Reglamento, en cuanto permiten la subsanación en forma ilimitada de una serie de vicios y defectos de las ofertas, lo cual es contrario al principio de legalidad y potestad reglamentaria; 11) artículo 34 del Reglamento, en cuanto crea la "garantía flotante" para respaldar la participación de un mismo oferente en diferentes concursos, lo cual no tiene respaldo legal en violación del principio de legalidad y del artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política; 12) artículo 50.5 del Reglamento, en cuanto legitima una oferta aún si ésta no está firmada o lo ha sido por persona no facultada legalmente, con la simple aceptación de la garantía de participación, por resultar contrario al principio de la interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria; 13) artículo 54.5 del Reglamento, que establece un criterio de extraterritorialidad para la aplicación de la normativa, obligando al extranjero a que establezca la certeza en cuanto a su existencia, representación y capital social, lo cual es una barrera arancelaria que perjudica el libre comercio -artículo 46 constitucional-; y 14) artículo 56.1.2.4 del Reglamento, en cuanto permite la subsanación de datos suministrados en un sistema de medición diferente del establecido en la Ley número 5292.

IV.-

EL ARTICULO 182 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Al disponer el artículo 182 de la Constitución Política "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 estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo";

desarrolla el principio general que enuncia la primera obligación constitucional en la materia de la contratación administrativa, en virtud del cual, "toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación", como lo indicó esta Sala en la sentencia número 2101-91, de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno, y lo ha reiterado en su jurisprudencia. El propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darle solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los Gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, la sensible reducción de ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra Mundial, y en especial, para ponerle fin a la práctica generalizada de "los contratos sin licitación", que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la Oposición (Acta 164 de la Asamblea Nacional Constituyente), de donde nació la necesidad de consignar el principio en la propia Constitución, como expresamente lo indicó el constituyente Castro Sibaja. Por ello, como lo afirma en su informe la Contraloría General de la República y se verifica con el estudio de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, la discusión de la contratación del Estado y la creación y atribución de funciones de la Contraloría General de la República, generó poca discusión en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, dado el consenso nacional de la necesidad de una normativa firme que coadyuvara a solucionar tales problemas. Y es en este sentido que debe entenderse el procedimiento de contratación; es decir, como el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos, constituyéndose, entonces, en principio de orden público derivado de la transcrita norma constitucional, en tanto resulta el "medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración" (sentencia número 1205-96), tal y como lo concibió con anterioridad esta Sala, en sentencia número 3049-94, en la que indicó que la licitación: "[...], es un procedimiento de garantía del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados y acrece la posibilidad para la Administración de una mejor selección del contratista." Precisamente, es el interés público el principio que da fundamento jurídico al procedimiento de licitación; motivos adicionales, pero complementarios, como el pretender las mejores condiciones técnicas y económicas para la Administración y el garantizar la igualdad de oportunidad para las posibles personas interesadas en contratar con ésta y el promover la más amplia competencia, constituyen la justificación jurídica de la escogencia de la licitación como el medio por el cual debe verificarse la contratación administrativa, como se indicó en sentencia número 2633-93 de

las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres: "El procedimiento de licitación pública a que ese artículo se refiere -artículo 182 constitucional-, encuentra su razón de ser, no sólo en relación con el interés del Estado, sino además, en relación con el de los administrados. En términos generales, es posible afirmar que en lo que atañe al Estado, se busca conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del servicio público, en la calidad de la prestación que se brinda a los usuarios, y, según la naturaleza de cada caso, de las condiciones económicas, tanto definir la economía de la operación que realiza el contratista, como también el costo que implica para los usuarios. [...] Es por lo expuesto que puede afirmarse que la licitación pública es un procedimiento de garantía» para el interés público." También se indicó que la escogencia de la licitación pública "[...], no sólo tiene asidero en el artículo 182 supracitado, y la calificada doctrina que lo informa, sino además, en el principio de eficiencia de la Administración (ordinales 140.8 y 191 de la Constitución), así como en todas las garantías que derivan del régimen de la licitación" (sentencias número 0496-91 y número 0752-93, de las dieciséis horas dieciocho minutos del quince de febrero de mil novecientos noventa y tres).

Y es en este sentido, que se concluye que los fines de las regulaciones para la contratación administrativa consisten, "[...], por una parte, en que el Estado consiga las mejores opciones de contratación en cuanto a precio y calidad -es decir, la eficiencia- y, por la otra, en que los particulares participen en igualdad de condiciones; [...]" (sentencia número 0787-94, de las quince horas veintiún minutos del ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro);

todo lo anterior, se repite, en aras de proteger el interés público. En este orden de ideas, por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado -en el sentido más amplio- para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre competencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles, entre otros y que luego se desarrollan. Es un procedimiento administrativo tipificado por una serie de actos cuyo principal objetivo es la selección del contratista más idóneo, para lo cual se cursa invitación en forma pública y general a los potenciales oferentes, para que éstos hagan llegar su ofertas a la administración contratante, con la finalidad de que ésta las estudie, clasifique y adjudique de acuerdo con las condiciones establecidas en el cartel, o declare desierto el concurso, si las mismas no se ajustan a los requisitos establecidos, todo lo anterior, se repite, con el objeto de sanear

la administración de los fondos públicos, tal y como se definió en la sentencia número 5985-93, de las catorce horas dieciocho minutos del diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y cinco: "Reiteradamente esta Sala ha indicado que por disposición del artículo 182 de la Constitución Política, el procedimiento de licitación pública es una formalidad previa a los contratos del Estado, que debe considerarse un procedimiento de garantía para el interés público. Su publicidad busca garantizar a los administrados que la contratación con el Estado se produzca en condiciones de igualdad tendiendo a evitar tratos preferenciales e injustos. De igual manera el Estado busca en este procedimiento conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del contrato, en la calidad de la prestación, y -según la naturaleza- en las condiciones económicas";

concepción que se reitera en la siguiente consideración: "Deberá también tomarse en cuenta que la condición de permisionario cede ante la obtención de un contrato por el procedimiento de licitación pública, el que como lo ha indicado la Sala, es un procedimiento de garantía de interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados y acrece la posibilidad para la Administración de una mejor selección del contratista";

y que comprende toda su actividad contractual; en tanto no puede estimarse que el artículo 182 constitucional, al hablar de "ejecución de obras públicas", "compras", "ventas o arrendamientos de bienes", esta norma constituye una enumeración cerrada o taxativa de las distintas modalidades de contratación a manera de "numerus clausus".

V.-

ARTICULO 182. Cont.- Es importante recalcar que la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en relación con esta norma constitucional, se centró en la determinación del procedimiento más apto para que se realizara la contratación administrativa: en tanto, algunos constituyentes eran partidarios en eliminar toda restricción, para que la misma se verificara mediante licitación privada, por cuanto las licitaciones públicas no siempre producen los mejores beneficios, por el contrario, otros abogaban por la necesidad de instaurar el procedimiento de la licitación como principio constitucional de la contratación administrativa, discusión que concluyó en que el sistema de la licitación privada se reservaría únicamente para las contrataciones cualitativa y cuantitativamente menores, como lo son las reparaciones, y que el resto de las negociaciones administrativas

se realizaría mediante la licitación pública (ver acta número 164 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949).

VI. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. La contratación administrativa se caracteriza por conformarse a partir de una serie de principios jurídicos. En efecto, desde el punto de vista del contenido material de nuestra Constitución Política, la sola enunciación que hace el artículo 182 constitucional implica esa configuración, como habían manifestado los Magistrados Sancho, Calzada y Molina en el voto salvado de la sentencia número 0787-94, de las quince horas veintiún minutos del ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro: "La norma impugnada contiene un requisito formal que debe satisfacer toda persona física o jurídica, que desee participar en los procedimientos de contratación administrativa, para satisfacer el principio esencial contenido en el artículo 182 de la Constitución Política, en virtud del cual 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 las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.» Este principio, que se resume en que toda contratación administrativa, se hará por el procedimiento de licitación», implica que tienen rango constitucional todos los principios del derecho público que informan la contratación administrativa, en la medida en que resulten razonables y proporcionados a los fines que se persiguen. Los tres principios esenciales que reconoce la doctrina del Derecho Público, son la libre concurrencia, la igualdad de oportunidades y la publicidad, principios que reproduce la Ley de la Administración Financiera de la República en su artículo 101 y el artículo 31 del Reglamento de la Contratación Administrativa y la norma que se cuestiona, no lesiona, en forma alguna, ninguno de esos tres principios";

desarrollo que recogió este Tribunal en pleno con posterioridad, en sentencia número 1206-96 de las nueve horas del quince de marzo de mil novecientos noventa y seis: "[...], que al disponer el artículo 182 constitucional que debe celebrarse mediante licitación, implica que son constitucionales todos los principios esenciales que informan esa figura, reconocidos unánimemente por la doctrina del Derecho Constitucional y Público, como la equidad, publicidad, igualdad de oportunidades, el interés público y la buena fe, entre otros";

y que reiteró en la siguiente consideración: "Ha dicho esta Sala que si el artículo 182 de la Constitución Política establece este principio -el de la licitación-, entonces se encuentran

inmersos en el concepto todos los principios propios de la Contratación Administrativa" (idem).

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: 1.- de la libre concurrencia, que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece; 2.- de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, principio complementario del anterior y que dentro de la licitación 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; 6.- formalismo de los procedimientos licitatorios, en cuanto

se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa; de manera que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia; 7.- equilibrio de intereses, en tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste; 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; 8.- de la mutabilidad del contrato, puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar; 9.- de intangibilidad patrimonial, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólme el nivel económico originalmente pactado (reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato); y 10.- del control de los procedimientos, principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. De manera que es necesaria, en todo el procedimiento de la contratación administrativa, cuando menos, la verificación de los siguientes controles: el jurídico, para comprobar que ninguna entidad o funcionario realice acto alguno o asuma conductas que transgredan la Ley, realizado mediante la verificación de la existencia previa de recursos económicos; el contable, que es el examen o juzgamiento de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios que tienen a su cargo de la administración de fondos y bienes del Estado, que deriva de la revisión constante y sistemática de todas las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa o la Contraloría, a fin de que los gastos tengan su respaldo financiero y se ajusten a la clasificación establecida,

realizado por las oficinas de control de presupuesto y contabilidad de cada ente o institución contratante; el financiero, que consiste en la fiscalización de la correcta percepción de ingresos y de la legalidad del gasto público, de competencia de las propias oficinas financieras de las instituciones, la Tesorería Nacional, la Oficina de Presupuesto, y la Contraloría General de la República; y el control económico o de resultados, que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión, la determinación del cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento óptimo de los recursos, control que se lleva a cabo muy parcialmente por parte de las instituciones y no se ha concebido como un efectivo instrumento para el desarrollo gerencial e institucional. Estos principios tienen reconocimiento tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, y ya han sido desarrollados por este Tribunal en reiteradas ocasiones y con anterioridad a esta sentencia, de la siguiente manera: "[...], si el recurrido no siguió este procedimiento, se infringió no sólo el artículo 182 constitucional, que preceptúa la licitación como instrumento de contratación del Estado, sino además, el principio de igualdad, en su connotación específica de igualdad de trato para los interesados y potenciales concursantes, limitándose además, indebidamente, la libertad de contratar (derivada de la de comercio), dispuesta por la Carta Política en su norma 46, y con todo ello, al no sujetarse a los procedimientos jurídicos aplicables, violó, también, el principio de legalidad." (Sentencia número 1490-92, de las dieciséis horas nueve minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y dos).

Asimismo, en sentencia de amparo número 2633-93 de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres, manifestó: "En relación con los particulares el procedimiento de licitación, en tanto caracterizado por el principio de "publicidad" que lo informa, busca garantizar a los administrados la más amplia garantía de libre concurrencia, en condiciones de absoluta igualdad, en el procedimiento de contratación. El sistema tiende a evitar tratos preferenciales e injustos y el procedimiento de licitación definido por la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, como el medio idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos», se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones para la Administración Pública y de garantizar la libertad de oportunidades a los interesados y todo ello conforme el llamado principio de legalidad de la contratación administrativa, al que debe sujetarse todo el que quiera contratar con la Administración (véase el artículo 182 de la Constitución Política";

y se concluyó que el obviar los procedimientos licitatorios además de implicar una burla al procedimiento constitucional de la licitación, constituyen también una violación "[...] de los principios de la más amplia participación de los administrados y de la búsqueda de las mejores condiciones para la Administración, propicia y provoca, de hecho, la creación de monopolios de carácter privado, lo que el Estado está llamado a evitar. Y precisamente el camino para hacerlo, es permitiendo, como se indicó, la mayor participación posible de los particulares interesados, en condiciones de absoluta igualdad, en un procedimiento amplio y cristalino de contratación administrativa." En sentencia de inconstitucionalidad número 5386-93, de las dieciséis horas del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y tres, se reitera: "[...], el procedimiento debería ser concursal, en atención a la licitación como medio constitucional de proveer a la libre competencia y a la igualdad de las empresas potencialmente oferentes (artículo 182 de la Constitución)." Al resolverse la acción de inconstitucionalidad promovida contra las limitaciones que los artículos 107 de la Ley de la Administración Financiera de la República, 252 párrafo primero y 253 del Reglamento de la Contratación Administrativa, respecto de quiénes pueden contratar con la Administración, se indicó: "II).-

En refuerzo de lo dicho cabe indicar que las normas cuestionadas resultan válidas también, a la luz de los principios rectores de la contratación administrativa, especialmente el de la libre concurrencia y su derivado, el de igualdad, cuya vigencia se vería comprometida de aceptarse en esta sede la tesis propuesta en la acción.- El primero de los principios señalados -libre concurrencia- tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición entre todos los oferentes, y su contrapartida está en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; su consecuencia inmediata es que impone a la Administración el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta, circunstancia que evidentemente no podría darse, si se permitiera la participación en el concurso de los funcionarios del más alto nivel en la República, o de sus parientes, quienes podrían utilizar ilegítimamente su posición para influenciar la escogencia final. Por el segundo de los principios indicados -igualdad- la Administración debe colocar a todos los oferentes en pie de igualdad, desde el inicio del procedimiento y hasta la adjudicación o formalización del contrato, lo que implica que no puede crear entre ellos discriminaciones jurídicas ni de hecho, susceptibles de dar ventaja a ciertos concurrentes, o bien de perjudicarlos. Esa igualdad comprende, al menos, el deber

de que las condiciones sean las mismas para todos los competidores y que debe darse preferencia siempre a quien hace la oferta más ventajosa para la Administración; su incumplimiento, violación, quebrantamiento o no aplicación, vicia de nulidad el contrato que, como su consecuencia, fuere celebrado; y por ello, en atención a lo expuesto, no encuentra esta Sala que, en general, las disposiciones que prohíben la participación de los miembros de los Supremos Poderes y órganos constitucionales -y los parientes de aquéllos- en los contratos administrativos, resulten en sí mismas inconstitucionales dado que encuentran asidero constitucional en los principios señalados, derivados de los numerales 33, 112 y 143 de la Constitución Política." Por último en sentencia número 1205-96, supra citada, se consideró: "Desde esta perspectiva, la Sala ha declarado en Sentencia No. 3495-92 de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 1992, que existe un reconocimiento constitucional del principio y derecho de propiedad privada (artículo 45) y libertad de empresa (artículo 46) y partiendo de ambos se inscribe también como principio del mismo rango para el ejercicio de ambos, el de libre contratación del cual su contenido, ha sido resumido por esta Sala en cuatro elementos; y literalmente señala esa jurisprudencia:

a) la libertad para elegir al co-contratante;

b) la libertad en la escogencia del objeto mismo del contrato y, por ende, de la prestación principal que lo concreta;

c) la libertad en la determinación del precio, contenido o valor económico del contrato que se estipula como contraprestación;

d) el equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones; equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcances de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y, además, proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato. Esto último resulta de necesaria aplicación y, por ende, de rango constitucional»";

y continúa diciendo: "Siendo así, en todo concurso el número de oferentes no puede tener límites, dado que, en teoría, pueden concurrir a ella todas aquellas personas o entidades que, de acuerdo con las normas vigentes, estén en condiciones de presentar una oferta válida. En este procedimiento se presupone la existencia de una "previa" justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, y tiende, en definitiva, a establecer cuál persona o

entidad es la que ofrece la propuesta más conveniente para el Estado, lo que resulta de la conjugación de varios elementos objetivos del contrato de que se trate, y que no necesariamente está representado por el precio más bajo." VII. LAS FACULTADES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA INTERVENIR EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA (ARTICULO 183 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA). La Asamblea Nacional Constituyente, al crear la Contraloría General de la República como una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa, le confirió la tarea de la fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública -artículo 183 de la Constitución Política-, en cuanto le corresponde verificar la correcta utilización de los fondos públicos, lo que debe entenderse en los términos ya señalados con anterioridad por este tribunal Constitucional: "De la lectura de los artículos 183 y siguientes de la Constitución Política, es posible concluir que la Contraloría General de la República, tiene en relación con los fondos públicos, una función de fiscalización superior, jurídica y financiera, que no puede verse limitada a una actuación automática de simple aprobación», puesto que ello implicaría una disminución sustancial de sus competencias constitucionales" (sentencia número 2340-94, de las quince horas del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y cuatro);

"La Contraloría General de la República, como su Ley Orgánica remarca (Ley No. 7428 de siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro) es un órgano de relevancia constitucional, auxiliar de la Asamblea Legislativa, cuya función general es el control superior de la Hacienda Pública y la dirección del sistema de fiscalización regulado en la citada Ley" (sentencia número 5119-95, de las veinte horas treinta y nueve minutos del trece de setiembre de mil novecientos noventa y cinco).

