

REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

RONALD HIDALGO CUADRA
 Máster en Derecho Público
 Profesor de Derecho Administrativo
 Universidad de Costa Rica

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. ASPECTOS GENERALES. 1. Las particularidades de la Administración Pública. 2. El papel del contrato administrativo en la actualidad. II. EL DERECHO PÚBLICO EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. 1. El principio de legalidad en la actividad contractual. 2. El Derecho público en el contrato. 3. La penetración del Derecho privado. 4. Contratos administrativos y contratos privados de la Administración. III. LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA. 1. El procedimiento administrativo como garantía de acierto. 2. La licitación como mecanismo para seleccionar la mejor oferta. 3. La competencia leal entre oferentes. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política dedica un artículo de fondo al contrato administrativo. El numeral 182 señala que los contratos que se hagan con fondos de los Poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas y las ventas o bienes de ellos, se harán mediante licitación. Pero no se ocupa de indicar qué vamos a entender por éste, ni dar más detalle sobre el procedimiento que ha de cumplirse. No es tarea de la Constitución dar definiciones, pero a partir de esta norma nuestra Administración Pública ha tenido que bregar con las sutilezas procedimentales para llegar, al fin, a elegir a un contratista, a veces con excesivo esfuerzo. El Constituyente de 1949 tenía propósitos más sensatos y simples que mejorar la moralidad administrativa; su preocupación era que los contratos que comprometieran fondos estatales fueran adjudicados en condiciones de la más amplia participación y competencia, no que se incurriera en excesivas formalidades. Las señales de libertad son varias: no hay calificativo para el procedimiento a emplear pues se habla de licitación (pura y sencillamente), no se fija un régimen jurídico del contrato, pueden existir procedimientos licitatorios atemperados de acuerdo a lo que el legislador contemple, etc.

El presente estudio busca dar respuesta a una serie de interrogantes que la lectura del artículo 182 nos puede plantear. Estas preguntas las podemos enunciar de la siguiente forma y servirán de guía para nuestra exposición: 1. ¿Qué entendemos por contrato administrativo?, ¿está el contrato de la Administración Pública sometido a un régimen inflexiblemente público?; 2. ¿Qué entendemos por licitación?, ¿es la licitación pública el procedimiento más idóneo para la escogencia de la oferta más conveniente?

I. ASPECTOS GENERALES

1. Las particularidades de la Administración Pública

La Administración Pública es una realidad jurídica, política y económica que la hace una organización específica y diferenciada¹. El análisis de uno de sus temas capitales, como es el contrato administrativo, no puede efectuarse sin considerar sus especificidades:

- a. La Administración Pública es una organización compleja. No estamos aludiendo a un aspecto de tamaño, sino de diversidad de las funciones que posee utilizando un mismo modelo

¹ Ramió Matas, C. (1999). *Teoría de la Organización y Administración Pública*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 38.

organizativo. Ejemplo de lo indicado es que las instituciones autónomas tienen diferentes cometidos, cada una posee un giro de actividad muy diferente entre sí (banca, la promoción del turismo, la atención de la niñez, salud, seguridad social, etc.) mientras están sujetas a un esquema de organización similar (ministros, presidentes ejecutivos, juntas directivas). Para el caso de las contrataciones que realizan, todas las entidades públicas deben observar los mismos procedimientos y normas, sin que las particularidades de cada una de ellas, ni de los mercados a que se dirigen sea tomada en cuenta.

- b. **Tecnificación de la función administrativa.** Ni las organizaciones públicas mejor dotadas pueden tener un conocimiento sobre ciertas tecnologías, sólo dominadas por los expertos y científicos altamente especializados². La compra de ciertos componentes de una represa hidroeléctrica, la construcción de un hospital "llave en mano", la concesión de un puerto, una cárcel o un aeropuerto, no son ejemplos de procedimientos licitatorios complicados, pues el trámite es básicamente igual; son ejemplos, más bien, de bienes o servicios complejos. A mayor profundidad técnica, mayores serán las posibilidades de que en el procedimiento se encaucen las discusiones sobre aspectos omisos u oscuros del cartel, se revisarán ofertas de varios tomos y, por supuesto, se producirán los recursos ante la Contraloría General de la República de los perdidosos contra la decisión final en los que se aduzcan aspectos especializados. Esto es independiente del tipo de procedimiento utilizado, sea licitación o contratación directa; lo que va a interesar es el profundo contenido de las prestaciones y cómo el cartel fue diseñado por la Administración para comparar ofertas de un objeto complicado.
- c. **La interdependencia entre política y administración,** lo que no es malo por sí solo; los problemas empiezan cuando la planificación de los requerimientos de adquisición de bienes y

servicios está sometida a criterios que colocan por encima vaivenes políticos.

- d. **La Administración Pública no tiene que competir para obtener del entorno los recursos necesarios para desarrollar sus actividades,** pero sí compete en términos de un mercado político. Cada entidad pública debe velar por hacer acopio de los recursos que le correspondan cuando dependen del Ministerio de Hacienda.
- e. **Es difícil identificar adecuadamente el producto final de cada organización pública y para encontrar indicadores de eficacia y eficiencia.**
- f. **La eficiencia no es un adjetivo exclusivo del sector privado.** Los esquemas de organización privada pueden presentarse en la Administración Pública, pero dejando a buen resguardo los principios propios del Estado de Derecho³. Decir, sin más, que deben trasponerse esquemas y modos de actuar propios del sector privado a las organizaciones estatales, es un juicio muy peligroso por simplista.

2. El papel del contrato administrativo en la actualidad

Ha sido usual apreciar al contratista de la Administración Pública como un factor accesorio a la función que cumple el ente público con el cual contrata; actualmente esto no es del todo cierto. La falta de recursos gubernamentales para asumir grandes proyectos de obra pública, el rechazo del Estado como productor de bienes y servicios (Estado-empresario), la globalización de las economías por las que las empresas públicas van despojándose de tratos preferentes o beneficios económicos y una creciente búsqueda de la libre competencia, han impactado notablemente el papel que posee el contrato administrativo, a tal grado que el Estado busca en el mercado muchas de las soluciones para los asuntos que debe atender. Se constituye así un "Estado-contratante"⁴, que va estrechando el espacio de aquellas actividades prestacionales, tradicionalmente reservadas a los entes públicos (servicios de salud, correos, cárce-

² Esteve Pardo, J. (1999). *Técnica, riesgo y Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., p. 23.

³ Bauzá Martorell, F. J. (2001). *La desadministración pública*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., pp. 42-43.

⁴ Desdentado Daroca, E. (1999). *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 160-163.

les, construcción y mantenimiento de carreteras, energía eléctrica, entre otros casos). El contratista no tiene un papel auxiliar, ya no es un mero colaborador de la Administración Pública en la obtención de sus fines: es quien los lleva adelante o da una solución. Desde el instante en que sean capaces de idear un esquema por el que se les asegure obtener una rentabilidad, la eficiencia aconseja que ciertos servicios (no esenciales) sean proveídos por empresas privadas.

La concesión de servicios públicos y las diversas formas de asociaciones público-privadas para la puesta en marcha de proyectos de infraestructura con el reparto de riesgos y responsabilidades (*public-private partnership*)⁵, son ejemplos patentes de esta tendencia. Pero existe otra forma, a veces menos notoria, en que el contratista, mediante la provisión de bienes que resultan esenciales para las funciones que desempeñan los entes públicos, es quien señala una técnica determinada o presenta una propuesta que tiene una incidencia inmediata en la forma en cómo se llevaría a cabo un servicio en forma más eficiente o menos costosa. El oferente puede plantear en su plica, soluciones o mejoras que la Administración no visualizó al elaborar el cartel, y demanda que no se le impida participar en el concurso por el hecho de que el pliego de condiciones no ha contemplado otras posibles tecnologías. Incluso, en ejecución del contrato, puede variarse lo cotizado en aras de una mejor opción por tecnología disponible en ese momento, tal y como ahora lo permite el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa (en adelante LCA)⁶, a manera de una "cláusula de progreso".

Ya el Estado no ejecuta muchas de las tareas de las que se encargaba (construcción de escuelas, por ejemplo), no produce los bienes que requiere para proyectos en que se emplean produc-

tos especializados como reactivos de laboratorio, ni posee la capacidad financiera para asumir la carga de grandes obras de infraestructura, como carreteras o puertos. Pero lo más serio es que no está en posición de conocer lo que el mercado ofrece.

Los tiempos en que se ubicaba al Estado como un sujeto carente de necesidad de protección como consumidor de bienes y servicios⁷, pudieron existir pero han pasado; la vuelta de página exige que las ofertas que recibe sean el resultado de procesos competitivos, que sean veraces bajo pena de exclusión y que los contratos incorporen medidas que atemperen los serios efectos de un incumplimiento (seguros, impactos al ambiente, etc.) en lugar de seguir insistiendo en unas cláusulas exorbitantes del contrato administrativo que no lo inmunizan de tales incumplimientos. El Estado depende más de contratos bien ejecutados y las medidas de protección al consumidor pueden darle una defensa en el mercado que no le han dado sus potestades de imperio tradicionales.