El fundamento normativo de esta competencia especial deriva de lo dispuesto en el citado artículo 183 constitucional, y que la Ley ha desarrollado, tanto en la primer Ley Orgánica de esta institución -número 1253 de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta-, que en sus artículos 2 y 3 inciso k) le confirió a esta institución la especial competencia para ejercer funciones de vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de los empleados públicos, y específicamente, para intervenir en las licitaciones (contratación administrativa); como así también en Ley Orgánica vigente y en la Ley de la Administración Financiera de la República -número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno-, normativa en la que se recoge el espíritu y voluntad del constituyente; y según se anotó en sentencia número 2632-95, de las dieciséis horas seis minutos del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cinco: "[...] la potestad

cuestionada de la Contraloría General de la República de controlar la hacienda pública, y en concreto a las empresas públicas, subsistiría aún declarándose la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por cuanto la misma le viene encomendada, en primer término, por disposición constitucional -artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y en segundo término, por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, tanto la vigente al momento de los hechos -número 1252, de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta-, como la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -número 7428-, la cual es más explícita -concretamente en su artículo 18 señala la facultad que tiene la Contraloría para controlar los presupuestos de la Administración, comprendiendo a las empresas públicas de cualquier tipo, entre las que, lógicamente se encuentra RACSA-, en el Reglamento sobre el Funcionamiento de Empresas Estatales Estructuradas como Sociedades Mercantiles -Decreto Ejecutivo número 7927-H, de doce de enero de mil novecientos setenta y ocho-, en la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, número 6821, de diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y dos, y en la Ley del Equilibrio Financiero del Sector Público, número 6955, de veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y cinco; por lo cual, la pretensión de RACSA no se vería protegida, y la declaratoria de inconstitucionalidad que se solicita no tendría el efecto de permitir a la empresa accionante la libre disposición de los recursos públicos y así evitar la supervisión de la Contraloría, al subsistir las atribuciones de esta institución, y ninguna variación se produciría en relación con el manejo de los fondos públicos administrados por dicha empresa"; de manera que la Contraloría, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico -según se anotó anteriormente-, se encarga de ejercer un control financiero y de legalidad en el manejo de los fondos públicos, que comprende las diversas operaciones de ejecución del presupuesto del Estado, control que consiste en fiscalizar la coincidencia entre la acción administrativa financiera y la norma jurídica, por lo que, como lógica consecuencia, no escapa a este control de la Contraloría, la actividad referente a la contratación administrativa, según lo indicado por esta Sala en sentencia número 2398-91, de las quince horas veinte minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno: "En primer término, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, corresponde a la Contraloría General, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a los procedimientos de contratación administrativa." Dentro de las funciones comentadas, la Contraloría resulta competente para fiscalizar a los funcionarios encargados de la

administración de los fondos públicos, según se indicó en sentencia número 3607-94, de las quince horas del diecinueve de julio de mil novecientos noventa y cuatro: "En este sentido, olvida el petente que el artículo 183 de la Constitución Política dispone que: La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.» Nótese que las facultades cuestionadas se otorgan al órgano constitucional creado para el control y fiscalización de la hacienda pública, y las funciones que le encomienda la Ley de la Administración Financiera vienen a desarrollar el presupuesto constitucional, razón por la que la fiscalización e investigación de los funcionarios públicos que reciben, custodian, pagan o administran bienes o valores del Estado», no está más allá de las funciones encomendadas a este órgano, más bien responden al interés del buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas";

y continúa diciendo: "[...] lo que la ley encomienda a la Contraloría es la de fiscalización del cumplimiento de la Ley de la Administración Financiera, lo que conlleva al control de los funcionarios públicos que manejan fondos públicos, constituyendo la labor de investigación una consecuencia lógica de la misma, y que se llevará a cabo cuando exista mal uso de los bienes y valores del Estado." Asimismo, estima esta Sala que, aún cuando no existiera normativa legal específica que desarrollara las competencias propias de esta institución - Contraloría General de la República-, la misma sí estaría legitimada para ejercer actuaciones tendentes a vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública, precisamente por estar basada su competencia en normas de rango constitucional. En este sentido, cualquier reforma o modificación tendrá como especial fin el ampliar, aclarar o complementar las atribuciones que ya están dadas por la propia Constitución Política, según lo posibilita el inciso 5) del artículo 184 constitucional; de manera que el legislador común no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas o atribuírselas a otros órganos públicos, cuando la modificación en este sentido, resultare contraria a los parámetros y principios constitucionales comentados.

VIII.-

CONCLUSIÓN GENERAL INICIAL. Con fundamento en las anteriores consideraciones resulta evidente, a juicio de esta Sala, que los principios derivados del artículo 182 de la Constitución Política, y como tales, de rango constitucional, han sido amplia y repetidamente confirmados por su propia jurisprudencia. Pero además, que en esa misma

dirección, tradicionalmente, desde que entró en funciones, los ha protegido la propia Contraloría General de la República en el ejercicio de sus funciones constitucionales, según sus propios precedentes administrativos. En razón de lo afirmado, se concluye que en ese sentido ha sido el desarrollo, tanto por la jurisprudencia administrativa como de la judicial, desde la promulgación de nuestra Carta Fundamental en el año de mil novecientos cuarenta y nueve, del tema de la contratación administrativa. Pero lo dicho no excluye una breve consideración sobre la motivación de la Ley que en estas acciones acumuladas se examina, sobre el llamado principio de eficiencia del Estado en la administración de la cosa pública: la Sala admite, como es lógico inferirlo de las distintas manifestaciones que se han dado en el presente caso, que es política legislativa definir los alcances de los sistemas de contratación administrativa, como consecuencia derivada del texto del artículo 182 de la Constitución Política ya comentado, en el sentido de que la contratación administrativa debe hacerse por medio de licitación "de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo". Pero ello no excluye que este Tribunal, en razón de su función esencial de ser custodio del principio de la supremacía constitucional, deba examinar la razonabilidad y la proporcionalidad de las normas, para determinar si son conformes a los principios esenciales ya señalados. Y como conclusión general inicial, que emana del examen de los principios, de la doctrina y la jurisprudencia que se han expuesto en los considerandos anteriores, sólo puede afirmarse que el sistema de contratación administrativa está conformado, por un lado, por los principios constitucionales que emanan del artículo 182 de la propia Constitución, y por otro lado, como complemento, por el sistema de control ejercido directamente por el órgano constitucional encargado de la fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública, sea la Contraloría General de la República, que se establece como garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público. Es a la luz de estas normas y principios que se entra a analizar la razonabilidad y proporcionalidad de la normativa impugnada, referente a la contratación administrativa contenida en la Ley y el Reglamento impugnados.

IX.-

DE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 3 PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y 66 DE SU REGLAMENTO. Los accionantes impugnan los artículos 3 párrafo segundo de la Ley y 66.1 del Reglamento, en cuanto facultan a las administraciones para crear cualquier figura o tipo contractual en materia de contratación administrativa, con lo que consideran que se privatiza la contratación pública administrativa y se le equipara a la contratación civil, en violación de lo dispuesto en los

artículos 140 inciso 3.) y 182 de la Constitución Política. El análisis de estas normas debe partir del principio general comentado en los considerandos anteriores, por el que la exigencia que se deriva del artículo 182 constitucional, es en cuanto el Estado debe sujetar su actividad contractual a la licitación, esto es, a la modalidad o conjunto de principios derivados de la norma constitucional, como procedimiento de garantía de control del interés público. En este sentido, no puede entenderse que esta norma constitucional -artículo 182- constituya una lista cerrada y taxativa con respecto a los distintos tipos o figuras contractuales, a manera de "numerus clausus", en tanto se refiere a "la ejecución de obras públicas", o "compras", "ventas o arrendamientos"; sino que debe entenderse que se trata de una enumeración ejemplarizante de actividades que puede realizar el Estado, con lo que el sentido jurídico de la norma conduce a entender que ella se refiere a toda la actividad contractual del Estado, sin importar las distintas modalidades, o tipos contractuales que la administración utilice para lograr su fin, sea la satisfacción del interés público. Lo anterior, siempre y cuando su implementación se haga con respeto de las normas, principios y requisitos constitucionales comentados. Como lo afirma la Procuraduría General de la República, la utilización de figuras contractuales no reguladas en forma expresa en el ordenamiento jurídico administrativo no resulta contrario al orden constitucional, por cuanto se reconoce al Estado, tanto la capacidad de Derecho público como de Derecho privado - artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública-. El sentido indicado es el que permite concebir al Estado actuando dentro de las líneas modernas de contratación, pero siempre dentro del campo del Derecho administrativo y ello evita desembocar, por el contrario, dentro de un marco inflexible de actuaciones, que como tal sería ilógico, porque limita la capacidad contractual del Estado, ciñéndolo a un listado agotado de "negocios" que estará determinado por ley; esto implicaría "amarrar" a la Administración en su propio perjuicio y desde luego, en detrimento de la satisfacción del interés público que tiene encomendado. En este sentido, estima esta Sala que en tanto, el artículo 3 párrafo segundo de la Ley dispone: "Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico administrativo. En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa";

y el artículo 66.1 del Reglamento, en tanto faculta a la Administración a acudir a cualquier tipo contractual, "[...], siempre que lo haga dentro del marco general de los procedimientos

ordinarios que establece la Ley de Contratación Administrativa y regula este Reglamento, y justifique que con ellos se contribuye a satisfacer el interés general y no únicamente el interés de la institución" esas normas no resultan contrarias al orden constitucional, por lo que debe desestimarse la acción en estos extremos.

X. DE LOS ARTÍCULOS 55 Y 109 DE LA LEY Y 28.1 DEL REGLAMENTO. Alegan los promoventes que los artículos 55 y 109 de la Ley y 28.1 del Reglamento resultan contrarios a lo dispuesto en los artículos 140 inciso 3) y 182 constitucionales, en cuanto facultan a las diferentes administraciones a promulgar los reglamentos que quieran en relación con la contratación administrativa. Las normas cuestionadas disponen: a) de la Ley de la Contratación Administrativa: "Artículo 55.-

Tipos abiertos.

Los tipos de contratación regulados en este capítulo no excluyen la posibilidad para la Administración de definir, reglamentariamente, cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos ordinarios fijados en esta Ley";

"Artículo 109.-

Reglamento.

El Poder Ejecutivo reglamentará esta Ley, dentro de los tres meses siguientes de su publicación.

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

La reglamentación ejecutiva, en materia de requisitos previos, garantías, prohibiciones, sanciones y recursos, estará fuera del alcance regulatorio de los entes sujetos a esta Ley. Para tales efectos, deberán acogerse plenamente al Reglamento que, acerca de esas materias, promulgue el Poder Ejecutivo.

La falta de reglamentación especial, por parte de algún órgano o ente, la suplirá la vigencia del reglamento ejecutivo que se adopte";

y b) del Reglamento: "Artículo 66.-

Tipos abiertos.

66.1 La Administración podrá, por vía de reglamento, definir cualquier tipo contractual a que podrá acudir, siempre que lo haga dentro del marco general y los procedimientos ordinarios que establece la Ley de Contratación Administrativa y regula este Reglamento, y justifique que con ello se contribuye a satisfacer el interés general y no únicamente el interés de la institución.

66.2 Los reglamentos que regulen esta materia deberán ser consultados con anterioridad a la Contraloría General de la República, con el objeto de armonizar conceptos, normas y procedimientos sobre la especie. Esta opinión será obligatoria y vinculante." La potestad reglamentaria que se otorga al Poder Ejecutivo deriva expresamente de lo dispuesto en los incisos 3) y 18) del artículo 140 constitucional y que ha sido definida por esta Sala, de manera que el reglamento se supedita a la Ley, como norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la norma de carácter legal, por lo que su adopción requiere de una "autorización" caso por caso. Ha expresado la Sala: "Su sumisión a la ley es absoluta en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, y no puede suplir la ley allí en donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido. Sobre esta base se articula lo que se llama el orden jerárquico de las normas»";

según la doctrina y jurisprudencia reiterada de esta Sala (entre otras ver sentencias número 1870-90 de las dieciséis horas del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa, 1635-93 de las dieciséis horas del catorce de noviembre de mil novecientos noventa y tres, 5227-94 de las quince horas seis minutos del trece de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, 2381-96 de las once horas doce minutos horas del diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis). Esta potestad reglamentaria se reconoce en dos sentidos: la relativa a la reglamentación y desarrollo de las leyes, que se encuentra contenida en el inciso 3) del artículo 140 constitucional, en tanto señala la atribución del Poder Ejecutivo de "reglamentar las leyes, ejecutarlas, sancionarlas y velar por su exacto cumplimiento"; y la relativa a la organización y funcionamiento de las oficinas y dependencias administrativas, en los términos del inciso 18) del citado numeral constitucional "Darse el Reglamento que convenga para el régimen interior de sus despachos". Los reglamentos dictados conforme a lo dispuesto en el citado inciso 3) se denominan reglamentos o decretos ejecutivos; y los segundos son los reglamentos independientes o autónomos, como se ha indicado en la jurisprudencia anotada: "Las categorías en las cuales se distinguen los reglamentos son: a) reglamentos de ejecución: que tienden a realizar la ejecución concreta de las leyes,

especialmente cuando sean de alcance más bien genérico; b) reglamentos independientes o autónomos de cualquier disposición legislativa, y relativos a materias de competencia del Poder Ejecutivo no reguladas por ley, o reguladas parcialmente. Entre estos pueden figurar los llamados reglamentos de organización, que se refieren a la institución y estructura de los diversos oficios públicos. Derivado de la anterior, puede definirse la materia propia de los reglamentos: la materia administrativa, que comprende los aspectos organizativos de la Administración Pública -entiéndase Poder Ejecutivo en el desempeño de las funciones que le son propias-." En síntesis, la potestad de dictar reglamentos ejecutivos la confiere expresamente la Constitución Política en forma exclusiva al Poder Ejecutivo (al Presidente de la República y al Ministro de Gobierno respectivo), de manera que las distintas dependencias administrativas, sea la administración descentralizada y la desconcentrada están imposibilitados para reglamentar las leyes, cualquiera que sea su naturaleza. Hecha esta delimitación de los alcances de la competencia para dictar reglamentos, la Sala no encuentra que sea inconstitucional la facultad que se otorga a los órganos sujetos a la contratación administrativa para emitir "reglamentos complementarios" a la normativa referente a esta materia, en violación de los artículos 9, 11 y 140 inciso 3) de la Constitución Política, por constituir un exceso de la potestad reglamentaria como se alega. La Sala entiende que en este concepto se trata únicamente de regular la organización o administración interna que los jefes tienen a su cargo, entendidos como reglamentos autónomos de servicio o de organización, con el fin de habilitar los trámites de la contratación administrativa, como señala la Procuraduría General de la República; y si por el contrario, se tratara de regular diferentes modalidades o tipos de contratación no concebidos en la legislación vigente, de manera, que se trata de verdaderos reglamentos ejecutivos, en tanto desarrollo de los principios contenidos en los artículos 55 y 109 de la Ley, la facultad estaría reservada al Poder Ejecutivo, según se ha dicho. Por lo expresado es que la Sala estima que debe rechazar las inconstitucionalidades invocadas bajo este epígrafe, con la siguiente salvedad. El párrafo final del artículo 109 de la Ley, dispone textualmente que: "La falta de reglamentación especial, por parte de algún órgano o ente, la suplirá la vigencia del reglamento ejecutivo que se adopte";

extremo que resulta inconstitucional a partir del deslinde que se hace en los párrafos anteriores entre el reglamento ejecutivo y el autónomo. Primero, porque está reservado al Poder Ejecutivo reglamentar las leyes, competencia que es intransferible; y segundo, porque el reglamento autónomo nunca podrá invadir el campo reservado al ejecutivo y si

por reglamento especial entendemos autónomo, su vacío normativo nunca podrá ser suplido por el reglamento ejecutivo. El párrafo señalado resulta ser un exceso normativo, una entelequia, porque le está dando valor jurídico al "conjunto vacío" que se forma entre las competencias del Poder Ejecutivo y la de los demás órganos y entes públicos. En consecuencia, procede declarar la inconstitucionalidad del párrafo final del artículo 109 de la Ley, en la forma como se dirá en la parte dispositiva de esta sentencia.

XI.-

DEL RÉGIMEN DE NULIDADES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA (ARTICULO 3 PÁRRAFO TERCERO DE LA LEY). En las acciones, además, se impugna el artículo 3º, párrafo tercero de la citada Ley, en cuanto establece que el régimen de las nulidades aplicable para la contratación administrativa es el de la Ley General de la Administración Pública, el cual remite -se afirma- el control a la Procuraduría General de la República, cuando lo correcto es que corresponda a la Contraloría General de la República y todo ello viola el artículo 183 de la Constitución Política. Es criterio de la Sala que esta disposición no resulta inconstitucional ya que, en el texto de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, número 7428 de 7 de setiembre de 1994, se reformó el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, de manera que quedó de la siguiente forma: "Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos fuere evidente y manifiesta, podrá declararse por la Administración en la vía administrativa sin necesidad de recurrir al contencioso de lesividad señalado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República.

Cuando la nulidad verse sobre actos administrativos directamente relacionados con la Hacienda Pública, el dictamen deberá rendirlo la Contraloría General de la República";

con esta modificación del artículo 173, no hay menoscabo a las funciones que la propia Constitución Política le confiere a la Contraloría General de la República, en su condición de órgano encargado de la fiscalización y control de la Hacienda Pública, constituyéndose, más bien, en un reconocimiento de sus atribuciones. Asimismo, cabe señalar que con anterioridad esta Sala se había manifestado respecto de la participación de la Contraloría en los procesos de nulidad de actos administrativos, sujetando su participación a que la misma resultare compatible con las funciones constitucionales que le son propias. Así, en sentencia número 5119-95 de las veinte horas treinta y nueve minutos del trece de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, señaló: "V.-

La Contraloría General de la República como su Ley Orgánica remarca (Ley No.7428 de 7 de setiembre de 1994) es un órgano de relevancia constitucional, auxiliar de la Asamblea Legislativa, cuya función general es el control superior de la Hacienda Pública y la dirección del sistema de fiscalización regulado en la citada ley. Ejerce principalmente las atribuciones específicas que la Constitución le confiere en el artículo 184. El inciso 5) del citado artículo constitucional dispone que son deberes y atribuciones de la Contraloría los demás que la Constitución y las leyes le asignen. Esa disposición no puede interpretarse como una autorización dada al legislador para que agregue atribuciones que distraigan a la Contraloría de su función propia establecida en la Constitución, o la obstaculice con la asignación de otras extrañas por completo a su especialidad orgánica. El legislador no puede legítimamente desfigurar o distorsionar el diseño constitucional del órgano al punto de que éste no se reconozca, suprimiéndole competencias constitucionales, asignándole otras propias de otros órganos, o confiriéndole competencias que aunque no sean propias de otros órganos, transformen el diseño básico del órgano establecido en la Constitución. Lo que el legislador sí podría hacer es añadirle otras funciones compatibles o conexas con las que constitucionalmente le corresponden. En ese sentido, se observa que la norma impugnada otorga una atribución a la Contraloría que en realidad no le es ajena y que no corresponde en forma exclusiva a otro órgano de relevancia constitucional. La Contraloría, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y que desarrolla su ley orgánica, se encarga entre otras cosas de ejercer un control de legalidad en el manejo de los fondos públicos. Dicha potestad la realiza en el ámbito de su competencia, el cual está constituido por el conjunto de entes y órganos que integran la Hacienda Pública. Según se expone, el ejercicio del control de legalidad de los actos de la Administración no es una función incompatible con las atribuciones que la Constitución confiere a la Contraloría, por lo que no podría afirmarse en este caso que se estén usurpando o interfiriendo funciones propias de otros órganos, o impidiendo a la Contraloría ejercer las suyas propias al añadirle las impugnadas. En este punto debe indicarse que la Contraloría fue el órgano que el legislador consideró, en un momento dado, idóneo para ejercer el control de legalidad de los actos administrativos, entendiendo, sin embargo, que esa atribución se confería en el marco de su competencia constitucional y legal. De ahí se infiere que dado que la norma impugnada no establece cuál ha de ser el contenido del dictamen que le corresponde rendir a la Contraloría en estos casos, o la materia sobre la cual debe pronunciarse, se entiende que la atribución que la norma cuestionada le confiere a ese órgano debe realizarse en asuntos relacionados en términos generales con su especialidad. De lo anterior se

desprende que la frase final del artículo 156 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública no resulte contraria al orden constitucional." Debe tenerse en cuenta que el procedimiento que la Ley General de la Administración Pública establece en orden a declarar las nulidades de los actos administrativos, resulta claro y comprensivo, además de que en el mismo se otorga plena garantía del debido proceso; es decir, que no se puede instaurar un procedimiento que tienda a declarar la nulidad de un contrato administrativo, si no se conceden, cuando menos, las mismas garantías contenidas en el procedimiento ordinario de la Ley General de la Administración Pública, puesto que en esencia se trata de dejar sin valor jurídico un acto declarativo de derechos. Con fundamento en lo anterior es que procede desestimar la acción en este extremo.

XII.-

DE LA FIJACIÓN DE LOS MONTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS DIFERENTES PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS EN EL SISTEMA ANTERIOR. Cuestionan los accionantes el contenido del artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa, en cuanto establecen montos elevadísimos para definir los límites de la licitación y el procedimiento aplicable, con lo que se ziza y destruye completamente la modalidad de licitación pública, en violación del artículo 182 constitucional. Como se indicó en los Considerandos IV., V. y VI. de esta sentencia, los constituyentes establecieron como regla general que la contratación administrativa debía de verificarse mediante licitación, procedimiento ordinario por el que se garantiza la protección del interés público, en tanto existen principios constitucionales claros que la orientan y controles internos -en lo que respecta al procedimiento regulado por Ley de conformidad con tales principios-, y externos -en primer término, de competencia de la Administración o institución contratante y luego de la Contraloría General de la República, como órgano constitucional encargado de la fiscalización de la Hacienda Pública-, reservándose la contratación privada y directa del Estado para las contrataciones menores de la Administración o a las que por su especialidad y razonabilidad, deban ser objeto de un trato distinto, a modo de excepciones de este principio general. En el sistema anterior -regulado por la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de Contratación Administrativa-, los principios aludidos de la contratación administrativa derivados del artículo 182 constitucional se ejercían plenamente, en tanto, con motivo de la fijación de los montos, la mayoría de la contratación del Estado se realizaba mediante el procedimiento de la licitación pública. De este modo, se posibilitaba una mayor participación de oferentes y administrados en los distintos concursos de la Administración, así como el poder recurrir en apelación ante la

propia Contraloría General de la República, tanto del cartel de la licitación como la adjudicación de la misma, en todos los supuestos en que se contratara mediante la licitación pública -como se estableció en los artículo 102 inciso f) de la Ley de la Administración Financiera de la República y 134 del antiguo Reglamento-. El ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación se fijó en los artículos 93, 94 y 95 de la Ley de la Administración Financiera de la República y el parámetro para definir los sistemas aplicables, con fundamento en el presupuesto ordinario de las instituciones y se crearon tres categorías: a.- las que tenían un presupuesto ordinario superior a los cien millones de colones; b.- las que tenían un presupuesto ordinario que oscilaba entre diez y cien millones de colones; y c.- las que tenían un presupuesto ordinario inferior a los diez millones de colones. Estos montos eran reformados y actualizados periódicamente por la propia Contraloría General de la República, de conformidad con las atribuciones fijadas en el artículo 119 de la citada Ley, que disponía: "Facúltese a la Contraloría General de la República para modificar, hasta en un doscientos por ciento, los límites económicos del régimen de contratación regulados por los artículos 93, 94, 95 y 96 inciso b), de esta ley. Para estos efectos, la Contraloría General de la República emitirá, cada vez que se requiera, una modificación en tal sentido, mediante la correspondiente resolución razonada, que deberá publicarse en el diario oficial "La Gaceta", y que comenzará a regir treinta días después." En el primer grupo, la licitación pública se estableció para los siguientes supuestos: enajenación o arrendamiento de bienes cuyo monto fuera superior a los cinco millones de colones; arrendamiento por cualquier monto cuando fuere por tiempo indefinido, adquisición de inmuebles o contratos de obra cuyo monto excediera los diez millones de colones; y todo contrato cuyo monto superara los cinco millones de colones; la contratación privada procedía en esta categoría, cuando los montos fueren inferiores a los límites indicados; la contratación directa cuando el monto de la contratación fuere inferior al millón de colones y el remate, como procedimiento alterno en la enajenación de bienes y arrendamiento, previa autorización de la Contraloría General de la República. En el segundo grupo, la licitación pública se previó como sigue: enajenación o arrendamiento de bienes cuyo monto sea superior a los tres millones de colones; arrendamiento por cualquier monto cuando fuere por tiempo indefinido, adquisición de inmuebles o contratos de obra cuyo monto excediera los seis millones de colones; y todo contrato cuyo monto superara los tres millones de colones; la contratación privada procedía en este grupo, cuando los montos fueren inferiores a los límites indicados; la licitación directa cuando el monto de la contratación fuere inferior a los seiscientos mil colones y el remate, como procedimiento

alterno en la enajenación de bienes y arrendamiento, previa autorización de la Contraloría General de la República. En el tercer grupo, la contratación pública se fijó para la enajenación o arrendamiento de bienes cuyo monto fuera superior al millón quinientos mil colones; arrendamiento por cualquier monto cuando fuere por tiempo indefinido, adquisición de inmuebles o contratos de obra cuyo monto excediera los tres millones de colones; y todo contrato cuyo monto superara el millón quinientos mil colones; la contratación privada para estas instituciones procedía cuando los montos fueren inferiores a los límites indicados; la contratación directa cuando el monto de la contratación fuere inferior a los trescientos mil colones y el remate, como procedimiento alterno en la enajenación de bienes y arrendamiento, previa autorización de la Contraloría General de la República. De modo que la contratación privada efectivamente se tenía reservada para las negociaciones de menor cuantía, en razón de que la participación se restringía y no había, en tales casos, garantía absoluta de los principios de igualdad de trato y publicidad. Asimismo, la contratación directa se concibió como un procedimiento excepcional, también para negociaciones ya fuera de menor cuantía o de especiales condiciones según lo determinaba la propia Ley, en la que se requería, en todos los casos, de la autorización de la Contraloría General de la República y procedía cuando en virtud de la naturaleza de la negociación, no cabía concurso alguno, como por ejemplo cuando se trataba de la actividad ordinaria de la institución, adquisición de bienes y servicios calificados como "únicos", adquisición de terrenos para satisfacer el interés general, la transacción motivada en "animus benefacendi", y la contratación llamada interadministrativa. En el nuevo modelo, de conformidad con los montos fijados para que proceda la licitación pública y los estudios aportados, se constata que la mayoría de la contratación administrativa se hará mediante los procedimientos de la contratación denominados "licitación por registro" y "licitación restringida", ambas modalidades, que son, en realidad, tipos o subdivisiones de lo que fue la anterior licitación privada, que estaba regulada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley de la Administración Financiera de la República, en tanto resultaban procedimientos en los que, en razón de la excepcionalidad, se disminuían los requisitos de la publicidad y libre concurrencia de los administrados interesados en contratar con la Administración y no contemplaba más que el recurso de revocatoria ante la propia entidad contratante como medio de impugnación, en tanto esta norma disponía: "El procedimiento de la licitación privada se regirá por las disposiciones siguientes y por las complementarias que establezca la ley:

a) La Administración invitará a cotizar, respecto al renglón o renglones a que se refiere la contratación que promueve, a un número de oferentes que estime representativo de los potenciales conocidos en la especialidad de que se trate. Cuando los hubiere, ese número no debe ser menor de cinco;" b) Las ofertas, dentro del procedimiento de licitación privada, una vez depositadas en la oficina receptora; y;

c) En contra del acuerdo de adjudicación sólo cabe, en la vía administrativa, el recurso de revocatoria, el cual se interpondrá ante el órgano que lo dictó, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación a los interesados.

En lo no previsto en el presente artículo y en cuanto sea compatible con la naturaleza de licitación privada, se aplicarán las disposiciones de los artículos anteriores sobre licitación pública." En consecuencia, si el nuevo sistema ha variado los principios para convertir la licitación privada en el sistema de contratación por antonomasia -entiéndase la restringida y por registro en cuanto a la aplicación de los principios señalados y en el control respectivos-, entonces se irrespetaría el artículo 182 constitucional, al resultar la norma desproporcionada e irrazonable; es decir, la norma afecta directamente la forma como se verifica la contratación del Estado, reduciendo o suprimiendo, según el caso, los principios constitucionales que la informan y también, desde luego, el sistema de control, con lo que se convierte en un evidente problema de constitucionalidad, susceptible de ser revisado en esta vía.

Por ello y a juicio de la Sala, pierde sustento jurídico el alegato de la Procuraduría General de la República al señalar que el asunto constituye un asunto de mera "discrecionalidad legislativa" porque se trata de privilegiar o no un procedimiento determinado. La Sala no desconoce, efectivamente, la competencia legislativa, pero el resultado efectivo, sea la norma concreta, debe estar sujeta a los parámetros de constitucionalidad ya referidos, de proporcionalidad y razonabilidad y en este caso, todo ello como resultado de compararla con los referidos principios constitucionales inmersos en el artículo 182 de la Constitución Política y al sistema de control que quiso, concibió y puso en práctica el constituyente de 1949.

XIII. LIMITES ECONÓMICOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 27 DE LA LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA). Los límites económicos fijados para que proceda la licitación pública, tal y como se dispone en el artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa, en los seis grupos establecidos con fundamento en los montos de los presupuestos de los entes públicos, efectivamente

resultan excesivos, desproporcionados e irrazonables a criterio de esta Sala, en cuya fijación o determinación se omitieron estudios técnicos que respalden la elección escogida, como se evidencia de los informes rendidos por la Contraloría General de la República. Como en esencia el sistema de contratación administrativa, tanto el anterior como el que ahora se examina, se trata de organizar divisiones del todo para que, partiendo de la licitación pública, se descienda a subdivisiones atenuadas en sus requisitos; la razonabilidad de la norma debe estar informada por estudios económicos generales y por el examen de los rangos usuales por los que las distintas instituciones administrativas adquieren compromisos (bienes y servicios) para establecer sobre esas bases, las conclusiones y límites correspondientes para los distintos procedimientos licitatorios, en procura de la prevalencia de los principios y controles ya referidos. La Sala no deja de advertir que la determinación por vía legal de los límites económicos, dificultan la necesidad de actualizarlos, cuando la variación de las condiciones económicas del país varían; pero tampoco ignora que jurídicamente es posible que la norma jurídica de base, tenga, como en el anterior, una remisión a una facultad para que un órgano objetivo -como lo es la Contraloría General de la República, por ejemplo- haga la determinación de los límites. Pero en lo que atañe al caso concreto que se analiza, la omisión en la determinación razonable se constata con solo verificar que en un primer momento se dispuso la licitación pública para contrataciones superiores a los seiscientos millones de colones en relación con el primer grupo de instituciones públicas, límite que se bajó posteriormente a partir de los cuatrocientos cincuenta millones de colones, sin que mediara ninguna discusión ni estudio al respecto. De tal suerte que en el sistema que se acusa inconstitucional, la licitación pública se limita únicamente: 1.-

a las contrataciones superiores a los cuatrocientos cincuenta millones de colones para las instituciones con un presupuesto anual de más de cuarenta mil millones de colones; 2.- a las contrataciones superiores a los trescientos millones de colones para las instituciones con un presupuesto anual que va de veinte mil millones de colones a cuarenta mil millones de colones; 3.- a las contrataciones superiores a los ciento cincuenta millones de colones para las instituciones con un presupuesto anual de diez mil millones de colones a veinte mil millones de colones; 4.- a las contrataciones comprendidas entre diez millones de colones y cien millones de colones, para las instituciones con un presupuesto anual entre cinco mil millones de colones y diez mil millones de colones; 5.- a las contrataciones superiores a los setenta y cinco millones de colones para las instituciones con un presupuesto anual entre cinco mil millones de colones y mil millones de colones; 6.- a las contrataciones superiores

a los cincuenta millones de colones para las instituciones con un presupuesto anual entre quinientos millones de colones y mil millones de colones; y 7.- en las instituciones en que el presupuesto sea inferior a los quinientos millones de colones, se remite a la tabla que dicte la Contraloría General de la República al efecto. Sobre estos límites ha dicho la Contraloría General de la República que olvidan los legisladores y la propia Procuraduría General de la República, que aún cuando las instituciones administrativas tienen un presupuesto asignado, el mismo no se dedica en su totalidad a la contratación de bienes y servicios durante el ejercicio fiscal respectivo; sus presupuestos contemplan provisiones económicas para enfrentar también a otro tipo de responsabilidades, como lo son la obligación de pagar cargas sociales -salarios, incapacidades-, los gastos personales y administrativos, así como las partidas para atender los "servicios de deuda", entre otros; y la suma que queda disponible para la contratación administrativa es solamente un porcentaje de dicho presupuesto total, siempre minoritario. Lo anterior se constata con el Anexo 3 aportado por la Contraloría General de la República (en memorial visible a folios 435 a 489) en que se enlistan los presupuestos ordinarios para el año de mil novecientos noventa y siete, de varias instituciones del Estado, así por ejemplo, el Instituto Costarricense de Electricidad, que se ubica entre las que tienen un presupuesto de más de cuarenta mil millones de colones (primer grupo), por tener asignado un presupuesto total de doscientos dos mil millones trescientos dieciocho millones quinientos cincuenta y ocho mil colones, en el que la licitación pública procede para las contrataciones de más de cuatrocientos cincuenta millones de colones, en la partida de materiales y suministros, tienen presupuestado cuarenta y nueve mil seiscientos cinco millones quinientos dieciséis mil colones, en la partida de maquinaria y equipo, se les asignó una partida de ocho mil ochocientos cincuenta millones setenta y siete mil colones, en la partida de construcción, adiciones y mejoras, el presupuesto asignado es de cuatro mil ochenta y siete millones seiscientos treinta y un mil colones. Al Ministerio de Educación Pública, otra institución ubicada en el primer grupo por tener un presupuesto total de ciento doce mil setenta millones veinte mil quinientos colones, se le asignó un presupuesto de doscientos ochenta y cinco millones quinientos ochenta mil cien colones para la partida de materiales y suministros, un presupuesto de ciento cincuenta y nueve millones ciento cincuenta mil colones para la partida de maquinaria y equipo, y un presupuesto de veinte millones de colones para la partida de construcción, adiciones y mejoras. Y se confirma la anterior consideración con lo expresado en memorial visible a folios 261 a 285 del expediente, en tanto señala que "el procedimiento de la licitación pública se está reservando para las