La eficiencia en la contratación administrativa (seleccionar con rapidez y acierto y ejecutar el pacto correctamente) reviste una marcada importancia para el país. Costa Rica es señalada como una nación que puede obtener beneficios de su estabilidad política, instituciones públicas sólidas y transparentes, un Estado de Derecho y una productiva, capacitada y flexible fuerza laboral. Sin embargo, a pesar de los logros en estos campos, el país tiene que consolidar algunos aspectos hacia su desarrollo económico. El reporte de la OCDE de abril de 2003 refiere que, dentro de las áreas en que la política de inversión debe enfocarse con prioridad, se encuentra la promoción y modernización de la infraestructura nacional; para ello, identificar los mecanismos para permitir que la concesión de obra pública opere eficientemente, se ubica como una de las necesidades más urgentes⁸.

⁵ Acerete Gil, J. B. (2004) *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Tesis doctoral, pp. 20 y siguientes.

⁶ Dice el nuevo texto del artículo 12 de la LCA, según la reforma hecha por la Ley No. 8511 de 16 de marzo de 2006: "*La Administración podrá recibir objetos actualizados respecto del bien adjudicado, en el tanto se cumplan las siguientes condiciones:*

- a) *Que los objetos sean de la misma naturaleza.*
- b) *Que se dé un cambio tecnológico que mejore el objeto.*
- c) *Que no se incremente el precio ofertado.*
- d) *Que se mantengan las demás condiciones que motivaron la adjudicación.*

En las contrataciones para la adquisición de equipos tecnológicos, el adjudicatario estará obligado a cumplir con la entrega de la última actualización tecnológica de los bienes adjudicados, siempre y cuando la Administración lo haya dispuesto expresamente en el cartel."

⁷ Ortiz Ortiz, E. (2002) Tesis de Derecho Administrativo. San José: Stradtman Editorial, tomo III, p. 243.

⁸ OECD-BID. Business Environment Report: Costa Rica. April, 2003, pp. 59-60.

II. EL DERECHO PÚBLICO EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. El principio de legalidad en la actividad contractual

El contrato administrativo es una de las formas por las cuales se lleva adelante la función administrativa y debe existir norma previa que la habilite. Por ello, el primer punto que debe despejarse es el alcance de la Administración Pública para utilizar el contrato; esto es, si la ley debe enlistar todos los contratos a los que se encuentra autorizado un ente público, de tal forma que el silencio sobre determinada figura se entienda como una prohibición. El principio de legalidad no debe ser comprendido de una forma tan estricta; el ente público se encuentra facultado para celebrar todos aquellos que sean necesarios para el logro de sus fines, aunque la ley no cite a qué categorías puede acudir. En nuestro país la LCA dispone en su artículo 3º, lo siguiente⁹:

“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.”

Esta primera aproximación nos lleva a postular vedados aquellos contratos que no sean aptos para los fines legalmente asignados y por consecuencia, contrarios a Derecho por desviación de

poder. Una entidad pública puede haber concluido un procedimiento licitatorio en el que no es posible encontrar el mas leve reparo en cuanto a la forma en que ha sido tramitado y puede constatar-se la observancia de los principios más básicos que rigen a la licitación (publicidad, igualdad entre oferentes, libre participación), pero encontrar que el objeto no posee ninguna utilidad ni pertinencia para las necesidades que persigue la organización. Tal puede ser el caso de un inmueble que se adquiere para ubicar una terminal de autobuses o una sucursal bancaria que carecen de las condiciones suficientes para el servicio que se busca prestar. La compra de tecnología o equipos de cómputo así como la de vehículos de lujo, son casos que ilustran un contrato administrativo lícito en lo formal, pero ilegítimo en el fondo.

El concepto de Estado tiene un marcado carácter funcional del que no puede ser separado, de tal forma que la satisfacción de las necesidades colectivas es el cometido que lo separa de lo privado. Será contrato administrativo el que tenga como finalidad satisfacer un interés público. Por esa razón, los que celebren los entes públicos para atender intereses privados no lo son (préstamos bancarios, tarjetas de crédito, seguros, venta de bienes adquiridos en garantía, etc.). Si hay compromiso de fondos públicos, el interés público se da por descontado y el contrato ha de someterse a los principios y controles constitucionales fijados, independientemente que lo suscriba un particular o un sujeto ubicado fuera de la organización del Estado¹⁰.

El artículo 182 utiliza el empleo de recursos públicos como el rasgo fundamental, cuando ordena que se harán por licitación todas las compras que se efectúen con fondos de la Administra-

⁹ En España el artículo 4º de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio (texto refundido), viene a resolver cualquier duda sobre el uso que puede hacer la Administración Pública de las figuras contractuales, consagrando explícitamente una libertad de pactos: *“La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquélla”*.

Hay que tener en consideración que el artículo 88 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contiene una norma en el mismo sentido.

¹⁰ Ese concepto funcional del Estado es destacado por Moreno Molina, J. A. (2000). La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos. *Revista de Administración Pública*, enero-abril, número 151, p. 319.

ción Pública. Esta amplitud origina problemas pues existen infinidad de actos administrativos que originan aplicación de fondos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de ser licitados: una transacción, la selección de árbitros de un proceso, la venta de una franja de un inmueble de la Administración al propietario vecino, la inversión de recursos públicos en valores, avisos publicitarios, etc.¹¹ La generalidad de la fórmula usada no es conveniente y debe ser llevada a su correcto entendimiento. Empecemos por afirmar que el contrato administrativo puede no conllevar a efectuar aplicación de gasto público, como acontece en la concesión. Por otra parte, el régimen jurídico del contrato administrativo (Derecho público) no es el que va a dar la pista de si hay un entorpecimiento. Veamos este punto.

2. El Derecho público en el contrato

De la confluencia entre el principio de legalidad y la posición del ciudadano como sujeto de libertades públicas es que surge el Derecho público y especialmente, el administrativo¹² como el Derecho de la función administrativa. El Derecho público consagra, entonces, una serie de conceptos, instituciones, y principios que se explican y justifican únicamente porque se encuentra, directa e inmediatamente, comprometido el interés público de tal manera que hay situaciones que requieren de una regulación jurídica especial. Cuando la Administración opta por acudir al contrato, este interés público se protege con normas de características particulares¹³.

El contrato administrativo es una institución del Derecho privado que es empleada por la Administración Pública cotidianamente, o sea que opera

en un ambiente de Derecho público. Esta traslación supone para el contrato una alteración notable y severa, pues las notas características que le son propias y constituyen elementos esenciales, son dejadas de lado cuando se está en presencia de un contrato celebrado por la Administración Pública¹⁴. El proceso de formación del contrato entre particulares, bajo el concurso de dos voluntades en paridad de condiciones, no se encuentra celosamente resguardado, como sí acontece en el caso de una entidad pública que ha de satisfacer todo una serie de formalidades para manifestar su voluntad sobre la selección de su contratista. Las condiciones de igualdad entre las partes privadas explica la ausencia de prerrogativa preexistente para alguna de ellas que debían honrar su fiel cumplimiento (*pacta sunt servanda*) y, en todo caso, de existir alguna situación desigual, sería renunciable o modificable por acuerdo; mientras que en ese otro extremo del ordenamiento jurídico, el contrato administrativo apareja una serie de ventajas que son irrenunciables para el Estado como son las potestades de modificación unilateral del pacto o la posibilidad de su rompimiento por motivos derivados del interés general, para citar las más traumáticas.

El contrato privado tiene alcances para las partes que lo han acordado (*res inter alios acta*), pero resulta que la Administración Pública puede celebrar contratos de concesión o delegación de un servicio público cuyos términos tienen consecuencias sobre la esfera de terceros, como es el usuario de ese servicio. Asimismo, el contrato civil guarda una estrecha cercanía con el esquema de satisfacción de intereses de quienes lo acuerdan, que sólo a ellos concierne, en tanto que el contrato administrativo posee una orientación diferente

¹¹ Sayagués Laso, E. (2005). *La licitación pública*. Montevideo: B. de F. Ltda., p. 65.

¹² García de Enterría, E. (1989). *Hacia una nueva justicia administrativa* (segunda edición). Madrid: Editorial Civitas S.A., 1989, p. 44.

¹³ Sobre el tema Sayagués Laso, E. (1959). *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo: Editorial Martín Bianchi Altuna, tomo I, p. 19.

¹⁴ Escola, H. J. (1977) *Tratado integral de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, tomo I, p. 52. Sobre este punto, el profesor Eduardo Ortiz es enfático: "Un contrato de la Administración Pública, por el hecho de ser ésta, es distinto y se rige por principios especiales respecto de los que son normales para la contratación entre individuos o empresas privados. Si el contrato es de la Administración es público y no se aplican ni el Código Civil ni el Mercantil, salvo total ausencia de una regla especial y derogatoria de estos últimos, propia del derecho público. Sólo en tal situación de inopia normativa, por total ausencia de ley o de principio general del derecho público para el contrato o situación contractual, es posible recurrir al derecho privado." Así: Ortiz Ortiz, E. (1982). Renuncias y limitación de responsabilidades en contratos públicos. *Revista de Ciencias Jurídicas*, enero-abril, número 46, pp. 13-14.

pues el fin que atiende la función administrativa, obliga a someterlo a reglas especiales que lo distinguen de su homólogo del Derecho civil.

Son varios los frentes desde los cuales el Derecho público ha cercado al contrato y que lo alejan de su contraparte del Derecho privado:

- **Vinculación al presupuesto público:** Todo procedimiento de selección del contratista de la Administración Pública debe iniciarse bajo tres condiciones: a) La decisión motivada sobre la procedencia y necesidad de la contratación, que encabeza el expediente; b) Que se haga constar la existencia de los recursos humanos y la infraestructura administrativa que garanticen el fiel cumplimiento del contrato, y c) La existencia de cobertura suficiente en el presupuesto. Este deber de cerciorarse de la existencia de recursos suficientes en el presupuesto para llevar adelante el contrato, tiene su base en el principio que consagra el artículo 180 de la Constitución Política, por el cual el presupuesto es el límite de acción del poder público. La legalidad presupuestaria no es más que una derivación del principio de legalidad propio del Derecho Administrativo al cual sirve de instrumento, de tal forma que la función administrativa que puede válidamente llevarse a cabo es aquella que cuenta con los recursos suficientes y debidamente presupuestados. Por ende, son aplicables al contrato administrativo una serie de principios propios del Derecho Público en materia de gasto y aplicación de los fondos que pertenecen a los entes públicos, no solo para el inicio del procedimiento, sino a lo largo de la ejecución del contrato ya adjudicado. Los pagos deben ser cargados a las partidas atinentes (principio de especialidad), dentro del ejercicio fiscal en que ha nacido la obligación de pago (principio de anualidad), la contratación deberá responder a una programación para el cumplimiento de metas (principio de programación), y sin que existan zonas confidenciales o vedadas al escrutinio sobre la forma en cómo se han ejecutado los egresos (principio de publicidad).
- **Vinculación al acto administrativo:** Señala el artículo 3° de la Ley de Contratación Administrativa que el régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública se

aplicará a la contratación administrativa. Aún cuando esta norma no debe conducirnos a una equiparación dogmática de ambas figuras, nos brinda un punto de base fundamental desde el cual analizar el tema de los defectos en el procedimiento de selección de un contratista. El esfuerzo en hacer caer por nulidad un acto de adjudicación ha de fundarse en una perspectiva propia de uno de los más conspicuos conceptos del Derecho administrativo, como es de acto administrativo. De esta postulación la contratación pública se ve impregnada de la prohibición de resolver contra un acto propio precedente que ha creado un derecho al particular. El principio de intangibilidad de los actos propios obliga a una rigurosa observancia del artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, que ha generalizado el empleo de una calificación para nulidades absolutas especialmente graves (evidentes y manifiestas), gracias a lo cual la Administración Pública contratante puede dar marcha atrás anulando el contrato por su propia mano sin acudir al proceso de lesividad. Inicialmente la norma fue interpretada como atinente a los actos administrativos, no al contrato, pero a partir de una resolución la Sala Constitucional¹⁵, el procedimiento para anular en sede administrativa un contrato administrativo firme se sujeta a este principio. Al ponerse a la par con un acto administrativo declaratorio de derechos, la nulidad absoluta del contrato exige lo siguiente: a) Satisfacción del debido proceso, b) Que la nulidad absoluta sea evidente y manifiesta, y c) Que se obtenga un dictamen vinculante de la Contraloría General de la República.

- **Vinculación al control de legalidad:** El procedimiento administrativo de selección del contratista y el propio contrato administrativo, se encuentran sometidos a controles de Derecho público, tanto en sede administrativa como judicial. En sede administrativa, corresponde a la Contraloría General de la República conocer de la actividad contractual de la Administración Pública, fiscalización presente desde que se presupuestan los fondos con los cuales se sufragarán las obligaciones a contraer, pasando por el procedimiento de contratación que puede ser revisado por la vía de los recursos de objeción al cartel y apelación contra el

acto de adjudicación, así como por la formalización del documento que debe serle sometido a refrendo, para que finalmente, sea posible, aunque no necesaria, una supervisión *a posteriori* en la fase de ejecución. Asimismo, la Contraloría General de la República posee una potestad genérica para anular actos y contratos por infracción al régimen de Hacienda Pública, de conformidad con el artículo 28 de su Ley Orgánica. Este control presupone, entonces, la necesaria existencia de parámetros de diferente naturaleza a los que se utilizan en el sector privado. Indudablemente, el marco de legalidad que rige la Hacienda Pública forma parte de los patrones de valoración por medio de los cuales la Contraloría General de la República ejerce sus facultades de fiscalización, marco que es, esencialmente, de Derecho público. En la sede judicial, compete a la jurisdicción contencioso administrativa conocer de todo lo relacionado con la interpretación, ejecución y nulidad de los contratos que celebre la Administración Pública, con independencia del objeto (artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, replicado por el mismo artículo 2 del Código Procesal Contencioso Administrativo). La nulidad del acto administrativo de adjudicación puede declararse por vicios en su emisión o de los actos de preparación de éste, con lo cual desaparece la legitimidad del contrato que se llegara a celebrar. Los problemas de competencia con la jurisdicción civil son inexistentes, lo que le permite al juez desplegar todos los efectos de la nulidad. La doctrina de los "actos separables" representó una proyección a los oferentes ilegítimamente despla-

zados en las diferentes etapas del proceso de selección¹⁶, no ha sido preciso ser incorporada en Costa Rica por la unificación de las vías civil de hacienda y contencioso administrativa.

- **Vinculación al servicio público:** El impulso definitivo a esta consolidación del régimen público en el contrato lo dio la Escuela de Burdeos al elaborar la doctrina del servicio público. El Derecho administrativo se explica como una regulación de los servicios públicos en el que son típicas las cláusulas exorbitantes surgidas e impuestas por y para la gestión de servicios públicos¹⁷. Las consecuencias para el contrato administrativo de la construcción del servicio público no se hicieron esperar, al recoger para el contrato una serie de prerrogativas y privilegios. Se produjo un verdadero salto dialéctico, pues esos contratos vinculados con el funcionamiento de los servicios públicos, no son verdaderos contratos de Derecho civil, sino figuras institucionales pertenecientes al Derecho administrativo.

3. La penetración del Derecho privado

Las dificultades dogmáticas para tratar las figuras del contrato administrativo y el civil pueden explicarse de una premisa que ha afectado al Derecho Público durante mucho tiempo y es la separación entre Estado y sociedad como dos realidades independientes. Bajo esta concepción hay un sistema de reglas para el Estado y otro sistema para la sociedad, enfoque que resulta equívoco¹⁸. Bien sabemos que existen reglas propias del Derecho administrativo que tienen como destinataria

¹⁵ Entre otras, la No. 1563-91 de las 15:00 del 14 de agosto de 1991.

¹⁶ De conformidad con este planteamiento, la formación de los actos antecedentes es de Derecho administrativo, la declaración de voluntad dará lugar a una relación de Derecho privado; la actuación administrativa se descompone en dos momentos: la voluntad unilateral de dar vida a una relación de Derecho privado y la suscripción de ésta; la primera fase preparatoria y sujeta al Derecho público, mientras que la segunda constituye un acto de Derecho privado; la actividad de la Administración ya no es, como en el supuesto anterior, un bloque, sino que se separa en dos momentos, unos sometidos al Derecho administrativo y otros al Derecho privado. Así: Carretero Pérez, A. (1970). La teoría de los actos separables. *Revista de Administración Pública*, número 61, enero-abril, p. 98. Cassagne, J. C. (1999). *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, S.A., p. 169.

¹⁷ García de Enterría, E. (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública*, número 41, mayo-agosto, p. 108.

¹⁸ Santamaría Pastor, J. A. (1985). *Apuntes de Derecho Administrativo*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, p. 42. En su totalidad, se puede consultar: García de Enterría, E. (2001) *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, (segunda reimpresión). Madrid: Alianza Editorial S. A.

la conducta de los ciudadanos; por otra parte, es claro que la Administración Pública se encuentra vinculada al ordenamiento jurídico como un todo, no a parcelas de éste.