contrataciones de gran envergadura de cada ente", en virtud de lo cual, "la licitación pública deja de ser el procedimiento de contratación por excelencia;" de manera que "los procedimientos más numerosos sean los que se tramitan a través de las licitaciones por registro y las restringidas, en los que se garantizan "plenamente", la publicidad e igualdad de participación", concluyendo, que en consecuencia, "no resulta válido pregonar la idoneidad de la licitación pública como único medio para contratar, ya que no se puede establecer como regla universal" (folios 272 y 273). Debe tenerse en cuenta que mediante Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis se reformaron los incisos c) y d) de la norma, pero manteniendo los elevados montos impugnados, inclusive, en la tercera categoría -en las administraciones cuyo presupuesto ordinario es inferior a veinte mil millones de colones pero superior a diez mil millones de colones, los montos previstos para la licitación por registro se elevaron, ya que habiéndola previsto para contrataciones que van de los veinte millones a los cincuenta millones de colones, se reformó de tal manera que se establece para las contrataciones que van de los veinte a los ciento cincuenta millones de colones, con lo que se limita aún más la posibilidad de que las contrataciones administrativas se celebren mediante el procedimiento de la licitación pública. En virtud de lo anterior, es que dentro de las competencias que tiene asignada esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se debe declarar la inconstitucionalidad de ambos textos, tanto del original del artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, como el de la reforma introducida por Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis. En virtud de esta declaratoria de inconstitucionalidad y a los efectos de evitar una grave dislocación de la seguridad y la justicia administrativas, de conformidad con lo que dispone el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, procede graduar en el tiempo los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, y por ello, deben quedar vigentes las normas reformadas, sean los artículos 93, 94 y 95 de la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno y sus reformas, para que sea la Contraloría General de la República la que adecúe esos sistemas de contratación a los de la ley vigente y regule el funcionamiento de los límites que permiten el recurso de apelación, hasta tanto no proceda el legislador ordinario a dictar las normas sustitutivas con observancia de los principios que en esta sentencia se desarrollan.

XIV.-

DE LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR PROCEDIMIENTOS MAS CALIFICADOS DE LOS ESTABLECIDOS EN LA LEY. Cuestionan también los accionantes los artículos 28 de la Ley y 28.3 del Reglamento, por considerar que resultan violatorios de los principios de seguridad jurídica, buena fe, equidad, igualdad y certeza negocial, que regulan la contratación pública y que están insertos en el artículo 182 constitucional, al permitir a la Administración usar procedimientos de contratación más calificados, no contemplados en la ley, con lo que estiman se "privatiza" el contrato público. Comparte la Sala los criterios de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, que señalan que las normas impugnadas no resultan contrarias al orden constitucional, ya que aunque la redacción del artículo 28 de la Ley no resulta todo lo clara que precisa, la Sala entiende que su sentido conduce a que la Administración está facultada, únicamente, para seguir los procedimientos licitatorios regulados en la Ley, y que el posibilitar la utilización de "procedimientos más calificados", no significa otra cosa que "agravar" el procedimiento que corresponde en razón del monto, de tal suerte, que cuando proceda una licitación restringida, la contratación se realice mediante licitación por registro o por licitación pública. Lo anterior, lejos de constituir una privatización de los procedimientos y de afectar la seguridad jurídica, se hace con el propósito de proteger el interés público, ya que los procedimientos de contratación administrativa tienen una gradación en cuanto al rigor de sus controles y normas por las que se garantiza la publicidad y la libre concurrencia de los oferentes en igualdad de condiciones, sobre todo si se repara en que en la licitación pública son mayores las garantías, en lo que respecta a sus controles y libre participación de los oferentes en igualdad de condiciones, como se indicó anteriormente. En este sentido, es más clara la redacción del artículo 28.3 del Reglamento de la Contratación Administrativa, que dispone: "La Administración podrá emplear procedimientos más calificados o más rigurosos que el correspondiente a la naturaleza y monto de la respectiva contratación, cuando así convenga a la satisfacción del fin público";

En razón de lo anterior, es que procede desestimar la impugnación de constitucionalidad que se hace de los artículos 28 de la Ley de la Contratación Administrativa y 28.3 del Reglamento.

XV.-

LA IMPUGNACIÓN DEL ARTICULO 30 DE LA LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Los accionante cuestionan, además, el artículo 30 de la Ley, en tanto estiman que se perjudica al apelante, al tener por confirmado el acto recurrido por no

resolver la Administración el recurso en tiempo, en violación de los artículos 27 y 41 constitucionales, aspecto que será resuelto en otro considerando de esta sentencia; por ahora, de la lectura de la norma, se constata que la misma no se refiere al silencio de la administración, sino más bien a la facultad que se le otorga a ésta para "aliviar" los procedimientos licitatorios en la contratación administrativa, de manera que, "Si se produce una licitación pública infructuosa, la Administración podrá utilizar el procedimiento de licitación por registro en el nuevo concurso.

Si una licitación por registro resulta infructuosa, la Administración está autorizada para emplear una licitación restringida.

En el caso de un remate, la Administración, podrá disminuir, la base fijada por el avalúo respectivo, hasta en un veinticinco por ciento (25%) cada vez." Lo que la norma impugnada permite es "aliviar" los procedimientos licitatorios en la contratación administrativa, lo que no la convierte en inconstitucional, ya que aunque se ha indicado que la licitación constituye un "procedimiento de garantía del interés público", como mecanismo más apto para el control de los fondos públicos -Hacienda Pública-, en el cual se garantizan los principios constitucionales derivados del artículo 182 de la Constitución Política, tales como la libre concurrencia, igualdad de trato entre todos los oferentes, publicidad, legalidad, seguridad jurídica, formalismo de los procedimientos licitatorios, equilibrio de intereses, principio de buena fe, mutualidad del contrato, equilibrio financiero, transparencia de los procedimientos y control de los mismos, no parece lógico sujetar a la Administración para que reitere un procedimiento determinado, cuando por motivos a ella ajenos -como lo podrían ser la falta de participación o de presentación de ofertas-, el mismo resulta infructuoso. Ahora bien, precisamente en atención a la naturaleza de la licitación (como procedimiento de garantía del interés público, se reitera), es que esta "degradación" en la rigurosidad de los procedimientos licitatorios en la contratación administración debe siempre ir precedida de la debida autorización de la Contraloría General de la República, por ser la suya la principal función fiscalizadora de la actividad contractual del Estado y como jerarca impropio de la Administración en pleno en esta tarea, sobre todo, porque las causas del fallido procedimiento más bien podrían encontrarse motivadas en las propias actuaciones u omisiones de la administración contratante, como lo es la falta de claridad del cartel, el retardo en la calificación o valoración de las ofertas, la falta de rigurismo en la selección del cocontratante, o la ausencia de publicidad del concurso, lo que necesariamente llevaría al órgano contralor a negarle esta autorización. Si no se exigiera este control previo a cargo de la Contraloría, estima esta Sala que fácilmente la Administración podría obviar y burlar

los procedimientos de contratación, y lo más grave aún, motivado en su propia negligencia, lo que sí resultaría inconstitucional, en atención a la flagrante violación del artículo 182 constitucional que ello implicaría.

Asimismo, en lo que se refiere a la posibilidad de disminuir la base fijada por el avalúo respectivo hasta en un veinticinco por ciento en cada remate infructuoso, entiende este Tribunal que tampoco esta disposición resulta inconstitucional, en tanto debe mediar previamente autorización de la Contraloría General de la República, en los términos y por las razones ya dichas, y según se anotó en párrafos anteriores de esta sentencia. Debe agregarse que así lo entiende este Tribunal, con vista de lo dispuesto en el párrafo final del artículo 3 de la Ley de la Contratación Administrativa, al señalar que "Las disposiciones de esta Ley se interpretarán y se aplicarán, en concordancia con las facultades de fiscalización superior de la hacienda pública que le corresponden a la Contraloría General de la República, de conformidad con su Ley Orgánica y la Constitución Política";

de manera que con fundamento en las razones anteriores, es que procede desestimar la impugnación del artículo 30 impugnado.

XVI.-

LA IMPUGNACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 33 PÁRRAFO SEGUNDO DE LA LEY, 33.7 Y 50.5 DEL REGLAMENTO. Señalan los accionantes que los artículos 33 párrafo segundo de la Ley, 33.7 y 50.5 del Reglamento, resultan contrarios a los principios de la contratación pública, en tanto establecen que por la simple aceptación de la garantía de participación se tiene por legitimada la oferta, aún si ésta no está firmada o lo ha sido por persona no facultada legalmente, lo que resulta contrario al principio de la interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria. Efectivamente, a juicio de la Sala, son desproporcionados los efectos de la aceptación de la garantía de participación, como requisito único y esencial para la legitimación de la propuesta dentro del concurso licitatorio, lo cual, obviamente, tiene como consecuencia la violación de los principios que rigen la contratación administrativa, en tanto, no se atiende a las formalidades genéricas por las que se tiene acreditada la legitimación de los oferentes, es decir, si quien firma la oferta tiene o no capacidad jurídica para actuar en nombre propio, en representación de un tercero o de una compañía, si la oferta está firmada por quien debe y puede hacerlo, comprometiendo a la empresa, y si se cumplen los demás requisitos objetivos que se exigen, todos ellos importantes a efectos de legitimar razonablemente una oferta para participar en un procedimiento licitatorio. El artículo 33 párrafo segundo de la Ley dispone:

"La oferta se legitimará por la garantía de participación aceptada por la Administración. Una vez admitida la garantía, la Administración deberá solicitar al oferente corregir defectos formales subsanables, como: falta de timbres, de copias, de autenticación de firmas, o de documentos. Los defectos deberán subsanarse en el plazo que indique el Reglamento de esta Ley, siempre que no se afecte el contenido de la oferta en cuanto a los bienes y los servicios ofrecidos, los plazos, de entrega ni las garantías." A su vez, el artículo 33.7 del Reglamento establece: "Cuando esta se hubiere pedido, la garantía de participación aceptada por la Administración legitimará la oferta presentada";

y por último, el artículo 50.5 del Reglamento señala: "50.5 Toda propuesta debe ser firmada por el legítimo representante del oferente, sin embargo, en aquellos casos en que se haya exigido garantía de participación y ésta haya sido rendida correctamente, la oferta será válida independientemente que no haya sido firmada, o lo hubiera sido por persona no facultada legalmente para hacerlo. No obstante, en este último caso, si el legítimo representante adujere la falta de autorización de quien firmó, la oferta se tendrá por insubsistente y se ejecutará la garantía a favor de la Administración." Al analizar los alegatos de las acciones, no se trata de enjuiciar si el legislador optó por un sistema en que hace prevalecer el fondo (la eficiencia del proceso) sobre el formalismo (los requisitos objetivos), como señalan quienes defiende la constitucionalidad de estas normas, atribuyendo que se trata de un problema de mera "discrecionalidad legislativa", y que en consecuencia escapa al control constitucional. Recuérdese que en párrafos anteriores se examinó el tema del formalismo y se señaló que los procedimientos licitatorios actúan como un mecanismo de control de la acción administrativa, que en el caso concreto, se traduce en la garantía de que contrate con la administración, únicamente quien esté legitimado para ello; todo lo anterior, se repite, como mecanismo de depuración y de fiscalización de las actuaciones administrativas en favor del interés público, que está inmerso en la utilización y disposición de los recursos financieros del Estado. En este sentido, debe tenerse presente que entre los elementos del contrato administrativo -para que éste tenga plena validez-, se encuentra el subjetivo que se constituye por las partes involucradas, y que se integra con la Administración -en sentido genérico- y por el cocontratante, de manera que es menester que quién se proponga contratar con ella, actúe dentro de su aptitud legal para obligarse, lo que se denomina legitimación o capacidad jurídica plena para hacerlo. Dos principios interactúan: el de legalidad por el que la administración debe respetar la igualdad de condiciones para todo interesado, pero además, el marco jurídico para poder contratar, y

por otro lado, el de la capacidad jurídica del oferente, que debe ser conforme a Derecho; y al final, las dos voluntades se unen en un contrato sinalagmático, aunque regulado por las particularidades que desarrolla el Derecho Administrativo. Desde este punto de vista, pueden ser tenidos como cocontratantes de la administración, tanto personas físicas como jurídicas, nacionales y extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, inclusive entes públicos no estatales; todos con reglas propias para acreditar su condición, la que depende de su situación particular. Por ello es que este Tribunal estima que constituye una exageración jurídica y por ello desproporcionada, permitir que se tenga por legitimada la oferta con la sola aceptación de la garantía de participación, puesto que ello puede conducir a que esa misma propuesta sea defectuosa porque no se observen serias omisiones en su legitimación para actuar como oferente, como podrían ser la falta de poder otorgado conforme a la ley o la falta de representación, de capacidad jurídica para actuar y en general, la presencia de vicios jurídicos que al ser sustanciales podrían traer como consecuencia, o la inexistencia de la oferta frente al concurso público o la imposibilidad de la administración para ejecutar el contrato; pero por otro lado, estima la Sala que no es exagerada la posibilidad de que la administración pueda, si constata la omisión de uno o varios elementos o requisitos de este rango, prevenir al interesado para que subsane los defectos y denegar la admisibilidad de la oferta en caso de que tales vicios no sean subsanados. Pero hacer descansar esta posibilidad de corrección de errores y vicios no sustanciales en la condición de definir la existencia jurídica de la oferta en la sola aceptación de la garantía de participación, que no deja de ser un simple requisito complementario de la oferta, pero que no puede sustituirla en su valor intrínseco, resulta inconstitucional, porque deja sin efectos de control y como consecuencia, de admisión, las ofertas que aunque tengan una garantía correcta, no cumplen con los requisitos esenciales de la ley, el reglamento y el cartel de la licitación. Nada de lo dicho excluye, ad limine, que nuestro sistema contemple modernas formas de presentación de las ofertas, utilizando los medios electrónicos de comunicación y transmisión de datos, bajo las que la firma de la oferta podría no sujetarse, sobre todo cuando las propuestas provienen del extranjero, a los medios de firma y autenticación (notarial o consular) tradicionalmente exigidos. Pero para modificar esos sistemas legales deben dictarse, cuando menos, las medidas elementales de control, para que no se quiebre el principio de igualdad de participación de los potenciales oferentes y se conserve la idoneidad de la presentación por esos medios, todo lo cual, si lleva a sustituir un sistema legal vigente, sería reserva de ley, por lo que no podrían dictarse reglamentos que quiebren los sistemas jurídicos tradicionales vigentes.

Por todo lo expuesto estima la Sala que resultan inconstitucionales las normas impugnadas, sean la frase inicial del párrafo segundo del artículo 33 de la Ley, en tanto dice "La oferta se legitimará por la garantía de participación aceptada por la Administración. Una vez admitida la garantía,"; así como los artículos 33.7 y 50.5 del Reglamento, por cuanto constituyen una violación a los principios que informan la contratación administrativa derivados del artículo 182 constitucional, el supeditar la legitimación de la oferta únicamente con fundamento en la garantía de participación, de manera que la Administración, previo a tener por legitimada una oferta, debe tener clara la situación particular de los oferentes.

XVII.-

LICITACIÓN POR REGISTRO Y LICITACIÓN RESTRINGIDA. Los accionantes impugnan, también, los artículos 45 y 48 de la Ley y 59 y 60 del Reglamento, en cuanto establecen la obligación de todo interesado de estar registrado en el Reglamento de Proveedores de la institución contratante, para efectos de tener posibilidad de participar en los mecanismos de selección del contratista público, así como la posibilidad que tiene la administración de "invitar" a ciertos oferentes registrados y no a todos, en violación de los principios reguladores de la contratación pública (equidad, libre concurrencia, libertad de participación, etc.) y de los artículos 33 y 46 constitucionales. Sobre este punto concreto manifiesta la Procuraduría General de la República que constituye un "asunto de mera discrecionalidad legislativa" el privilegiar uno u otro procedimiento, ya que "no existe un sólo procedimiento licitatorio", y basta con que se recurra a los previstos en la Ley. La Sala concuerda con esta alegación, con fundamento en lo señalado por su jurisprudencia y lo dicho específicamente en los anteriores considerandos de esta sentencia, ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 182 de la Constitución Política, constituye principio de orden público que toda contratación que celebre el Estado deba tramitarse mediante con observancia de los principios previamente desarrollados. Por su parte, la Contraloría General de la República, señala que estructurar un sistema de contratación administrativa sobre la base de un registro de proveedores o de posibles oferentes, en el que previamente deba estarse inscrito para poder participar, comporta una seria lesión a los principios constitucionales de igualdad, libre concurrencia y publicidad, propios de la contratación administrativa; ya que como está propuesto en la normativa de la materia -tanto en la Ley como en el Reglamento-, cada interesado debe inscribirse de previo al cierre del plazo para formalizar ofertas, en todos y cada una de las administraciones públicas en las que tenga interés de que se le considere como eventual oferente, con el agravante de que en cada

una de ellas, los requisitos y condiciones son distintas, puesto que ni en la Ley ni en el Reglamento se especifican las bases sobre las que se debe orientar la reglamentación particular; además, se omite especificar el método que debe usar la administración para seleccionar a quiénes de los registrados cursa la invitación, y no se dan parámetros de selección, con lo que se deja la decisión a la "discrecionalidad" de la institución contratante, lo que no garantiza un trato igualitario para todos. Estima esta Sala que efectivamente lleva razón la Contraloría, desde dos puntos de vista diversos : a) si se entendiera que la mayoría de la contratación administrativa se verifica mediante estos procedimientos y b) si se dejan esos sistemas de contratación sin la protección de los controles derivados del derecho del particular de impugnar la adjudicación; pero en el tanto resulta inconstitucional el artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa, según ha quedado explicado en los considerandos anteriores, entonces esas apreciaciones no resultan válidas, puesto que modificándose los montos establecidos para los diferentes procedimientos licitatorios, las diferencias entre la licitación pública y la licitación por registro y la restringida serán cuantitativas, resultando estas dos últimas ser excepciones del principio general, procedentes cuando lo permita el ordenamiento jurídico en razón del monto y naturaleza del asunto. Es entonces que debe entenderse que estas modalidades de contratación no constituyen especies de la licitación pública, como afirma la Procuraduría, cuando señala que existen diferentes "grados" de publicidad, igualdad y libre concurrencia, que en estos procedimientos se dan en menor escala que en la licitación pública; sino más bien debe entenderse que son variedades de lo que se ha conocido en el país como contratación privada, y como tales, los principios de igualdad, libre concurrencia y publicidad pueden válidamente limitarse, ya que la importancia económica de la negociación y las especiales condiciones de la naturaleza jurídica de estas modalidades, son sustancialmente distintas. En el sistema anterior, se regulaba este tipo de contratación de una manera más sencilla, pero efectivamente comprendía ambos tipos -licitación por registro y la restringida-, aunque no se denominaban de esta manera, pero se establecía la exigencia de un registro de proveedores, y en el caso de que para la contratación requerida hubiera menos de cinco proveedores, se facultaba a la administración para cursarles invitación directa a los mismos, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 103 de la Ley de la Administración Financiera de la República, cuando señalaba: "El procedimiento de licitación privada se regirá por las disposiciones siguientes y por las complementarias que establezca el reglamento:

a) La Administración invitará a cotizar, respecto al renglón o renglones a que se refiere la contratación que promueve, a un número de oferentes que estime representativo de los potenciales conocidos en la especialidad de que se trate. Cuando los hubiere, ese número no debe ser menor de cinco;

b) Las ofertas, dentro del procedimiento de licitación privada, no podrán ser modificadas, dejadas sin efecto, ni retiradas, una vez depositadas en la oficina receptora; y

c) En contra del acuerdo de adjudicación sólo cabe, en la vía administrativa, el recurso de revocatoria, el cual se interpondrá ante el órgano que lo dictó, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación a los interesados.

En lo no previsto en el presente artículo y en cuanto sea compatible con la naturaleza de licitación privada, se aplicarán las disposiciones de los artículos anteriores sobre licitación pública";

y en el artículo 159 del Reglamento de Contratación Administrativa, al definir que : "Constituye la licitación privada un procedimiento de concurso mediante el cual participan como oferentes únicamente aquellas personas o empresas invitadas por la Administración a cotizar. Los avisos relativos a la licitación privada que se promueve, efectuados por cualquier medio informativo, sólo tienen la finalidad de permitir a la Administración completar el número de invitaciones que convengan al procedimiento, conforme con los reglamentos o disposiciones internas que rijan en concordancia con lo ordenado por este decreto";

y en los artículos 162 y 164 idem, cuando establecían el procedimiento de selección de los "invitados": "Artículo 162.-

Para la determinación de las personas o firmas que han de invitarse en el procedimiento de licitación privada, se cumplirá con los siguientes requisitos:

a) Respecto a entes públicos comprendidos por la primera categoría presupuestaria, según la clasificación que establece el artículo 24; mantendrán una lista-registro de proveedores potenciales de bienes y servicios, debidamente clasificada por género de actividad y, deseablemente, con información respecto de los antecedentes, solvencia, sanciones administrativas impuestas, modo de ejecución de contrataciones anteriores, experiencia, etc. Dicha lista deberá estar actualizada y será consultable por cualquier interesado; y

b) Respecto a entes públicos comprendidos por las dos restantes categorías presupuestarias, en que la lista-registro no se justifica; harán en cada ocasión en que promuevan la licitación una prospección o indagación de personas o firmas que, conforme con la naturaleza de sus negocios o intereses, pudieran participar en el concurso, o bien, utilizarán la lista registro de algún ente público que la lleve adecuadamente.

Dichas listas deberán mantenerse actualizadas." "Artículo 164.-

La Administración procurará invitar a la licitación privada que promueva a todos los interesados que figuren en la lista-registro; sin embargo, cuando su número fuere tan crecido que ello resulte impráctico, tratará de dar oportunidades en futuras contrataciones a otros grupos de personas inscritas." XVIII. LICITACION POR REGISTRO Y LICITACION RESTRINGIDA. Cont.-

Las normas impugnadas regulan en detalle las dos modalidades de licitación privada posibles en nuestro sistema jurídico, en términos tales que esta Sala no puede considerar violatorios de los principios que rigen la contratación administrativa, en tanto inclusive presenta mayores garantías que en el sistema anterior. Con respecto a la licitación por registro, se establece en la Ley actual: "Artículo 45.-

Estructura mínima.

En la licitación por registro, se invitará a participar a todos los proveedores del bien o el servicio, acreditados en el registro correspondiente. De ello, se dejará constancia en el expediente respectivo.

Cuando el número de proveedores inscritos para un determinado objeto sea superior a diez, se faculta a la Administración para invitar a participar, en la licitación, por medio una publicación en el Diario Oficial y, facultativamente, en dos diarios de circulación nacional.

Cuando el número proveedores inscritos para un determinado objeto sea inferior a cinco, la Administración deberá invitar a participar en la licitación, por medio de una publicación en el Diario Oficial y, facultativamente, en dos diarios de circulación nacional por lo menos";

y se complementa en lo dispuesto en su artículo 59 del Reglamento: "Supuestos y procedimiento.

59.1 La licitación por registro procede en los casos previstos por la Ley de Contratación Administrativa, en atención al monto del presupuesto ordinario de la Administración interesada en el concurso respectivo, y a la estimación de la negociación.

59.2 Este tipo de procedimiento de contratación requiere de la existencia de un registro de proveedores, al cual podrá ingresar todo interesado en contratar con la Administración,

siempre que satisfaga los requisitos de solvencia, antecedentes, y experiencia, que cada órgano o ente establezca mediante regulación interna debidamente publicada en el Diario Oficial. En el caso del Gobierno Central, las unidades que operen desconcentradamente, deberán consultar el Registro que para tales efectos administra la Proveduría Nacional.

59.3 A efecto de mantener actualizados dichos registros, la Administración invitará a los interesados en integrarlo, mediante publicación en el Diario Oficial y dos diarios de circulación nacional, al menos una vez al año. Todo interesado tendrá acceso a la información de dichos registros.

59.4 Los órganos o entes sujetos a los procedimientos de contratación administrativa podrán establecer acuerdos de intercambio de información de sus registros de proveedores de manera que puedan actualizar y ampliar la información disponible. Igualmente, aquellos entes que por el volumen de sus operaciones no dispongan de un registro apropiado, podrán utilizar los registros de otras instituciones.

59.5 Los registros podrán mantenerse en medios electrónicos y si se cuenta con un sistema confiable, la Administración podrá utilizarlo para enviar las invitaciones correspondientes, recibir ofertas, aclaraciones u otras comunicaciones oficiales.

59.6 En la licitación por registro se invitará a participar a todos los proveedores del bien o del servicio, acreditados en el registro correspondiente, mediante comunicación dirigida a la dirección indicada por el respectivo proveedor. La Administración podrá adjuntar el pliego de condiciones y especificaciones del concurso, o indicar la oficina en la cual podrá el invitado retirarlo.

59.7 La Administración dejará constancia en el expediente del concurso, de que la invitación respectiva ha llegado a su destino.

59.8 Si el número de proveedores inscritos para una determinada prestación es superior a diez, la Administración podrá invitar a participar en la licitación mediante publicación en el Diario Oficial y facultativamente en dos diarios de circulación nacional, o bien dirigir la invitación a todos los proveedores debidamente registrados.

59.9 Cuando el número de proveedores inscritos para una determinada prestación sea inferior a cinco, la Administración deberá invitar a participar en la licitación por medio de una publicación en el Diario Oficial y, facultativamente, en dos o más diarios de circulación nacional.

59.10 Además de los invitados, podrá participar en el concurso cualquier proveedor no registrado, si antes del vencimiento del plazo para presentación de ofertas, logra formalizar su inscripción.

59.11 El plazo para recibir ofertas no podrá ser inferior a diez días hábiles. La apertura se regirá por las reglas de la licitación pública y la adjudicación o declaratoria de deserción del concurso deberá producirse dentro del plazo que indique el pliego de condiciones, o en ausencia de indicación expresa, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la apertura de ofertas. La comunicación de la adjudicación se verificará por el mismo medio empleado para invitar a participar. Cuando se comuniquen por notificación, esta deberá efectuarse a todos los interesados dentro de los tres días hábiles siguientes a la firmeza de la adjudicación.

59.12 La Administración aplicará a los principios y normas de la licitación pública, particularmente en lo que concierne a la preparación del cartel, los requisitos de la oferta y las condiciones de selección y adjudicación, en la medida que sea compatible con la naturaleza de la licitación por registro." En consecuencia, considera esta Sala que no resultan inconstitucionales estas modalidades de contratación, conceptos que deben completarse, para que exista total coherencia en el sistema de contratación, desde luego, en relación con lo expresado sobre el artículo 27 de la Ley y lo que luego se dirá sobre el derecho a la impugnación del acto adjudicatario. Y ello así, porque estima el Tribunal que efectivamente podría pensarse, dentro del esquema que se está analizando, que disponer en el sistema cuestionado que la notificación de la adjudicación de la licitación se pueda hacer una vez que la misma esté firme (inciso 11 del artículo 59 del Reglamento), resultaría una norma extraña al procedimiento, por cuanto, como principio general del Derecho Público, los recursos únicamente proceden contra los actos administrativos que no han alcanzado el grado de firmeza tal, que lo único que se podría hacer es combatirlo en la vía jurisdiccional -contencioso-administrativa-; sin embargo, la correcta interpretación de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, señala que cualquiera y todos los actos administrativos pueden ser impugnados en la vía administrativa, en aplicación de los principios que integran el debido proceso. En virtud de lo anterior es que la Sala entiende el concepto de "la firmeza" contenida en el artículo 59.11 del Reglamento, consecuente con la articulación de los artículos 27 y 84 de la Ley que se hace en esta sentencia. A su vez, en relación con la licitación restringida, el artículo 48 de la Ley dispone su estructura mínima: "La Administración invitará a participar en la licitación restringida, por lo menos a cinco proveedores acreditados en el registro respectivo.

Cuando el número de proveedores para el objeto de la contratación sea inferior a cinco, la Administración dejará constancia expresa en el expediente administrativo e invitará a los oferentes acreditados.

Al despachar la invitación mencionada en este artículo, la Administración incorpora una copia en un registro permanente y de fácil acceso para cualquier proveedor eventual interesado en participar en la licitación";

y el artículo 60 desarrolla lo anterior: "Supuestos y procedimiento.

60.1 El procedimiento de licitación restringida será de aplicación en los supuestos previstos por el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, en atención al monto del presupuesto ordinario de la Administración interesada en el concurso y a la estimación del negocio.

60.2 Este procedimiento de contratación requiere de la existencia de un registro de proveedores, a los cuales la Administración podrá cursar invitación a participar en la licitación, seleccionando entre ellos por lo menos a cinco a quienes por sus antecedentes y atestados garanticen el cumplimiento satisfactorio de la prestación objeto del contrato.

60.3 Cuando en el registro respectivo el número de proveedores para el objeto que se interesa sea inferior a cinco, la Administración dejará constancia expresa de ello en el expediente administrativo correspondiente a la contratación e invitará a los oferentes acreditados que hubiere.

60.4 Al despachar la invitación respectiva, la Administración incorporará una copia del pliego de condiciones en un expediente o registro permanente y de fácil acceso para cualquier proveedor eventual interesado en participar en la licitación, a efecto de garantizar los principios de igualdad y de libre competencia a eventuales oferentes, quienes podrán intervenir en el concurso sin que medie respectiva invitación, si se encuentra registrado, caso contrario, si se inscribe antes de vencerse el plazo de recepción de ofertas.

60.5 El plazo para recibir ofertas no podrá ser inferior a tres días hábiles y su apertura se regirá por las reglas de la licitación pública. La adjudicación o declaración de deserción del concurso deberá producirse dentro del plazo fijado por la Administración, y en defecto de este, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la apertura de ofertas.

60.6 La Administración aplicará los principios y normas de la licitación pública, particularmente en lo que concierne la preparación del cartel, los requisitos de la oferta y las condiciones de selección y adjudicación, en la medida que sea compatible con la naturaleza de la licitación restringida." En virtud de las anteriores consideraciones, las normas impugnadas no resultan inconstitucionales, puesto que no se violan los principios constitucionales de igualdad, libre competencia y publicidad, si se interpretan en el sentido supra señalado, es decir, que debe entenderse que la licitación por registro y la restringida

constituyen modalidades de la licitación privada, con las características que se han examinado.