La doctrina administrativista dotó de nuevas ropas a la figura por excelencia del Derecho privado, como es el contrato. Pero el Derecho administrativo no es un sistema autosuficiente ni herméticamente cerrado, desde el cual dar respuesta a los problemas que a diario enfrenta el Estado y el ciudadano, que han producido un fenómeno de hibridación entre lo público y lo privado. El problema tiene un trasfondo histórico. El Derecho administrativo tuvo que realizar un notable esfuerzo científico en labrarse una dignidad teórica¹⁹; para dar respuesta a la creciente actividad estatal en su dinámica con la sociedad, resultaban insuficientes los enfoques que se encontraban en los códigos civiles y comerciales por lo que la doctrina administrativa procedió a responder con elaboraciones con su sello propio. Por ello, el Derecho administrativo mira con recelo que los entes públicos se vean forzados a echar mano de normas y técnicas propias del Derecho privado que aparenta amenazar su independencia ya lograda. Pero la realidad nos hace percatarnos de un dato fundamental y es la innegable presencia del Derecho privado en la contratación administrativa:

- Las garantías de participación y de cumplimiento se encuentran regidas por el Derecho mercantil cuanto se rinden como cheques certificados, bonos o valores.
- Los mecanismos de financiación de obras públicas, provenientes de instrumentos financieros como la emisión de valores negociables o la titularización de flujos futuros²⁰.
- Los *incoterms* en los contratos del Estado tienen igual presencia y los mismos efectos entre las partes que en los contratos privados.
- La representación de las partes privadas se

rige por las reglas propias del mandato y de los esquemas de representación comercial.

- Uso de todo tipo de contratos. Como hemos señalado, de su personalidad jurídica y de la facultad de administrar un patrimonio, se deriva la capacidad contractual de la Administración Pública, no tasada ni limitada a determinado tipo de contratos, sino que éstos son un medio para satisfacer fines propios de la función administrativa. Los servicios bursátiles que requiere un ente público, el *leasing* para la adquisición de tecnología o de un edificio, la publicidad a través del diseño de una campaña, son todos casos de contratos que no nacen en el Derecho administrativo, sino que son tomados del Derecho privado, sin que su esencia sea trastocada por esa importación.
- La invalidez del contrato administrativo no tiene que provenir, únicamente, de las causales expuestas por el Derecho administrativo, sino también por las que en Derecho civil puede invocarse, como son las que afectan el consentimiento (el error, la intimidación, la violencia) o las que afectan la causa del contrato (ilicitud o falsedad).
- El empleo de instrumentos electrónicos para la contratación.
- Los mecanismos de conciliación y arbitraje, que han nacido bajo el alero de otras ramas, como el Derecho mercantil o laboral.

El Derecho privado tiene una presencia bien definida requerida por la dinámica propia de las relaciones contractuales y los cometidos que debe atender el Estado. Siendo el régimen en que las empresas actúan, las leyes mercantiles y civiles son el marco natural de referencia de sus transacciones, no un recurso de último minuto para salvar un vacío. Por esa razón es incorrecto continuar defendiendo la existencia de un régimen monista de Derecho público en el contrato administrativo, pues no existe un régimen puro²¹. La LCA esta-

¹⁹ Ibídem, p. 41.

²⁰ Vañó Vañó, M. J. (2002). *El contrato de "Project finance"*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 35 y siguientes.

²¹ Históricamente el punto de partida de un esquema monista en la contratación administrativa costarricense se puede ubicar en el oficio 5076 de 22 de junio de 1979 de la Contraloría General de la República:

"Todos los contratos que celebren los administradores estatales al amparo de la Ley de la Administración Financiera, y el Reglamento de la Contratación Administrativa, están sometidos a un régimen de derecho público, concretamente el ordenamiento jurídico administrativo, sin que quepa, en consecuencia, sostener que solamente están regulados los contratos administrativos que en sentido técnico nos resume la doctrina

blece que ésta se aplicará a toda la actividad de contratación de la Administración Pública; esta postulación, al igual que el numeral 182 constitucional, resulta muy amplia.

¿Es la aplicación del Derecho privado incompatible con la tutela de los intereses generales de la sociedad? La respuesta tiene que ser negativa. Tanto la Administración Pública como los ciudadanos se encuentran sometidos a la Constitución Política y a las leyes. Para el ciudadano ese ordenamiento es un límite, en tanto veda conductas expresamente señaladas o aquellas contrarias a la buena fe, a la moral y a las buenas costumbres (principio de libertad individual del artículo 28 de la Constitución Política). Para la Administración Pública la ley es elemento constitutivo intrínseco.

Es equivocado pensar que la "huída" al Derecho privado sea un vuelco de la vinculación positiva al ordenamiento jurídico público que tendría como efecto que la Administración tenga las mismas libertades de la persona humana. La huida es imposible, la Administración no tiene sitio donde refugiarse, pues la función administrativa se articula desde y a partir de la ley²². Si los fines públicos se logran por virtud del Derecho privado, pues bien. Nadie debe perturbarse por ello. Claro está, que quedan bajo resguardo las garantías que todo Estado de Derecho ha de conservar sobre los derechos e intereses legítimos de los administrados. La denominada "huída" no excluye el control judicial pleno de la conducta administrativa (activa u omisiva), de la responsabilidad civil por los daños que cause, la razonabilidad de la actuación administrativa, de la interdicción de la arbitrarie-

dad y en suma, que la Administración Pública lleve a cabo sus fines con la menor lesión a los derechos fundamentales de los ciudadanos (principio de proporcionalidad).

4. Contratos administrativos y contratos privados de la Administración

De lo considerado hasta el momento, podemos hacer una constatación básica. Realmente no hay un monismo absoluto en el régimen jurídico del contrato de la Administración Pública. Conviven y lo han hecho desde hace mucho tiempo, contratos privados y contratos propiamente administrativos.

Los contratos privados de la Administración Pública nacen en el Derecho francés como supuestos excluidos de la competencia del Consejo de Estado quien extendió inicialmente su jurisdicción sobre todos los contratos que celebraba la Administración, incluidos las ventas de bienes nacionales. Así lo preveía España, que atribuía a la justicia administrativa todas las demandas relativas a los contratos realizados por los ministros, intendente de nuestra casa o en su nombre, o las obras o suministros hechos para el servicio de los departamentos respectivos. Posteriormente, durante la Restauración borbónica, cedió parte de sus competencias a la Jurisdicción ordinaria, cesión competencial que se articuló sobre el fundamento técnico de que en esos contratos se implicaban y discutían cuestiones de propiedad, derecho que estaba bajo la protección de los tribunales civiles²³. Surgen así los contratos privados de la Adminis-

francesa; es decir, aquellos instrumentos jurídicos y los principios que los informan, se deben aplicar, no sólo a dichos contratos administrativos por naturaleza (...) sino también a todos aquellos otros, que en sentido estricto no lo sean, de acuerdo a su régimen jurídico especial, en razón de su objeto o clausulado, con lo que, de la teoría dualista del contrato que contempla la doctrina administrativa al aceptar dos regímenes jurídicos distintos en la aplicación, (de derecho privado para los contratos estrictamente privados de la Administración) se ha pasado en nuestro medio a la teoría monista del contrato con la aplicación de un solo régimen jurídico'.

²² Sobre este tema: Saz Cordero, S. (1994) La huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. *Revista de Administración Pública*, enero-abril, número 133, p. 57 y siguientes. Cervantes Gamboa, R. I. (2000). Reforma del Estado: Una vía en procura de la huida del Derecho Administrativo particularmente en materia de contratación administrativa. *Revista de Ciencias Jurídicas*, enero-abril, 2000, número 91, pp. 35 y siguientes.

²³ Toran, M. (1975). El contrato administrativo en el derecho francés. *Revista de Ciencias Jurídicas*, mayo-agosto, número 26, pp. 98 y siguientes. Parada, R. (2002). *Derecho Administrativo I. Parte general* (décimo tercera edición). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., p. 259. Ariño Ortiz, G. Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo. Cassagne, J. C. dir. (1998). *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S. A. E. e I., p. 882.

tración, como excepción a la competencia de la justicia administrativa.

Cuando se afirma que Derecho público es el que norma los contratos de la Administración Pública en Costa Rica, según la expresión acuñada por la LCA, deben hacerse algunas matizaciones. Si se está hablando de "actividad de contratación administrativa", el legislador se ha referido a la etapa procedimental de formación de la voluntad en los contratos genuinamente administrativos. El sello por el cual el Derecho público deja su marca en el contrato viene a presentarse en la fase de formación de la voluntad del ente público contratante por medio de un procedimiento y en el concurso necesario de oferentes. Como tal, la selección del contratista queda cubierta por los principios propios del procedimiento administrativo pero, fundamentalmente, por el hecho de que es por el procedimiento que se logra el acierto en el acto administrativo, o sea, la escogencia de la oferta que mejor convenga al interés público.

El procedimiento no define la naturaleza del contrato. Hay contratos que no cumplen con la licitación y no dejan de ser de Derecho público. Tal es el caso de las contrataciones a que alude el artículo 2° y 2° bis de la LCA, las cuales quedan excluidas de los procedimientos de concurso. Por otra parte, son civiles muchas de las contrataciones que constituyen actividad ordinaria (inciso a-) en que el particular no es "seleccionado" por la autoridad pública pues se trata de un usuario de un servicio que presta bajos esquemas contractuales (venta de seguros, suscripción de préstamos o hipotecas, etc.).