XIX.-

LA IMPUGNACIÓN DEL ARTICULO 84 DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Cuestionan los accionantes el artículo 84 de la Ley de Contratación Administrativa, en cuanto establece montos elevadísimos para que proceda la apelación ante la Contraloría General de la República, con lo que se zca y destruye completamente la licitación pública, en violación del artículo 182 constitucional. En relación con esta impugnación, antes que nada, debe recordarse que, precisamente de la concepción de la norma constitucional material del artículo 182 de la Carta Fundamental derivan los principios que rigen la contratación administrativa, y que en consecuencia, son de acatamiento obligatorio, cobra especial importancia el control que ejerce directamente la Contraloría General de la República. Efectivamente, desde el punto de vista del derecho recursivo que se reconoce a todo participante en un concurso público de contratación administrativa, la disposición impugnada es la que establece los límites que marcan el hito a partir del cual se puede apelar la adjudicación ante la Contraloría General de la República y lo hace con base en los montos de las contrataciones. Al estar supeditado ese derecho (a la impugnación) a los montos que se establecían en el artículo 27 de la misma Ley, pierde su sustento jurídico el artículo 84, por cuanto, como se analizó en el considerando XIII de esta sentencia, el artículo 27 de la Ley que era su sustento jurídico, es inconstitucional por lo que esta otra norma resulta evidente y manifiestamente inconstitucional. Y lo es porque de una manera subrepticia, lo que se persigue es hacer caso omiso al principio de orden público derivado del artículo 182 constitucional, de que toda contratación que celebre el Estado debe verificarse mediante licitación, con todas sus consecuencias y con observación de todos sus principios, para lo cual se acude a una limitación que por exagerada en sus montos, resulta desproporcionada e irrazonable. En lo que respecta propiamente al derecho de recurrir, debe indicarse que con anterioridad esta Sala ha señalado que los principios que informan el debido proceso también son de obligada aplicación en los procedimientos administrativos; así, en sentencia número 2130-94, de las catorce horas cincuenta y siete minutos del tres de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, señaló: "[...] los alegatos del accionante son improcedentes. El ordenamiento jurídico nacional establece una amplia gama de garantías y principios procesales de carácter fundamental, de aplicación plena no sólo en el ámbito jurisdiccional, sino también en todo procedimiento administrativo, de forma que su inobservancia ocasiona la nulidad absoluta, por inconstitucionalidad de todo lo

actuado, especialmente en casos como el presente, en que la Administración está facultada por ley para eliminar un acto creador de derechos subjetivos -para el caso una concesión- dictado en favor del administrado. Dichos principios y garantías derivan, en general, de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, y más específicamente de la Ley General de la Administración Pública cuyos principios del procedimiento, por la especial naturaleza de la materia que regulan, resultan de acatamiento obligatorio. Dentro de ellos, según la sentencia número 15-90 de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa de esta Sala, se encuentran: ... a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho a ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la Administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada...»";

criterio que ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Sala (en este mismo sentido ver la sentencia número 2360-94 de las quince horas seis minutos del diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro). Ahora bien, como el recurrir contra los actos administrativos que nos perjudican es un derecho fundamental, es que es posible, y además necesario, regular la forma en que debe ejercerse este derecho, tal y como se indicó en sentencia número 1420-91 de las nueve horas del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y uno: "En efecto, el principio de razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecúe en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución." Nótese que lo que se ha admitido es únicamente la regulación de este derecho, de manera que no es posible establecer ningún tipo de obstáculo que dificulte en forma irrazonable el acceso a la justicia administrativa, o haga imposible o nugatorio este derecho; y en este caso, no debe olvidarse que el agotamiento de la vía administrativa es requisito de admisibilidad para poder acceder a la vía jurisdiccional, específicamente la vía contencioso administrativa. En razón de lo anterior, es que es dable concluir que la celeridad de los procedimientos de la contratación administrativa debe afianzarse en medios que no resulten conculcatorios de los derechos

fundamentales, como lo son el derecho de defensa y el acceso a la justicia pronta, cumplida y sin denegación, de manera que no pueden inhibirse en forma excesiva ni irracional las posibilidades recursivas de los participantes en los concursos promovidos por la Administración. Cabe aclarar que tanto en el texto original del artículo 84 impugnado -Ley número 7494-, como en la reforma operada por Ley número 7612, los montos establecidos para poder apelar resultan violatorios de este principio, de difícil o imposible acceso, en tanto se dispuso que procedía el recurso de apelación, en las administraciones citadas en el inciso a) del artículo 27, cuando el monto de la adjudicación superara la suma de los cincuenta millones de colones, bajándose el monto mediante la reforma a cuarenta millones de colones; en las administraciones citadas en el inciso b) del artículo 27, cuando el monto de la adjudicación superara los cuarenta y cinco millones de colones, bajándose el monto mediante la reforma a los treinta y seis millones de colones; en las administraciones citadas en el inciso c) de ese artículo, cuando el monto de la adjudicación superara los cuarenta millones de colones, bajándose el monto mediante la reforma a treinta y dos millones de colones; en las administraciones citadas en el inciso d) de la citada norma, cuando el monto de la adjudicación superara los treinta y cinco millones de colones, bajándose el monto mediante la reforma a veintiocho millones de colones; en las administraciones citadas en el inciso e) del artículo 27, cuando el monto de la adjudicación superara los treinta millones de colones, bajándose el monto mediante la reforma a veinticuatro millones de colones; y en las administraciones citadas en el inciso f) de ese artículo, cuando el monto de la adjudicación superara los veinticinco millones de colones, bajándose el monto mediante la reforma a veinte millones de colones. Obsérvese que ni siquiera se previó que en todos los casos en que procedía la licitación pública era factible promover el recurso de apelación, sino que se limitó a tal punto, que difícilmente era posible acudir ante la Contraloría General de la República en apelación. En este sentido, no debe olvidarse que el control de los procedimientos licitatorios constituye un principio esencial de la contratación administrativa, precisamente en aras de proteger y garantizar el interés público en lo que atañe a la verificación y fiscalización de la correcta utilización de los fondos públicos.

El principio anterior fue confirmado por esta Sala en sentencia número 2514-93 de las nueve horas seis minutos del cuatro de junio de mil novecientos noventa y tres, en que consideró que no resulta inconstitucional la facultad que se otorga a la administración para declarar desiertos los concursos, pero sí lo sería la denegatoria de recursos contra las resoluciones adjudicatorias de las licitaciones públicas, en los siguientes términos: "Conforme al artículo

9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la presente gestión debe rechazarse por el fondo, ya que el artículo 131 del Reglamento de la Contratación Administrativa permite la revocación o nulidad de oficio del acto que declara la desierto un concurso, pero no concede recurso alguno para ante órganos no jurisdiccionales a las partes eventualmente afectadas, regulación que per se no infringe los principios fundamentales del debido proceso ni los informadores de la libre competencia y transparencia propios de la contratación administrativa, pues no podría afirmarse que los participantes en una licitación cuenten con un derecho fundamental a que aquella no sea declarada desierto, o a que la ley prevea un recurso en sede administrativa para impugnar esa declaración y de toda suerte, como se dirá, el ordenamiento prevé un remedio legal para impugnar la decisión final que recayere en toda licitación del Estado»; declararla desierto conlleva el ejercicio de una potestad discrecional del órgano licitante que esta Sala no podría sustituir. Ha de quedar sentado que la denegatoria de recursos contra resoluciones que adjudiquen una licitación pública sí sería motivo de amparo, pues atentaría contra el debido proceso ya que adjudicada una licitación -al contrario del acto que la declara desierto- sí puede afirmarse que los participantes cuentan con un derecho fundamental a que el punto sea examinado por la Contraloría General de la República, porque el negocio jurídico ha sido concluido con trascendencia económica para la Administración y para los participantes, mientras que la declaratoria de desierto no precluye que el concurso de nuevo sea convocado." En orden a lo anterior, es que la Sala comprueba la inconstitucionalidad del artículo 84 de la Ley de Contratación Administrativa, tanto del texto original dado por Ley número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, como el reformado por Ley número 6712, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis. No sobra señalar que esta Sala no comparte el criterio de que sea el derecho a la impugnación de las adjudicaciones lo que entorpece, por sí solo, el procedimiento de contratación y que por eso deba ser abolido. El legislador cuenta con los medios necesarios para sancionar a las empresas que litigan de mala fe y la administración con los remedios necesarios para hacer lo propio con los funcionarios que cometen infracciones y arbitrariedades en los procesos de contratación administrativa, y evidentemente lo que procede es instrumentar medios adecuados de control interno y dotar a las licitaciones de las necesarias seguridades procesales para que no sean un instrumento de obstrucción injustificada en contra del interés público. En virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 27 y 84, y para evitar una grave dislocación en la administración de la justicia administrativa vinculada con la contratación administrativa, debe la Sala dimensionar los efectos de esta declaratoria y dejar vigentes

las normas reformadas que se dirán, como efecto derivado del principio que contenía el inciso f) del artículo 102 de la Ley de la Administración Financiera, que disponía: "f) El acto o los actos de adjudicación de la licitación pública podrán ser apelados ante la Contraloría General de la República cuyo fallo agota la vía administrativa, de acuerdo con los montos que para este recurso establecen esta Ley y su reglamento.

La apelación debe interponerse dentro de los tres días hábiles siguientes a la publicación en el Diario Oficial de la respectiva adjudicación, contando el interesado con dos días adicionales para fundamentar el recurso";

de manera que quedan vigentes los sistemas establecidos en los artículos 93, 94 y 95 de la Ley de Administración Financiera de la República, número 1279 de 31 de abril de 1951 y su reforma, es decir, que en tanto el legislador no supla la norma sustitutiva que se conforme con los términos de esta sentencia, le corresponderá a la Contraloría General de la República fijar los límites y montos que definen las distintas modalidades de licitación para celebrar los contratos administrativos, de manera que se dejen intactos los principios constitucionales aquí desarrollados, incluyendo el derecho de los particulares interesados a recurrir contra el acto de adjudicación.

XX. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 87 DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y 99.3 DEL REGLAMENTO. Los accionantes impugnan los artículos 87 de la Ley y 99.3 del Reglamento por establecer una sanción económica por hacer efectivo un derecho fundamental, cual es el derecho de disentir, discrepar o apelar, en los términos de los artículos 27 y 41 constitucionales, al disponerse la pérdida de la garantía de participación si la Contraloría estima improcedente la apelación. En relación con este punto, este Tribunal comparte el criterio de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, por el que consideran que la pérdida de la garantía de participación establecida en las normas cuestionadas sí resulta inconstitucional, al constituir una verdadera sanción económica al ejercicio de un derecho fundamental, misma que resulta desproporcionada e irrazonable al limitar el acceso de la justicia administrativa y a que un órgano imparcial -Contraloría General de la República- revise los actos de adjudicación de la Administración activa, derechos que encuentran fundamento en lo dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales. Sobre este mismo tema, con anterioridad, esta Sala señaló que efectivamente resulta inconstitucional imponer sanciones de orden patrimonial en lo que se refiere al acceso a la justicia administrativa, de manera que, en sentencia número 1420-91 de las nueve horas del veinticuatro de julio de

mil novecientos noventa y uno, declaró la inconstitucionalidad del párrafo final del artículo 103 del Código Municipal, con fundamento en las siguientes consideraciones: "I).-

INCONSTITUCIONALIDAD ALEGADA CONTRA EL PÁRRAFO FINAL DEL ARTICULO 103 DEL CÓDIGO MUNICIPAL.- La norma impugnada dispone literalmente: En los recursos contra adjudicaciones de licitaciones, privadas y públicas, se pagarán timbres municipales por valor del uno por ciento del monto de la licitación recurrida.-

Ningún recurso será tramitado si no se ha pagado el timbre correspondiente» Para la Procuraduría General de la República, esta disposición viola el principio constitucional del debido proceso sustancial, derivado de la correcta inteligencia de los artículos 39, 41 y 42 de la Constitución Política, en relación con lo que dispone el inciso 2) del artículo 173 ibídem; en el mismo sentido, al calificar la disposición como obstáculo para ejercer el derecho a recurrir contra los actos administrativos de adjudicación de las licitaciones en el ámbito municipal, así lo consideró también la Contraloría General de la República.-

En efecto, el principio de razonabilidad implica que el Estado pueda limitar o restringir el ejercicio abusivo del derecho, pero debe hacerlo en forma tal que la norma jurídica se adecúe en todos sus elementos, como el motivo y el fin que persigue, con el sentido objetivo que se contempla en la Constitución.- Quiere ello decir que deba existir una proporcionalidad entre la regla jurídica adoptada y el fin que persigue, referida a la imperiosa necesidad que la ley satisfaga el sentido común jurídico de la comunidad, expresado en los valores que consagra la misma Constitución.- Es así que si el artículo 173 de la Constitución Política, establece que todo acuerdo municipal podrá ser recurrido por cualquier interesado; y, que los artículos 39, 41 y 42 Constitucionales consagran el debido proceso sustantivo, como medio adecuado para que todos puedan acceder a la justicia administrativa, obtener los necesarios reparos y las debidas protecciones a sus derechos, mediante el libre ejercicio del derecho de defensa, la imposición de un impuesto como el que contiene la norma impugnada, quebranta esa necesaria proporcionalidad entre la disposición y el fin que persigue en perjuicio de los derechos de los particulares y del sentido unívoco que persigue la Constitución con la norma principal. Ese derecho a impugnar las decisiones de los gobiernos locales en asuntos de interés de los particulares, no debe hacerse nugatorio impidiendo el acceso a los niveles de justicia, con la estipulación de una carga irrazonable, como lo es el pago de un tributo excesivo del uno por ciento del valor cotizado, como requisito previo para ejercer ese derecho a disentir, que le ha conferido la propia Constitución Política.- Por ello estima la Sala que la competencia legislativa, manifestada al aprobar el impuesto, resulta excesiva sobre los límites de lo que es razonable y contraria

a la misma Constitución.- Por ello se impone declarar la inconstitucionalidad y consecuente nulidad del párrafo final del artículo 103 del Código Municipal." En concreto, las normas impugnadas en estas acciones disponen: "La garantía de participación se ejecutará en beneficio de la Administración licitante, si la Contraloría General de la República resuelve que no hubo motivo suficiente para apelar. Esta indemnización no impedirá que la Administración inicie un reclamo por daños y perjuicios si han sido superiores al monto de la garantía de participación" (artículo 87 de la Ley de las Contratación Administrativa);

"Al dictar la resolución final, la Contraloría General analizará el carácter bien fundado o no de la apelación, a efectos de establecer la procedencia de aplicar la sanción administrativa que se señala en el artículo 87 de la Ley de Contratación Administrativa. Si del contexto del expediente se establece que hubo motivo suficiente para apelar y que tampoco la conducta del apelante puede considerarse como temeraria o antojadiza, no podrá imponerse esta sanción" (artículo 99.3 del Reglamento de Contratación Administrativa).

Asimismo, en cuanto a las razones de fondo, se remite a lo señalado en el Considerando XIX anterior, respecto del derecho a recurrir y al acceso a la justicia administrativa, razones todas, con fundamento en las cuales, los artículos 87 de la Ley de Contratación Administrativa y 99.3. del Reglamento resultan inconstitucionales; además, como ha quedado dicho, es preciso entender que ante una apelación manifiestamente improcedente, lo pertinente es un rechazo de plano, pero no la ejecución de la garantía de participación y ante un recurso malicioso o interpuesto exclusivamente para obstruir el procedimiento, su rechazo por el fondo, sin perjuicio de las sanciones administrativas que procedan.

XXI. DEL SILENCIO NEGATIVO. Alegan los promoventes que los artículos 89 de la Ley y 99.4 del Reglamento, son contrarios a lo dispuesto en los artículos 27 y 41 constitucionales, en tanto se tiene por confirmado el acto recurrido al no resolver la Contraloría General de la República en tiempo el recurso. Como lo ha señalado con anterioridad esta Sala, del artículo 41 citado se derivan un conjunto de principios básicos a los que, tanto los particulares como el Estado deben ajustar sus actuaciones a fin hacer realidad el valor Justicia, de tal suerte que la administración está obligada a pronunciarse en un término razonable, en procura de tutelar los derechos quebrantados y de garantizar a aquellos que lo solicitan, el amparo del régimen de derecho, de hacer justicia "pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con la ley". Así, en sentencia número 1589-90 se indicó: "[...], el derecho de petición, cuando reviste la forma particular de derecho de accionar, previsto en el artículo 41 ibídem, implica que a los administrados debe hacerseles

justicia, es decir, resolver el diferendo que les interesa, no sólo prontamente, sino también con pronunciamiento sobre todos los extremos comprendidos en el debate, sin denegaciones injustificadas como podrían ser los retrasos innecesarios, y en estricta armonía con el ordenamiento que es aplicable en cada caso." Asimismo, en sentencia número 0661-91 de las trece horas cincuenta y ocho minutos horas del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y uno se agregó: "[...] no puede avalar el criterio del Banco accionado accionado [Banco Crédito Agrícola de Cartago] en el sentido que es su privilegio guardar silencio frente a los requerimientos que le dirigen los administrados para dar por agotada la vía administrativa. El sentido correcto de la libertad de petición, debe concebirse, que sea en forma individual o colectiva ante la Administración y el correlativo deber jurídico de ésta, de contestar a las pretensiones de los interesados [...] El silencio de la Administración no es su derecho; al contrario, es una garantía en favor de los mismos particulares que tiene como objeto evitar que se haga nugatorio el derecho fundamental a obtener pronta respuesta de parte de la Administración; es decir, evitar a todo trance, que los administrados sean injustamente agraviados en sus derechos y en forma indefinida, por la inactividad de quien debe resolver su requerimiento. Es por ello que los efectos del silencio negativo de la Administración únicamente son procesales, dejando expedito el camino de los tribunales de justicia, para que puedan acceder a ellos los agraviados en defensa de sus intereses legítimos. Entender el silencio en los términos del Banco, como una forma de denegar la pretensión del interesado dejando transcurrir ociosamente el plazo, es concederle a la Administración un privilegio que no tiene y contradecir un derecho fundamental de obtener siempre la oportuna respuesta, sin denegación de ninguna especie y conforme a la ley." De manera que, la administración no puede dejar de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, alegando complejidad o falta de tiempo, así como tampoco constituye una potestad de la administración para dar por agotada la vía administrativa por medio del silencio negativo o administrativo. En concordancia con la tesis anterior, en sentencia número 1711-94, se consideró: "El silencio negativo, usualmente, ha sido un mecanismo claro para negarle a los particulares la justicia administrativa a que tienen derecho. En efecto, es de conocimiento pleno en el campo jurídico, que uno de los medios más utilizados por la Administración, es el de guardar silencio, para forzar al interesado a ir a la vía jurisdiccional, en donde el asunto perderá actualidad, con el solo transcurrir de los años. Tal forma de proceder, que no solo es antijurídica e injusta, sino ilegítima por violar de frente el juramento constitucional, en lo que se refiere al cumplimiento

fiel de los deberes del destino de cada uno de los funcionarios, ha sido fuente constante de violación, también, de los derechos a obtener una respuesta oportuna";

y agregó en esa misma resolución que: "[...] frente a un reclamo administrativo, en que el particular pide la declaración o restitución de un derecho subjetivo, la Administración debe pronunciarse sobre la procedencia legítima del mismo. Esto es, si aplicando el régimen de derecho vigente, deba acogerse la pretensión en todo o en parte, lo que se hace emitiendo un acto administrativo que debe ser válido y eficaz (principio de legalidad). Pero lo que es imposible de admitir, es que la Administración evalúe, para esos fines, la "oportunidad y la conveniencia" de la decisión que deba emitir sobre lo planteado. Aceptar tal motivación, nos conduciría a definir el deber de resolver como una facultad discrecional de la Administración, entendida sobre todo, como la libertad de escoger entre varias alternativas, con base en fundamentos extrajurídicos (el impacto económico del recurso sobre otras situaciones similares en curso en la sede administrativa, razones de disponibilidad presupuestaria, etc.) que en la realidad, resultaría en la emisión de un juicio subjetivo de la Administración. Y desde luego, proceder en tal forma nos llevaría directamente a la desviación de poder, o sea, al uso de una facultad discrecional para un fin distinto de aquel para el que fue concedida esa facultad. No le cabe duda a la Sala, que lo que el informe del Ministerio de Obras Públicas y Transportes señala como motivación para justificar el atraso en resolver, conforma una ilegitimidad sustancial del acto, puesto que el jerarca confiesa bajo juramento en el informe, que lo que se evalúa es la conveniencia y oportunidad del reclamo, y esto implica que el acto que así se dicta, tenga un fin distinto del principal, con detrimento de éste".

Esta es la jurisprudencia que se aplica respecto del silencio administrativo, que ha sido reiterada en forma constante por este Tribunal y que confirmó en sentencia número 1206-96, supra citada, en virtud de la cual, "[...] resulta que la Administración, a la luz del artículo 41 constitucional tiene la obligación de garantizarle a los administrados el cumplimiento de la justicia pronta y cumplida, sin denegación, lo que implica a la vez su obligación de actuar con diligencia y celeridad en aras no sólo del mejor servicio público, sino en especial, para evitar lesiones innecesarias a los derechos fundamentales de las personas. Así, el hecho de que a los administrados se les deba hacer justicia pronta y cumplida y sin denegación, significa que se les debe resolver los diferendos que les interesa, no sólo prontamente, sino también con pronunciamiento sobre todos los extremos comprendidos en el debate, sin denegaciones injustificadas como podrían ser los retrasos innecesarios y en estricta

armonía con el Ordenamiento que debe ser aplicable en cada caso, eliminándose de ese modo el estado de incertidumbre en que se podría colocar a los administrados cuando no se actúa de ese modo. La Sala, al respecto ha indicado ... que la Administración está obligada a resolver las gestiones de los administrados en el plazo que al efecto establezcan la ley o el respectivo reglamento...», de manera tal que, ...la falta de resolución de las gestiones interpuestas por el recurrente implican, en el fondo, una denegación de justicia administrativa» (sentencia No.7277-94 de las nueve horas dieciocho minutos del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro)." Con fundamento en la jurisprudencia transcrita de este Tribunal Constitucional, el artículo 89 de la Ley de Contratación Administrativa, en tanto dispone: "El recurso de apelación deberá ser resuelto dentro de los cuarenta días hábiles siguientes al auto inicial de traslado.

En casos muy calificados, cuando para resolver el recurso haya sido necesario recabar prueba pericial especialmente importante que, por su complejidad no pueda ser rendida dentro del plazo normal de resolución, el período podrá prorrogarse, mediante decisión motivada, hasta por otros veinte días hábiles.

Vencido el plazo para resolver o su prórroga, sin que se haya dictado la resolución final, el acto de adjudicación se tendrá por confirmado automáticamente";

resulta inconstitucional en su párrafo tercero, tanto en su redacción original, dada por Ley número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, como en su texto reformado por Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis, inconstitucionalidad que se hace extensiva también al artículo 99.4 del Reglamento, por cuanto en él se establece: "99.4 Si la Contraloría General no se pronuncia dentro del plazo establecido, la adjudicación impugnada quedará automáticamente en firme";

XXII. DE LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Los promoventes alegan que en virtud de lo dispuesto en los artículos 101 de la Ley y 107 del Reglamento, se convierte a la Contraloría General de la República en un mero "receptor" de documentos, con lo que se elimina su función fiscalizadora de la Hacienda Pública, en violación de lo dispuesto en los artículos 182 y 183 de la Carta Fundamental. Las disposiciones impugnadas, al efecto establecen: "Artículo 101.-

Deber de informar.

La Administración remitirá, cada tres meses, un reporte a la Contraloría General de la República, en el cual informará sobre la actividad contractual desplegada durante ese período. En ese informe, por lo menos, se suministrará un detalle de los procedimientos de contratación iniciados, los actos de adjudicación, las calidades del contratista, el objeto y el monto de las operaciones, la partida presupuestaria que respalda la erogación y los demás datos de interés, que se definirán reglamentariamente" (de la Ley); y "Artículo 107.-

Deber de informar.

107.1 Los sujetos que someten su actividad contractual a los términos de la Ley de Contratación Administrativa, remitirán cada tres meses un informe a la Contraloría General, en donde detallarán en forma sucinta la actividad contractual desplegada durante ese período. En el caso del Gobierno Central, esta información se remitirá a través de la Proveduría Nacional.

107.2 En el informe se consignará al menos los procedimientos de contratación iniciados, los actos de actos de adjudicación, las calidades del contratista, el objeto y monto de las operaciones, la partida presupuestaria que respalda la erogación y los demás datos de interés.

107.3 La Contraloría General podrá indicar, mediante resolución, que otra información de relevancia deberán contener dichos informes. Igualmente podrá establecer formatos generales de presentación que faciliten su procesamiento." Estas disposiciones no son derogatorias de las facultades constitucionales y legales de control jurídico y contable propios de la Contraloría General de la República. Como se indicó en los considerandos VII. y VIII. de esta sentencia, a éste órgano constitucional le corresponde, por disposición expresa de la Constitución Política, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a la Hacienda Pública, lo que consecuentemente implica, que directamente le conciernen, como parte de su competencia, los procedimientos de la contratación administrativa, como competencia contenida en lo dispuesto expresamente en los artículo 182 y 183 de la Constitución Política y en su Ley Orgánica, específicamente en los artículos 11, 12, 14, 17, 20, 25, 30 y 37 inciso 3), que al efecto señalan: "Artículo 11.-

-Finalidad del ordenamiento de control y fiscalización superiores.

Los fines primordiales del ordenamiento contemplados en esta Ley, serán 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." "Artículo 12.-

-Órgano Rector del Ordenamiento.

La Contraloría General de la República es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superior, contemplados en esta Ley.

Las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que le opongan.

La Contraloría General de la República dictará, también instrucciones y órdenes dirigidas a los sujetos pasivos, que resulten necesarias para el cabal ejercicio de sus funciones de control y fiscalización.

La Contraloría General de la República tendrá, también la facultad de determinar entre los otros entes, órganos o personas sujetas a su control, cuáles deberán darle obligada colaboración, así como el marco y la oportunidad, dentro de los cuáles se realizará esta y el conjunto razonable de medios técnicos, humanos y materiales que deberán emplear."

"Artículo 14.-

-De la Auditoría General de Entidades Financieras.

La Auditoría General De Entidades Financieras estará sometida a la fiscalización de la Contraloría General de la República.

En materia de su competencia constitucional y legal, las decisiones de la Contraloría General de la República prevalecerán sobre las de la Auditoría General de Entidades Financieras." "Artículo 17.-

-Potestad de control de eficiencia.

La Contraloría General de la República ejercerá el control de eficiencia, previsto en el artículo 11 de esta Ley, de acuerdo con la disponibilidad de sus recursos, para lo cual rendirá los informes con las conclusiones y recomendaciones pertinentes, efectuará las prevenciones y dictará las instrucciones y las órdenes procedentes." "Artículo 20.-

-Potestad de aprobación de actos y contratos.

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

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

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

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

En todos los casos en que un acto o contrato exija legalmente la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de la aprobación, impedirán la eficacia del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de sanción de nulidad absoluta. Cuando la ejecución se de, mediante actividades o actuaciones, estas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute." "Artículo 25.-

-Potestades sobre control de ingresos y exoneraciones.

La Contraloría General de la República podrá fiscalizar si los responsables dentro de la administración activa, encargada de la determinación, gestión de cobro, percepción, custodia y depósito de las rentas y otros fondos públicos, cumplen a cabalidad su función.

La Contraloría, de conformidad con la disponibilidad de sus recursos, fiscalizará que las de la administración activa encargadas de otorgar a sujetos privados, beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación alguna, ajusten su acción al ordenamiento y realicen, en forma eficiente, el control sobre el uso y el destino de esos beneficios, dentro de los límites señalados en esta Ley." "Artículo 30.-

-Competencia y validez de sus actos.

Las competencias de la Contraloría General de la República no se extinguirán por el transcurso del plazo legalmente señalado para ejercerlas; en consecuencia, los actos extemporáneos que emita, en cumplimiento de su función de fiscalización superior, no adolecerán de nulidad por esa sola circunstancia, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias de orden interno, ni de las propias de los sujetos pasivos y de sus servidores." "Artículo 37.-

-Otras potestades y facultades.

La Contraloría General de la República tendrá, además de las anteriores, las siguientes facultades y potestades [...]

3.-

Contratación administrativa: intervenir, de acuerdo con la ley, en lo concerniente a la contratación administrativa.

En atención a lo anterior, es que no puede dudarse de las funciones que atañen a la Contraloría General de la República, como órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa, en lo que corresponde a la efectiva fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública, entendida ésta, en un sentido muy genérico, como los fondos públicos y recursos

financieros del Estado. Y es en ese sentido, que cabe señalar que lo dispuesto en las normas impugnadas no sustituyen, en modo alguno, los otros mecanismos de control de que dispone esta institución para ejercer sus competencias y atribuciones, por lo que en cuanto a estos extremos deben declararse sin lugar las acciones. No obstante lo anterior, no comparte esta Sala el alegato de la Contraloría General de la República, en tanto estima que esta norma carece de todo sentido, por cuanto la misma constituye un control más dentro de los procedimientos de la contratación administrativa, que aunado a los anteriores -como lo son la objeción al cartel y el recurso de apelación de la adjudicación, ambos de conocimiento de la propia Contraloría General-, hacen más efectiva la labor realizada por esta institución. Es así como en sentencia número 2340-94, de las quince horas del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, al resolverse la consulta legislativa referente a la actual Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se indicó: "III).-

Señalan los consultantes, que el inciso 1) del artículo 20 del Proyecto de Ley en cuestión, pareciera dar una orden imperativa a la Contraloría para aprobar» actos o contratos que celebre el Estado, lo que de interpretarse de esa manera podría lesionar el artículo 183 párrafo primero de la Constitución Política, que le otorga amplias potestades a esa institución para examinar y resolver» en relación con los actos y contratos que llegan a su conocimiento. De la lectura de los artículos 183 y siguientes de la Constitución Política, es posible concluir que la Contraloría General de la República, tiene en relación con los fondos públicos, una función de fiscalización superior, jurídica y financiera, que no puede verse limitada a una actuación automática de simple aprobación», puesto que ello implicaría una disminución sustancial de sus competencias constitucionales. No escapa a la Sala, que la aprobación, como ejercicio del control a posteriori» que ejerce como requisito de eficacia de los actos administrativos, lleva implícita la facultad de revisar el acto o contrato sometido a conocimiento del ente de que se trate y por ello el término involucra, también, que el acto sometido a control puede no ser aprobado, por no conformarse sustancialmente con el ordenamiento jurídico (artículos 128 y 145.4 de la Ley General de la Administración Pública). De lo anterior se deduce que la norma no resulta inconstitucional. Sin embargo, como la utilización e interpretación literal y gramática del vocablo, podría presentar problemas como el que señala la consulta, lo que evidentemente resultaría en una lesión a la competencia genérica de la institución, aunque la norma según lo dicho no sea contraria a la Constitución Política, parece aconsejable adecuar la redacción de esta norma a la terminología del texto del artículo 184.2 constitucional, que utiliza para estos casos las

voces de examinar, aprobar o improbar»." Estima esta Sala que es con fundamento en esta información -la que en forma obligatoria deben suministrar cada tres meses los entes y oficinas administrativas, relativas a la actividad contractual realizada en ese período-, que la función de contralor y fiscalizador de la Hacienda Pública que compete a la Contraloría General de la República, puede ser ejecutada de una manera más eficiente, puesto que a partir de esa información general aportada, podrá poner en funcionamiento sus facultades para "examinar, aprobar o improbar" la actividad contractual realizada por la administración, todo lo anterior, con fundamento en la normas constitucionales y legales citadas. Por ello es que no puede entenderse que se trata de una mera "remisión y recepción de documentos"; entenderlo así implicaría aceptar que mediante una disposición de carácter legal se disminuyan y eliminen las funciones que la propia Constitución Política le ha conferido.

XXIII.-

LA IMPUGNACIÓN DEL ARTICULO 4.4 DEL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Los accionantes también impugnan el artículo 4.4 del Reglamento, en cuanto permiten la subsanación en forma ilimitada de una serie de vicios y defectos de las ofertas, lo cual alegan contrario al principio de legalidad y potestad reglamentaria. El disponer la subsanación de defectos formales con fundamento en disposiciones de carácter reglamentario no resulta contrario a norma o principio constitucional, siempre y cuando tales disposiciones tengan sustento en la Ley y llenen las expectativas de razonabilidad de la norma, como ya se indicó en el considerando X. de esta sentencia al analizar la potestad reglamentaria en esta materia, señalando que está supeditada en todo a cumplir los principios esenciales de la contratación administrativa. Por ello, este Tribunal no comparte el criterio de la Procuraduría General de la República, en cuanto señala que "la regulación del mayor informalismo en la presentación de las ofertas, es un asunto que competente en forma exclusiva al legislador". Se trata, más bien, de un problema de constitucionalidad que compete dilucidar a esta Sala, si por esa vía se crean criterios de desigualdad, ilegalidad, injustos o discriminatorios. La oferta está conformada por una serie de elementos de distinta naturaleza, según se indicó en sentencia número 1420-91, de las nueve horas del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y uno: "El proceso de selección del contratista es un acto complejo, que implica necesariamente la confrontación de la oferta que presenta, con el cartel de la licitación y el régimen de legalidad, que informa dicho proceso. La oferta, comúnmente, se integra por un cúmulo de importante de requisitos: los formales, que son aquellos que la ley previamente ha calificado como importantes de

cumplir, como lo son, entre otros, la comprobación de personerías de los firmantes, las declaraciones juradas y certificaciones que se deban presentar, poderes, etc.; los comerciales, que atañen a la validez y presentación de los precios y demás condiciones, como los plazos de entrega, la forma de pago, descuentos, seguros y transporte; los técnicos que tienen que ver con la descripción del objeto que se licita, cuyas condiciones son especiales, por lo general invariables y de obligatorio cumplimiento; y por último, existen también las referencias, la literatura adicional y complementaria, atestados de la oferente y en general todos los documentos, públicos o privados, que ayuden a conformar o dar una mejor comprensión de la oferta y del historial del oferente." Por principio general de Derecho Administrativo, específicamente en lo que atañe a la contratación administrativa, el parámetro de la constitucionalidad del sistema de subsanación de los requisitos formales de una oferta está reflejado en el interés público, en el sentido de que solamente se pueden permite corregir "defectos formales subsanables"; o en otro giro, requisitos que no sean esenciales, que no impliquen modificación o alteración de las condiciones establecidas, como lo establecían los artículos 121 y 122 del antiguo Reglamento de la Contratación Administrativa; o bien, como lo enlista a manera de ejemplo el párrafo segundo del artículo 33 de la Ley, que se declara inconstitucional en esta Sentencia, pero referido con sentido ilustrativo, al indicar como subsanables la "falta de timbres, de copias, de autenticación de firmas o de documentos." De manera que entender la subsanación de "cualquier defecto formal", según el texto del artículo 4.4 impugnado, no es desmedido y extralimitado si se aplica conforme a lo que ha quedado explicado en este considerando; sobre todo, porque no puede quedar al criterio discrecional del administrador decidir qué es "subsanable" y "qué no lo es". Es decir, que esta enmienda no puede implicar la modificación "del precio, objeto y condiciones ofrecidos y no se vulneren los principios generales desarrollados" en ese Reglamento, como dispone a continuación el propio artículo 4.4. En razón de lo anterior es que no resulta inconstitucional la norma impugnada, siempre y cuando se aplique conforme a los parámetros dados por la Ley, en tanto no es posible la subsanación de defectos formales que afecten los contenidos fundamentales o esenciales de la oferta.

XXIV.-

LA IMPUGNACIÓN DEL ARTICULO 56.1 DEL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Con respecto al artículo 56.1 del Reglamento, se remite a lo dicho anteriormente respecto del artículo 4.4 del mismo cuerpo reglamentario, de manera que la norma no resulta inconstitucional; en efecto no estima esta Sala desmedida la facultad que se otorga a la administración para que durante todo el proceso de selección y pasado el

término de los cinco días hábiles establecido para enmendar las omisiones formales, pueda prevenir a los oferentes "la subsanación de defectos no advertidos durante los primeros cinco días hábiles", en la medida que este proceso de subsanación está referido, exclusivamente, a lo que ya se dijo sobre la inmutabilidad de la propuesta en aspectos esenciales o fundamentales. Ello es así para no comprometer la transparencia de los procesos de contratación administrativa, además de proteger la aplicación plena de los principios de igualdad, libertad de concurrencia y especialmente el de legalidad, sobre todo porque si se entiende que esa facultad de corrección es ilimitada, se colocaría al oferente omiso en una situación de ventaja con relación a los demás. La Sala no estima inconstitucional la norma, puesto que el sentido correcto es el que se ha expresado.