En los contratos de derecho común que celebra la Administración, actúa ejerciendo su capacidad de Derecho privado pero una sola y misma personalidad jurídica que no queda exenta de re-

glas propias del Derecho público; lo relacionado con la competencia del órgano administrativo que celebra el contrato o la necesidad de cobertura presupuestaria para honrar los compromisos que se adquieren, poseen plena aplicación. Como puede apreciarse, el tejido entre las reglas públicas y las privadas nunca es puro. No es crisis del contrato administrativo, sino de un régimen inflexiblemente público resultado de una excesiva amplitud de Constitución Política trasladado a la LCA. Si no hay un régimen puro del contrato administrativo, lo que corresponde es proceder al análisis de la parte pública del contrato administrativo, y centrar la atención en las áreas críticas que pueden ser nichos de inflexibilidades, sin tener la premisa de que todo lo público es sinónimo de entorpecimiento²⁴.

La tradicional concepción monista de la contratación pública costarricense tiene como efecto una excesiva cobertura de Derecho público en casos en que los hechos demuestran y demandan cosa distinta. No se trata de un debate respecto del cual uno de los dos esquemas deba salir victorioso²⁵. La realidad que vive la Administración Pública costarricense nos obliga a sopesar dar cabida a los contratos privados del Estado, gracias a lo cual sea posible encuadrar como tales los de arrendamiento y otros que son llevados a cabo como actividad ordinaria de la Administración Pública (seguros, hipotecas, transporte, etc.).

La justificación para distinguir entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración radica, no sólo en el régimen público o privado que prevalezca, sino en la distinta presencia del interés público²⁶. No tiene el mismo impacto para el ciudadano, la construcción de un puente peatonal sobre el paso de una carretera que ha sido peligrosa, que la venta de un inmueble de la

²⁴ "... ante la posibilidad de que verdaderamente el Derecho Administrativo actual sea un obstáculo a la eficiencia de la Administración, no resulta admisible relegarlo, sin más, acudiendo a un Derecho Privado que no siempre sirve para garantizar el sometimiento pleno de la Administración al ordenamiento jurídico y a los principios constitucionales. Lo que procede es no limitarse a meras proclamaciones superficiales de la ineficacia del Derecho Público y llevar a cabo un estudio serio de la eficacia de sus instituciones administrativas para introducir, en su caso, las reformas que sean pertinentes para lograr una gestión más eficaz de los intereses públicos". La cita pertenece a Desdentado Daroca, E. (1999) Op. cit., pp. 132-133.

²⁵ El sistema europeo de contratos públicos "... se mueve más en la dirección de armonizar el Derecho Público y el Derecho Privado, que en la línea de armonización de los distintos Derechos administrativos nacionales". Así: Moreno Molina, J. A. (1996). *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Madrid: McGraw Hill, p. 22.

²⁶ De Solas Rafecas, J. M. Carácter administrativo y privado de los contratos. En: ARIÑO Y ASOCIADOS (2002), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Granada: Editorial Comares, S. L., tomo I, p. 299.

Administración. El suministro de equipo médico tiene mayor relevancia que la adquisición de papelería de oficina. Esto tiene un enorme impacto sobre la faceta procedimental pues los contratos privados de la Administración Pública podrían someterse a procedimientos de selección más flexibles que los aplicables a contratos administrativos propiamente dichos. Esto no es una desaplicación de los principios constitucionales de libre participación e igualdad, sino un ajuste, de tal manera que la Administración Pública pueda hacer uso de un esquema licitatorio (no hay que olvidar el 182 constitucional), pero con diferente peso no ya en la capacidad económica o presupuestaria sino en el objeto de estos contratos. Sería posible que la actividad mercantil que desarrollan entes públicos (bancos, fideicomisos) quede excluida de procedimientos licitatorios con una categorización de los contratos en el sentido propuesto²⁷.

Para los contratos administrativos (genuinamente administrativos), en los que el interés público se encuentra más comprometido por el objeto que poseen, como son la concesión, la obra pública, el suministro de bienes para servicios públicos esenciales, estaríamos de frente a un esquema en el que la licitación pública debe apuntalarse como la regla general.

III. LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

1. El procedimiento administrativo como garantía de acierto

El Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública se abre con una proclamación fundamental: «*El procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración...*» (artículo 214). La norma no tiene un término medio, no admite un cumplimiento siquiera satisfactorio, opta

por el mejor. El procedimiento administrativo, como cauce formal de la función administrativa, tiene como norte servir de mecanismo para el logro de los fines que el ordenamiento jurídico. Colocado en una justa perspectiva, el sello procedimental que posee el Derecho administrativo tiene una razón de ser; a partir del procedimiento administrativo, el acto que se emita es acertado, gracias a que por su medio se ha considerado el motivo (de hecho y de derecho), pues constan en el expediente todos los elementos de prueba necesarios para adoptar la decisión final (documentos, informes, dictámenes, pruebas técnicas, etc.) y, al hacerse llegar todos los factores que puedan señalar una decisión apropiada, se configura como una herramienta necesaria para asegurar ese acierto. Por ello la LGAP proscribire las formas rigurosas para la prueba, promueve la participación de todos los sujetos involucrados dentro de los autos y establece, como una causa de nulidad absoluta, que la formalidad que se echa de menos tenga la fuerza suficiente para que, de haberse cumplido, hubiere podido variar la decisión final. Esto lleva a que un procedimiento administrativo correcto debe tener como producto un acto correcto²⁸. La motivación del acto administrativo es la expresión de los resultados del procedimiento de tal forma que al término del trámite, la Administración es conducida por el procedimiento hacia una decisión determinada. A partir del motivo el acto se presenta como el resultado del ejercicio de una potestad legítima, no únicamente por razones de competencia u otros aspectos formales, sino por la necesidad de hacer verificable ese motivo. El deber de fundamentar viene a apoyarse en el procedimiento que ha servido de base y marca la diferencia entre lo legítimo y lo arbitrario. Este paradigma del procedimiento administrativo lo ha llevado a reducirlo a un mecanismo de garantía al ciudadano.

²⁷ En su resolución RC-133-2000 de las 14:00 horas del 12 de abril de 2000, la Contraloría General confirmó su competencia en la fiscalización de las empresas públicas, pero limitó sus facultades a un "control de principios" de tal forma que el cauce procedimental aplicable a esas empresas para seleccionar sus contratistas, no puede apartarse de los principios generales del Derecho Público, ni de aquellos principios constitucionales aplicables a la contratación administrativa.

²⁸ Así: Ponce Solé, J. (2001). *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*. Vallalodid: Editorial Lex Nova S.A., p. 137. En el mismo sentido se pronuncia Bauzá Martorell: "Para llevar a cabo una prestación eficaz, la Administración deberá respetar el procedimiento legalmente establecido, que diseña esa actuación para que sea eficaz. En este sentido, la eficacia es inseparable de la legalidad: una actuación administrativa eficaz sólo puede ser la que se desempeña observando el procedimiento legal." Op. cit., p. 47.

Bajo esa óptica se le resta el papel que debe tener en el ejercicio de la función administrativa que es el de servir de cauce formal para el dictado de la decisión óptima.

2. La licitación como mecanismo para seleccionar la mejor oferta

La perspectiva que impera en los concursos es que las formas sirvan de mecanismos contra la corrupción y prevengan las arbitrariedades del poder público sobre los participantes. Evidentemente, el acento procedimental en la LCA está enfocado en asegurar los derechos de los oferentes, pero también a la selección del más idóneo. El procedimiento concursal es un medio para proteger los intereses legítimos de los oferentes, pero no se agota en ese propósito. La identificación de la oferta más conveniente en un proceso licitatorio es garantía de ausencia de actos irregulares, en la medida en que a partir de lo señalado por el cartel, se actuó con objetividad.

¿Cuál procedimiento garantiza mejor el acierto? Este es un punto capital en el que hay que desterrar algunas concepciones que más parecen ser prejuicios que conclusiones derivadas de un análisis racional. Tan es así que podríamos hablar de una contradicción en la forma de encarar el análisis de la licitación pública y de la contratación directa (del más formal al más liviano de los procedimientos), pues por un lado se alaba a la última y, al mismo tiempo, se califica a la contratación directa como procedimiento excepcional; se ensalza la licitación pública como el mecanismo que garantiza la satisfacción del interés público.

La contratación directa es un procedimiento de selección del contratista tan válido y constitucional como la licitación, por la sencilla razón de que la contratación directa, tal y como está regulada actualmente, no es un mecanismo de selección que deje en completa libertad a la Administra-

ción, ya que debe dar cumplimiento, con menor intensidad pero cumplimiento al fin, de los principios de igualdad entre oferentes, libre participación, control de los procedimientos, buena fe, etc. Tampoco carecen de las garantías necesarias para tutelar los intereses legítimos de los oferentes, pues en la medida en que la cuantía económica del caso sea suficiente, se da entrada a las objeciones al cartel o a un recurso de apelación contra la adjudicación. Esto lo que nos refleja es que la licitación pública posee una serie de prejuicios, frente a los cuales la Administración Pública prefiere etiquetar sus contratos como "contrataciones directas", sin darse cuenta que lo que la Contraloría General le ha concedido en la autorización, es siempre una licitación exenta de ciertos requisitos, ciertamente intrascendentes para la celeridad en el trámite.

Paradójicamente, el fenómeno inverso también se presenta. La licitación pública desde el otro ángulo, es una figura desgastada por lo que la Administración busca, especialmente para sus proyectos más estratégicos y cuantiosos, la manera de evitar hacerlos pasar por ese procedimiento, atemperar las formas y, en suma, convocar a un procedimiento de selección más ligero.

Esta doble vía en la forma de enfocar las bondades de la contratación directa y de la licitación pública hace que se polarice el tema llevando cada quién según su interés, a alturas o a abismos que no corresponden a la realidad, impidiendo un enfrentamiento sereno y objetivo de la problemática. Y en esta batalla ha ejercido su influencia la Sala Constitucional, tal vez con un propósito encomiable propio de su naturaleza de contralor de constitucionalidad, pero de alguna manera ha convertido en jurisprudencia vinculante aspectos que no poseen ese rango. Ni el texto del 182 constitucional ni otra norma de esa jerarquía colocan la contratación administrativa como una materia en que el agotamiento de la vía administrativa deba cumplirse preceptivamente²⁹.

²⁹ La Sala Constitucional en su resolución 3669-2006 de las 15:00 horas del 15 de marzo de 2006, declaró inconstitucional el agotamiento de la vía administrativa salvedad hecha de lo establecido en el numeral 173 constitucional para los acuerdos municipales y el "... 184 en cuanto le reserva a la Contraloría General de la República la jerarquía impropia de los actos administrativos dictados en materia de contratación administrativa". El refrendo de los contratos administrativos es, a mi criterio, otro de esos asuntos. La Sala Constitucional ha constitucionalizado un requisito para los contratos administrativos sin detenerse a considerar que las normas que se ocupan de la Contraloría General de la República, tienen un estrecho parentesco con una reforma muy amplia que en materia de Hacienda Pública se produjo durante los años cuarenta. En la administración del Presidente Teodoro Picado se emitieron tres leyes de importancia en materia de finanzas gubernamentales: La Ley Orgánica del Presupuesto, No. 199, la Ley Orgánica del Centro de Control, No. 200, y la Ley Orgánica de

Si se analiza con el rigor debido, lo que enfrentamos no es un problema de fondo, sino de términos. La contratación directa es un procedimiento de selección del contratista tan válido y constitucional como la licitación, por la sencilla razón de que la contratación directa, no es un mecanismo de selección que deje en completa libertad a la Administración, sino que se encuentra sujeta a los principios de igualdad entre oferentes, libre participación, control de los procedimientos, buena fe, etc. Las contrataciones directas que son autorizadas por la Contraloría General de la República, suelen someterse a condiciones que resguarden esos principios, que la convierten en verdaderos procedimientos licitatorios con ligeras atemperaciones. Tampoco carecen de las garantías necesarias para tutelar los intereses legítimos de los oferentes, pues en la medida en que la cuantía económica del caso sea suficiente, se da entrada a las objeciones al cartel o a un recurso de apelación contra la adjudicación.

Es una cuestión sobre la forma de etiquetar el procedimiento de la compra: si se hace por licitación será un largo y tortuoso camino, pero si se hace de otra forma, será más sencillo y el interés público saldrá bien librado de las redes licitatorias que hubieran frustrado su satisfacción. La práctica ha fortalecido esta concepción pues al justificarse por qué la entidad no puede acudir a un procedimiento de licitación, al interés público se le lleva en andas como el afectado en términos de la tardanza en procurar el bien o servicio por los mecanismos "ordinarios", sin que esa justificación contemple un genuino examen, sustantivo y verti-

cal, acerca de en qué consiste ese interés público en el caso concreto y por qué debe soslayarse la licitación.

Un procedimiento de licitación pública no confiere infalibilidad a la Administración en sus decisiones, ni representa un resguardo contra posibles incumplimientos contractuales. Tampoco puede decirse que una contratación directa sea el sitio para anidar a contratistas irresponsables. Lo que interesa es que en ambos exista un grado de competencia entre los oferentes. Si el procedimiento administrativo debe servir como garantía de acierto, el procedimiento de selección del contratista (independientemente de si es una licitación pública o una contratación directa concursada) lo que ha de buscar es promover el mayor nivel de competencia entre los oferentes, que sea una competencia real y bajo condiciones de equidad.

Por ello, el cartel debe crear un área de libre mercado en las compras con la Administración Pública, apoyado en un marco legal que no establezca restricciones más allá de lo debido. Las excepciones a un concurso deben sopesarse cuidadosamente, no tanto por que representen una excepción a la regla formal de la licitación, sino por cuanto minimizan la competencia entre oferentes. No va a ser relevante, en primer término, la forma en cómo se encuentre etiquetado el procedimiento (sea por una licitación pública o por una contratación directa), lo que va a determinar la idoneidad del procedimiento de selección es que no existan restricciones a la competencia entre oferentes.

Tesorería Nacional y Proveduría Nacional, No. 201, todas del 6 de setiembre de 1945. Este cuerpo normativo representó un hito en el proceso para ordenar el régimen jurídico de las finanzas públicas y la influencia de su articulado todavía persiste en la Constitución. El texto de esta legislación, a no dudarlo, se tuvo a la vista al momento de discutirse la Constitución Política de 1949. Por ejemplo, el Centro de Control que se establece en la Ley No. 200, se ocuparía del "examen, glosa y fenecimiento" de las cuentas de los funcionarios, que es ahora el texto que leemos en el inciso 4) del artículo 184 constitucional.

En la Ley No. 201, tenemos que su artículo 18 señalaba: "*Todo giro u orden de pago que emita la Tesorería Nacional debe ser presentado al Centro de Control para su aprobación y sello. Sin esa formalidad no constituirá obligación para el Estado*". El artículo 184, inciso 1°, cuando prescribe que: "*No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella*", presenta una coincidencia que debe pesar en la apropiada interpretación de lo que realmente significa este refrendo o visado. Esto es, el visado o refrendo a que se refirió la Ley No. 201 se producía sobre un acuerdo de pago, únicamente. Esto nos lleva a que la función constitucional de refrendo no comprende el control de legalidad de los contratos administrativos pues nunca fue ese el sentido del artículo 184, inciso 1°, de la Constitución Política, pues lo que se hizo fue recoger un requisito para el pago, no un mecanismo de fiscalización integral de la contratación pública.

3. La competencia leal entre oferentes

Cierto que el Estado opera en un entorno económico del que no puede desligarse en el que los grados de competencia dependen del bien o servicio que le interese. En ocasiones no selecciona los precios que el mercado ofrece (*price taker*) sino que puede verse capturado por oferentes que actúan como *price makers*. En otros casos, como mayor o único comprador, determina los precios de los bienes que adquiere³⁰.

Pero, desde un punto de vista jurídico, más que el término "licitación" lo esencial es entender que en el 182 constitucional el término "competencia", entre los potenciales oferentes, es lo fundamental³¹. Esto nos lleva a otra cuestión que es el sometimiento del Estado al Derecho de la competencia, en tanto forma parte del bloque de legalidad, cuya observancia es preocupación del Derecho administrativo³². Para que el Derecho de la competencia entre a regular la función administrativa, el Estado debe prestar un rol propio de un agente económico en el mercado, no ejercer potestades de regulación u otras propias de su capacidad de Derecho público³³. En el caso de la contratación administrativa, la Administración no está revestida de funciones de regulación, sino que es un operador más del mercado para la adquisición de bienes y servicios. En ese sentido, las reglas sobre competencia, abuso de posición dominante, y el deber de veracidad por parte de quien ofrece bienes y servicios, son fundamentales. Aunque el criterio prevaleciente en la jurisprudencia

del Tribunal de Defensa de la Competencia español es el de que las irregularidades en la contratación administrativa se dilucidan en la jurisdicción contencioso administrativa, se ha estimado lesivo del Derecho de la competencia, por ejemplo, un convenio entre dos Administraciones Públicas para la ejecución de obras por parte de una empresa nacional "... por crear de facto una reserva de mercado a favor de dicha empresa que restringe la competencia al impedir la concurrencia de las demás empresas en el ámbito concretamente de la ejecución de las obras públicas agrarias"³⁴.

En nuestro régimen, las prácticas de comercio desleal pueden apoyar el rechazo de una oferta³⁵, por lo que el Derecho de la competencia forma parte del bloque de legalidad que debe informar la contratación administrativa. Igualmente, el Estado actúa en aras de la satisfacción de las necesidades de los habitantes, por lo que los derechos del consumidor no deberían ser descartados del todo cuando se trata del Estado por los mandatos que recoge el artículo 46 de la Constitución Política.