XXV.-

LA IMPUGNACIÓN DEL ARTICULO 56.1.2 DEL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Dispone el artículo 56.1.2 del Reglamento: "Igualmente podrán subsanarse, al menos, los siguientes defectos: 56.1.2.1 El plazo de vigencia de la garantía de participación, siempre y cuando no se haya establecido por menos del 80% del plazo señalado en el cartel.

56.1.2.2 Cualquier error de la garantía de participación relacionado con la identificación del concurso, si del documento resulta claro que queda debidamente garantizada la Administración.

56.1.2.3 La vigencia de la oferta, siempre y cuando no se haya establecido por menos del 80% del plazo señalado en el cartel.

56.1.2.4 La inclusión de datos en unidades de medida diferentes a las del Sistema Internacional de medidas.

56.1.2.5 La presentación de literatura técnica y complementaria en idioma diferente del español." Como se indicó en el Considerando anterior, son las bases que fijan el contorno constitucional y los principios allí señalados, el marco de referencia de esta norma reglamentaria; con lo cual, constata esta Sala que el contenido de los incisos 56.1.2.1 y 56.1.2.3 del Reglamento desborda el mandato legal, puesto que vía reglamentaria se permite la substancian, y aún más, la modificación de uno de los elementos substanciales de la oferta, cual es la garantía de participación, en tanto permite ampliar o modificar el plazo su vigencia -artículo 56.1.2.1- y la vigencia de la misma -artículo 56.1.2.3-. En este sentido, se reiteran los principios constitucionales que se indicaron en el considerando X. de esta sentencia respecto de la potestad reglamentaria; sin embargo, debe tenerse claro, que las disposiciones impugnadas, no solamente resultan contrarias al artículo 140 incisos

3) y 18 de la Constitución Política, en cuanto implican un exceso de la potestad reglamentaria, por contradecir expresamente el mandato legal, sino que también son violatorias de los principios rectores de la contratación administrativa. Téngase en cuenta que la forma, modo, monto, momento y plazo para presentar la garantía están regulados por las normas positivas de la contratación específica, según las especificaciones del cartel, en tanto su objeto, finalidad o razón de ser, es asegurar o afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado en el pliego de condiciones. Esta garantía avala la solemnidad de la oferta, y como tal, constituye una seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato o su no cumplimiento, como medida cautelar de la responsabilidad del oferente. La garantía de participación constituye el presupuesto de la oferta, de manera tal, que sin la primera no puede válidamente legitimarse la oferta ante la administración, a la vez que del mantenimiento de la garantía depende la validez la oferta. En razón de lo anterior, es que, como elemento sustancial de la contratación administrativa, cualquier modificación en la garantía de participación implica una modificación en la oferta. Asimismo, no comparte esta Sala el criterio de la Procuraduría General de la República, en cuanto estima que se trata de un asunto de mera "discrecionalidad legislativa"; puesto que debe tenerse en cuenta que la validez y eficacia de la contratación administrativa se supedita, como reiteradamente se ha dicho en esta sentencia, precisamente al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones que rigen la materia, en cuanto regulan la forma y procedimiento de la misma, formalismo que actúa como un mecanismo de control de la acción administrativa, en tanto se garantiza que la administración contrate únicamente con quien esté legitimado para ello, todo lo anterior, se repite, como mecanismo de control del interés público que está inmerso en la utilización de los recursos financieros del Estado. En consecuencia, lo que procede es declarar la inconstitucionalidad de los incisos 56.1.2.1 y 56.1.2.3 del Reglamento de Contratación Administrativa.

XXVI.-

IMPUGNACIÓN DEL ARTICULO 56.1.2.4 DEL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. En lo que respecta a la impugnación de esta norma, por permitir la subsanación de datos suministrados en un sistema de medición diferente del establecido en la Ley número 5292, en atención a la razonabilidad de la norma, estima esta Sala que la misma no es contraria a principio constitucional alguno, por cuanto la presentación de ofertas bajo un sistema de medición contrario al que se establece en la Ley número 5292 no constituye una violación de derechos fundamentales, sino más bien una contradicción

con el precepto legal; y en segundo lugar, por pretender esta subsanación el dar cumplimiento a la Ley, en tanto lo que busca es uniformar el sistema de medición al autorizado, pero no el permitir otros, como alegan los accionantes. De manera que, al no cumplirse con la prevención hecha al efecto, para aclarar la oferta, obliga a la Administración a descalificar al oferente, siempre y cuando tales datos sean indispensables a la oferta, tal y como se señaló en sentencia número 1420-91, supra citada: "Desde esta perspectiva, no todo desajuste a la exigida obligación de indicar las unidades de medida en el Sistema Internacional provoca la nulidad de la oferta. Lo jurídico y razonable, es que la actuación de la Administración se encuentre dentro de los límites de los fines que la misma ley contempla y que la Contraloría General de la República ha explicado en su informe: Resulta importante señalar que el criterio que reiteradamente ha externado este Órgano Contralor sobre la aplicación de la Ley N° 5292 en la contratación administrativa, es que cuando un documento contiene alguna violación a las unidades que dicho sistema establece, lo que procede es tener dicho documento, manifestación o referencia como no puesta, y valorar entonces dentro del contexto de la oferta que lo contiene, qué incidencia tiene el hecho de la omisión del referido documento, manifestación o referencia.» Es decir, que se impone hacer un examen crítico de la violación presunta, para definir el impacto sobre el régimen de legalidad de la misma licitación. Por ello en el caso concreto, en el que la Municipalidad de Naranjo declaró inelegible a la accionante, evidentemente se ha interpretado la norma con exceso de poder y más allá del límite de lo razonable. En efecto, la sólo utilización del término "pulgadas" para definir el modelo de una bomba de agua que se incluyó en la lista del equipo a utilizar en el proyecto, dentro de una oferta compleja de más de 100 páginas, no puede ser motivo suficiente para dejar a la oferta fuera del concurso, como se dispuso. Resulta entonces claro para la Sala, que es inconstitucional y nula la interpretación del párrafo cuestionado, en la forma que la hizo la Municipalidad de Naranjo, apreciando los documentos que describen parte del equipo ofrecido erróneamente, por lo que deba así declararse, acogiendo la acción también en este extremo." XXVII.-

IMPUGNACIÓN DEL ARTICULO 56.1.2.5 DEL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Considera este Tribunal que la norma que posibilita al oferente subsanar la presentación de documentación técnica y complementaria en idioma diferente del español, no contiene roces constitucionales, específicamente del artículo 76 de la Carta Fundamental, al expresar que: "El español es el idioma oficial de la nación". Es lógico entender que la substancian procede si en el pliego de condiciones -cartel- no se ha

especificado la obligatoriedad de presentar todos los documentos en idioma español. En aplicación del principio de razonabilidad, la oferta debe poder ser valorada por la administración con fundamento en los otros documentos y especificaciones de la propuesta, sobre todo si se trata de documentación técnica y complementaria. Sin embargo, no es posible prevenir al oferente enmendar esta omisión, si una de las condiciones de la oferta es, precisamente, su presentación en el idioma español, lo que convertiría a la exigencia en un requisito razonablemente esencial. Desde este punto de vista, la norma no resulta inconstitucional, como ha quedado dicho.

XXVIII.-

LA IMPUGNACIÓN DE LA NORMA QUE POSIBILITA LA FIGURA DE LA GARANTÍA DE PARTICIPACIÓN "FLOTANTE". Cuestionan los accionantes el artículo 34 del Reglamento, en cuanto crea la "garantía flotante" para respaldar la participación de un mismo oferente en diferentes concursos, lo cual no tiene respaldo legal en violación del principio de legalidad y del artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política. Efectivamente, el párrafo primero del artículo 33 de la Ley de Contratación Administrativa es la norma de rango legal que da respaldo a la garantía de participación, la cual es concebida como sigue: "La Administración exigirá, a los oferentes, una garantía de participación, entre un uno por ciento (1%) y un cinco por ciento (5%) del monto de la propuesta, el cual se definirá en el cartel o pliego de condiciones respectivo, de acuerdo con la complejidad del contrato";

de manera que el disponer: "La Administración podrá establecer mediante reglamento interno, la posibilidad de emplear la modalidad de garantías flotantes, que puedan respaldar la participación de un mismo oferente en distintos concursos", vía reglamentaria, constituye en exceso de la potestad reglamentaria que se otorga al Poder Ejecutivo en virtud de lo dispuesto en los incisos 3) y 18) constitucionales; lejos de constituir un "lícito" desarrollo de los preceptos legales correspondientes, en orden a asegurar los principios, objetivos y fines de la contratación administrativa, como afirma la representación de la Procuraduría General de la República, esta norma extralimita el espíritu de la Ley, puesto que en la misma no se delimitó la naturaleza, alcance ni modo de operar de esta "garantía flotante", sino que se estructuró el sistema en la garantía independiente para cada negociación. Lo anterior, trae como consecuencia la violación de los principios constitucionales de la contratación administrativa, en tanto se afecta seriamente el equilibrio de la relación contractual en perjuicio de la administración, y en consecuencia, del interés público, en tanto se limita la capacidad de respuesta del oferente y futuro contratista frente a un eventual incumplimiento

ante la Administración Pública. Téngase en cuenta lo dicho en el considerando XXV. de esta sentencia, respecto a la naturaleza de la garantía de participación, cuanto su objeto es el asegurar o afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado en el pliego de condiciones, y no puede cumplirse ese fin, si una misma garantía, que está determinada por el monto de la propuesta para un concurso en particular, puede respaldar, no esa licitación, sino dos o tres más, o un número infinito de procedimientos, según sea la participación del oferente en la contratación administrativa. Por resultar evidente y manifiestamente contrario a la potestad reglamentaria y a los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa, procede declarar la inconstitucionalidad del artículo 34 del Reglamento de Contratación Administrativa, que establece la garantía de participación "flotante".

XXIX.-

DE LA IMPUGNACIÓN DEL ARTICULO 54.5 DEL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Finalmente, cuestionan los accionantes, el artículo 54.5 del Reglamento, que establece un criterio de extraterritorialidad para la aplicación de la normativa, obligando al extranjero a que establezca la certeza en cuanto a su existencia, representación y capital social, lo cual estiman constituye una barrera arancelaria que perjudica el libre comercio -artículo 46 constitucional-. Dispone la norma impugnada: "El cartel establecerá los requisitos que deberán aportar los oferentes nacionales y extranjeros para establecer la certeza en cuanto a la existencia, representación y capital social de estos." Como bien señalan la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, no hay violación a los principios alegados como infringidos, todo lo contrario, estima esta Sala que el remitir al cartel para que éste determine los elementos de juicio que los oferentes deben presentar a la administración con el fin de acreditar su existencia, representación y capital social, constituye una garantía para que la administración constate la legitimidad de los oferentes, sean estos nacionales o extranjeros. Recuérdesse que constituye un elemento fundamental de la contratación la legitimación de los participantes en los distintos procedimientos licitatorios, en virtud de lo cual, nunca está de más el que la administración pretenda asegurarse y constatar con quién está contratando. En virtud de lo anterior, es que procede desestimar la impugnación del artículo 54.5 del Reglamento de Contratación Administrativa.

XXX.-

CONCLUSIONES FINALES. Por resultar contrarios a los artículos 182 y 183 de la Constitución Política y a todos los principios de rango constitucional que informan la contratación administrativa, lo procedente es declarar la inconstitucionalidad, y en consecuencia, su anulación del ordenamiento jurídico de las siguientes disposiciones: a) artículo 27; del artículo 33, párrafo segundo, la frase inicial que dice "La oferta se legitimará por la garantía de participación aceptada por la Administración, Una vez admitida la garantía,"; los artículos 84, 87, 89 párrafo final y 109 párrafo final todos de la Ley de la Contratación Administrativa; los artículos 27 y 84 tanto en su texto original de la Ley número 7494 como en su reforma por Ley número 7612; b) los artículos 33.7, 34, 50.5, 56.2.1, 56.1.2.3, 99.3 y 99.4 del Reglamento General de Contratación Administrativa, decreto ejecutivo número 25038-H. Estas declaratorias de inconstitucionalidad son retroactivas a la fecha de vigencia de las normas que se anulan, sea, al primero de mayo de mil novecientos noventa y seis, en relación con el texto original de los artículos 27, 33 párrafo segundo, 84, 87, 89 párrafo final y 109 párrafo final de la Ley General de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, como en los textos de los artículos 27 y 84 reformados por Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis. En virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 27 y 84 de la Ley de la Contratación Administrativa, quedan vigentes los sistemas establecidos en los artículos 93, 94 y 95 de la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de 31 de abril de 1951 y su reforma. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 91 de la Ley que rige esta Jurisdicción, las inconstitucionalidades que se declaran son sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe, al amparo de las normas que se anulan; de manera que los procedimientos de contratación pendientes, deberán adecuarse conforme a lo dispuesto en esta sentencia, estimando la Sala que conforme con su jurisprudencia, se debe tomar como punto de partida la adjudicación de las contrataciones correspondientes. En todo lo demás, se declaran sin lugar las acciones. Los Magistrados Mora y Arguedas concurren con el voto de mayoría, excepto en lo que se refiere a los artículos 27, 33 párrafo segundo, 89 párrafo final y 109 párrafo final de la Ley de la Contratación Administrativa, y los artículos 33.7, 34, 50.5, 56.1.2.1, 56.1.2.3, y 99.4 del Reglamento. El Magistrado Solano salva el voto y declara que no son inconstitucionales los artículos 33 párrafo segundo de la Ley y 33.7 y 50.7 del Reglamento. El Magistrado Piza salva el voto, en cuanto declara inconstitucionales también los artículos 3.2, 30, 45 y 48 de la Ley de la Contratación Administrativo, y 56.1, 60 y 66 del

Reglamento, y pone nota en relación con los artículos 84 y 101 de la Ley. Los Magistrados Mora y Arguedas también ponen nota en cuanto al artículo 84 de la Ley.

Por tanto: Se declaran parcialmente con lugar las acciones y en consecuencia, se anulan por inconstitucionales los artículos: a.) 27, 33 párrafo segundo, 84, 87, 89 párrafo final y 109 párrafo final de la Ley de la Contratación Administrativa (los artículos 27 y 84 tanto en su texto original de la Ley número 7494 como en su reforma por Ley número 7612);

b.) 33.7, 34, 50.5, 56.1.2.1, 56.1.2.3, 59.11, 99.3 y 99.4 del Reglamento General de Contratación Administrativa, decreto ejecutivo número 25.038-H.

Esta sentencia es declarativa y retroactiva a la promulgación de las normas que se anulan, salvo los derechos adquiridos de buena fe. En virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 27 y 84 de la Ley de la Contratación Administrativa, quedan vigentes los sistemas establecidos en los artículos 93, 94 y 95 de la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de 31 de abril de 1951 y sus reformas.

En lo demás se declaran sin lugar las acciones. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y publíquese íntegramente el Boletín Judicial. Comuníquese a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Notifíquese.

Luis Paulino Mora Mora Presidente/R. E. Piza E./Luis Fernando Solano C./Eduardo Sancho G./Carlos Arguedas R./Ana Virginia Calzada M./José Luis Molina Q.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO SOLANO CARRERA

El suscrito Magistrado deja constancia de que ha concurrido con la mayoría de la Sala en la declaratoria de inconstitucionalidad de la sentencia N°998-98. No obstante, se separa en lo que tiene que ver con el artículo 33 párrafo segundo de la Ley N°7494 y los artículos 33.7 y 50.5 del Reglamento.

Sobre estas últimas normas, estima que efectivamente quedaríamos atados por la formalidad, si estimáramos que atentan contra los principios de la contratación administrativa en los términos del artículo 182 de la Constitución Política. Desde mi perspectiva, la regla general sigue siendo que toda propuesta debe ser firmada por el legítimo representante del oferente, pero en los casos en que se exija garantía de participación y ésta se haya rendido correctamente, aquel requisito deja de tener entidad, dado que la rendición de garantía, a satisfacción, supone, de por sí, la voluntad del oferente en llevar adelante una contratación. Hay que agregar, de toda suerte, que si el legítimo

representante adujere la falta de autorización de quien firmó, la oferta se tendrá por insubsistente y se ejecutará la garantía.

La aptitud legal para obligarse, pues, no la radica la ley en un único espacio, sino que más bien la descubre a través de otros actos complementarios, pero que llevan a una vocación contractual. La praxis nos permitiría valorar más apropiadamente las consecuencias de este tipo de normas, sobre las que yo no tengo elementos para anticipar un reparo de inconstitucionalidad. En este sentido, y sobre esta misma materia, me sumo a lo expresado por los Magistrados Mora y Arguedas en su voto salvado.

Luis Fernando Solano Carrera Magistrado