Desde la perspectiva que se obtiene, algunos aspectos de la contratación administrativa han sido revisados; por ejemplo, la garantía de participación que debe rendir un oferente puede enfocarse como una barrera de entrada; actualmente esta garantía eleva, innecesariamente, el costo de ofertar. Su papel de resguardar la seriedad de la oferta, que es el motivo que le dio origen, ha perdido pertinencia y aplicación. El esfuerzo que está detrás de la oferta por parte de la empresa es reflejo

³⁰ Trepte, P. (2004). *Regulating procurement. Understanding the ends and means of public procurement regulation*. New York: Oxford University Press, p. 113.

³¹ Con el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción (No. 2035 de 17 de julio de 1956, reformada por la No. 6050 de 15 de abril de 1977 y No. 7742 de 15 de enero de 1998), se ha pretendido cercenar la libre competencia, cuando establece: "Los entes públicos están obligados a proveerse del Consejo todo tipo de suministros genéricos propios del tráfico de éste, a los precios establecidos. A tal efecto, quedan facultados dichos entes para contratar directamente esos suministros con el Consejo."

³² González-Varas Ibañez, S. (2001). La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos. *Revista de Derecho Mercantil*, número 239, enero-marzo, p. 249. Señala este autor los inconvenientes que se han presentado para que el Derecho de la competencia pueda erigirse en un sistema de control de la contratación administrativa. Además puede verse: Echandi Gurdíán, M.L. Derecho constitucional de la competencia y el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. González Campabadal, A. (2005). *Estudios Jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*. San José: Litografía e Imprenta LIL, S.A., pp. 218 y ss.

³³ González-Varas Ibañez, S. (2001). *Los Mercados de interés general: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos y de Transportes*. Granada: Editorial Comares S.L., p. 545.

³⁴ González-Varas Ibañez, S. (2001) La aplicación... Op. cit., p. 261.

³⁵ Artículo 56.3.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 25.038-H del 6 de marzo de 1996.

de su interés. Ante su carencia de utilidad, la eliminación de una garantía de participación suprime, además, un nicho de interpelabilidad de las adjudicaciones constantemente utilizado por los apelantes. Bien se hace en dejarla a elección de la Administración, según la más reciente reforma al artículo 33 de la LCA.

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de puntos relacionados con la libre competencia en la contratación administrativa pero desde la perspectiva de los derechos fundamentales y de los principios que rigen la contratación con la Administración Pública. Al analizar los términos de un Convenio de Préstamo, aprobado por Ley No. 7096 de 27 de junio de 1988, por el cual el Estado costarricense quedaba obligado a dar ventajas a las empresas del país concedente del préstamo con lesión de la igualdad con empresas costarricenses que estén en condiciones de ofrecer, reparó en la inconstitucionalidad de este género de cláusulas:

“Es usual y hasta normal, jurídicamente hablando, que en algunos contratos de préstamo se establezca determinada procedencia para un porcentaje de los productos a importarse con los fondos de

aquéllos, pero en el presente caso de lo que hablamos es de un porcentaje del costo total del proyecto. Lo inusitado en este caso es que el citado 65% es independiente de que esos bienes o servicios se puedan obtener en Costa Rica, o no. Incluso, independientemente de que se puedan obtener en condiciones más favorables, desde el punto de vista del costo del proyecto. En ese sentido, la Sala no puede darle otra interpretación que no sea la de que la cláusula atenta contra el principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), en tanto que pone en condiciones de ventaja a empresas venezolanas, ya que estas tendrán toda la facilidad para obtener y cotizar bienes y servicios de aquella procedencia, con menor costo en relación a empresas costarricenses que pudieran intentar hacer algo parecido. También significa esa cláusula, colateralmente, una limitación irrazonable a la libertad de empresa (artículo 46 constitucional), puesto que se dificultará o hará imposible para empresas costarricenses, participar en la licitación que se viene comentando.”³⁶

³⁶ Sala Constitucional, resolución No. 1559 de las 14:57 horas de 31 de marzo de 1993. En el mismo sentido, resolución No. 3375 de las 16:03 horas de 18 de junio de 1997; después de citar la sentencia 1559 indicada, se expone en el fallo lo siguiente:

“De la sentencia transcrita se desprende que la imposición de una determinada procedencia -en este caso, bienes y servicios españoles- para los productos que se importen con los fondos provenientes de un empréstito, resulta legítimo y no es inconstitucional, siempre y cuando no se excluya a empresas nacionales que pudiesen proveer servicios y productos equivalentes originados en el país. En el presente caso, la Sala observa que la Caja Costarricense de Seguro Social y el Banco Bilbao Vizcaya han «convenido la suscripción de un contrato por un importe de Dólares USA 40.000.000,00, cuyo objeto es el suministro de equipo médico para el Programa Nacional de Renovación, Actualización y Fortalecimiento del Sistema Hospitalario Nacional de Costa Rica, a ser llevado a cabo por el acreditado.» (expositivo I del Convenio de Financiación entre la C.C.S.S. y Banco Bilbao Vizcaya, S.A., folio 339). Efectivamente, de las cláusulas 2.3 y 6.1 se desprende que el crédito será destinado exclusivamente al pago por parte del Banco (Banco Bilbao Vizcaya) al SUMINISTRADOR («empresa o empresas españolas suministradoras de los bienes y/o servicios a ser financiados parcialmente con los recursos del CREDITO.» Cláusula Primera del Convenio). A juicio de la Sala, la cláusula 2.3 no es contraria al Derecho de la Constitución en la medida en que se aplique exclusivamente a bienes o servicios de importación, de manera que, en caso de que haya empresas costarricenses que ofrezcan bienes y servicios originados en Costa Rica, equivalentes a los que ofrecen las empresas españolas, en condiciones más ventajosas para la Caja Costarricense de Seguro Social, puedan participar en los concursos en condiciones de igualdad con las de origen español, y, en su caso, ser adjudicadas, aunque la contratación no pueda financiarse con los fondos prestados, y así debe advertirse en la ley de aprobación. La Sala observa que el artículo 8 del proyecto de ley consultado dispone que la Caja deberá vigilar que los precios, calidades y demás extremos de la contratación de bienes y servicios españoles sean competitivos con los originarios de otras naciones, lo que implica que no se está obligando a adquirir

En la sentencia número 8195 de las 15:07 horas del 13 de setiembre de 2000, la Sala Constitucional se refirió a la necesidad de promover la más amplia participación en los procesos de compra de la Administración Pública, pero sin que el ejercicio de la potestad reglamentaria afecte la libre participación, además de tratarse de una materia que está reservada a la ley por limitar las libertades públicas:

“De seguido, y con fundamento en los precedentes citados, debe analizarse la constitucionalidad del artículo 1 del «Reglamento de Contratación de Servicios de Instrucción Técnica», impugnado por el accionante por considerar que, al impedir a las personas físicas contratar con el Instituto Nacional de Aprendizaje la prestación de servicios de instrucción técnica, infringe los artículos 33, 45, 46, 56 y 182 de la Constitución Política. Por infringir los principios constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado, especialmente los de libre competencia e igualdad de trato desarrollados por este Tribunal en la sentencia parcialmente transcrita supra-, la imposición de condiciones que restrinjan el acceso a la contratación resulta inconstitucional. Si bien la administración está facultada para dictar los reglamentos que requiera para el mejor desempeño de las

actividades propias de la contratación administrativa, es expresamente prohibido por la ley –Ley de la Contratación Administrativa- que tales normas establezcan regulaciones que impidan o limiten la libre competencia. Por el contrario, el ordenamiento pretende promover la participación del mayor número posible de oferentes, de manera que la Administración pueda seleccionar entre una mayor gama de ofertas y escoger la que mejores condiciones ofrezca. Al establecer que la contratación de servicios de instrucción será posible sólo con personas jurídicas y sus empresas, el artículo 1 del Reglamento de Contratación de Servicios de Instrucción Técnica establece una discriminación injustificada e irracional en perjuicio de las personas físicas y sus empresas, vulnerando los principios constitucionales dichos. Esta Sala se ha pronunciado en similar sentido, refiriéndose en los siguientes términos a condiciones de igual naturaleza establecidas en un cartel de licitación: «discriminar para el otorgamiento de una concesión de transporte público, entre personas físicas y jurídicas en perjuicio de las primeras, quienes en igualdad de condiciones con una sociedad mercantil o una cooperativa, quedan excluidas automáticamente del concurso.»» (sentencia 2367 de

a toda costa los productos provenientes de esa nación, sino que para efectuar las contrataciones, deberá observar los principios de eficiencia, igualdad, libre competencia y publicidad que rigen la contratación administrativa.

Además de las consideraciones anteriores es preciso señalar que según se desprende de la documentación que consta en el expediente legislativo N12834 -folios 154 al 166- los bienes que se pretende adquirir con los fondos del crédito son, en su gran mayoría equipos médicos que no son producidos en el país, por lo que en el presente caso no es evidente -como sí lo era en el caso resuelto en la sentencia citada supra- que las empresas costarricenses estarán en desventaja.

Finalmente, en lo que se refiere a las cláusulas 2.4 y 6.1 del Convenio de Financiación entre la C.C.S.S. y el Banco Bilbao Vizcaya, para la Sala resulta importante indicar que no es posible entender que si hay fondos de contrapartida suministrados por la C.C.S.S., éstos tengan que utilizarse en su totalidad en la adquisición de bienes y servicios de origen español, lo cual significa que todos los bienes y servicios que se utilizarán en el proyecto serían de importación o de empresas españolas que vinieran a domiciliarse en Costa Rica. Si los empréstitos no financian la totalidad del proyecto, y la Caja Costarricense de Seguro Social tiene que aportar el resto del dinero en fondos de contrapartida, no es imaginable suponer que los prestamistas españoles pretendan impedir que por lo menos con éstos últimos se financien los de origen local, de manera que hemos de suponer que las cláusulas 2.4 y 6.1 del convenio con el Banco Bilbao Vizcaya no pueden interpretarse en su sentido literal, sino en el de que los fondos de contrapartida que han de ser suministrados por la Caja Costarricense de Seguro Social en su condición de «acreditado», se utilizarán indistintamente para financiar la compra de bienes o servicios de origen español o costarricense en condiciones de igualdad.”

las 15:27 horas del 17 de mayo de 1994, en similar sentido 3924-93 y 2364-94). La norma en estudio viola también la libertad de contratación y el derecho al trabajo de las personas físicas, pues les impide registrarse como posibles oferentes del servicio de instrucción técnica, y en consecuencia, cercena su derecho de contratar con la administración este tipo de servicios. Como la restricción afecta derechos fundamentales, y está contenida en un reglamento autónomo, la norma impugnada infringe también el principio de reserva de ley, que ha sido ampliamente desarrollado por la Sala en su jurisprudencia, especialmente en la sentencia No. 3550-92. Por lo anterior, la acción debe ser estimada en cuanto a este extremo."

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha sido especialmente celosa en constatar que no existan exclusiones arbitrarias de potenciales oferentes, que sus plicas sean veraces y que no incurran en prácticas desleales y colusorias, pero a partir de los principios propios que rigen la contratación administrativa, no desde la perspectiva de una aplicación del Derecho de la competencia³⁷. Así, se ha declarado inelegible al oferente que busca apropiarse de un puntaje en su favor gracias a que su propuesta tiene un plazo tan reducido que le ha merecido una calificación

mayor que la de los demás oferentes, cuando de antemano se conoce que ese plazo es de imposible cumplimiento. Se trata de un elemento esencial del contrato administrativo que debe ser cotizado en forma clara y, especialmente, que sea posible ejecutar las prestaciones dentro del lapso ofrecido, esto es, que el oferente sea veraz en su propuesta. De esta forma, la entrega de vehículos en un plazo de 0.5 días puede originar un aprovechamiento indebido por cuanto quien lo ha ofertado se coloca en una situación de incumplimiento anticipado, generando incluso dificultades innecesarias a la entidad licitante al afectar su derecho a revisar en la entrega los bienes adquiridos³⁸. Un sistema de evaluación no debe anidar este tipo de conductas, pues se ha llegado a casos tan extremos en que el plazo de entrega de "un segundo" en una compra de equipo de cómputo fue ampliamente cuestionado por las partes ya que la Administración lo aceptó y no declaró inelegible la oferta que consignó semejante posibilidad³⁹, gracias a lo cual el sistema de evaluación se trastorna pues pierde la finalidad de seleccionar la oferta más conveniente asegurando la igualdad para los oferentes en esa evaluación⁴⁰.

Algo similar se ha considerado en relación con el precio. Si uno de sus componentes se cotiza en cero, ello se puede ver, en principio, como una transgresión a las reglas cartelarias, máxime si ese componente resulta necesario para la realización satisfactoria del contrato⁴¹, por lo que el oferente

³⁷ La Contraloría General de la República se ha declarado incompetente cuando se le someten temas de competencia desleal: Departamento de Licitaciones, oficio 8113 de 13 de agosto de 1982.

³⁸ Contraloría General de la República, Dirección General de Contratación Administrativa, R.S.L. 385-99 de las 15:30 horas del 3 de setiembre de 1999.

³⁹ Contraloría General de la República, Dirección General de Contratación Administrativa, R.S.L. No. 164-99 de las 15:00 horas del 26 de abril de 1999.

⁴⁰ Estos casos son un fraude de ley, que el Código Civil en su artículo 20 del Título Preliminar introdujo al ordenamiento jurídico gracias a la reforma de 1986 y que la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, traslada a la Administración según su artículo 5º. El fraude de ley posee una evidente cercanía con la desviación de poder del Derecho administrativo. La desviación de poder se concreta en el uso de una potestad para la cual está adecuadamente dotado el órgano público y el uso que, en el caso concreto, se hace de esa potestad desviando el fin que el ordenamiento tenía previsto, sin embargo, puede ejercitarse un derecho o una potestad para fines previstos en el ordenamiento jurídico y no producirse una desviación de poder, pero sí una violación al principio de buena fe.

⁴¹ En su resolución RC-009-2002 de las diez horas del siete de enero de 2002, la Contraloría General de la República planteó una tesis en ese sentido:

"El tema de la posibilidad de cotizar prácticamente cualquier precio por el oferente, parapetado bajo el precepto constitucional de la "libre de contratación", no puede descontextualizarse ni llevarse a extremos absurdos. Ciertamente hay una concurrencia del contratista de la Administración Pública, como colaborador en la satisfacción del interés público que lleva inmersa la ejecución de un proyecto como el presente, pero no puede admitirse que cotizar un componente esencial para el proyecto en un centavo por litro sea

no puede valerse de ese artificio para lograr ventaja en la evaluación, corregir un olvido o evadir la presentación de información relevante. De esa manera, no puede someter ofertas en las que ob-

tenga un beneficio indebido por una rebaja ficticia de su precio. El régimen vigente dispone que el precio ruinoso o no remunerativo sea inaceptable⁴². Para encuadrar esta situación apropiadamente, es

legítimo; lo que trasluce es un afán desmedido por apoderarse de una calificación favorable de la oferta, hasta un límite en que esa libertad de empresa no puede ser llevada sin que exista un abuso de derecho, especialmente si se toma en cuenta que los demás oferentes han cotizado para el rubro de "agente rejuvenecedor" sumas por encima del millón de dólares, frente a los \$25.147,72. del consorcio recurrente. (...) Igualmente la Sala Constitucional ha reconocido para el contrato público, el concepto de equilibrio de los intereses contrapuestos, de donde se deduce que por un principio de justicia conmutativa, cuando se recibe una prestación debe compensarse con cierta igualdad existiendo la reciprocidad de intereses. Según ha dicho este Tribunal, las prestaciones deben ser equilibradas tanto porque la Administración financia el contrato con gasto público, como también porque la formalización del contrato reconoce un valor subjetivo en la prestación de cada una de las partes y que debe ser integralmente respetado (véase la resolución de la Sala Constitucional número 6432-98 de las diez horas treinta minutos del cuatro de setiembre de 1998). Igualmente la Sala Constitucional, se ha referido a la libertad de contratación, como bien lo señala el consorcio recurrente, estableciendo en lo esencial que ésta conlleva, la libertad de escoger al cocontratante; libertad para escoger el objeto del contrato y de la prestación principal que lo concreta, libertad en la determinación del precio y el equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones, equilibrio que consigue a través del respeto de los principios fundamentales de buena fe, igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, principios según los cuales, como se expresa en la sentencia 3495-92, "la posición de las partes y el contenido y alcance de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato". Es a partir de este razonamiento que estima esta Contraloría General que en la especie, el consorcio recurrente no logró acreditar que el costo cotizado en el renglón de pago M-44 (B) "Agente rejuvenecedor", a saber US\$0,01 dólar por litro, responda a un precio razonable, proporcionado y, en suma, veraz, en función de la naturaleza del material, que en este proyecto resulta vital para la obra. El consorcio ha señalado que en razón de los acuerdos con sus proveedores, pueden cotizar el precio indicado. Técnicamente el precio no corresponde a lo que en realidad el insumo puede efectivamente representar desde el punto de vista económico. Esta conclusión se sustenta en la mera comparación de los precios cotizados por los restantes oferentes, que de acuerdo al cuadro que se incluye en el criterio técnico emitido en este asunto, oscilan de un mínimo de 0,42 dólares a un máximo de 0,75 dólares por litro, excluyendo la oferta del consorcio recurrente (véase folio E-127 del expediente administrativo) y que en montos totales arroja una diferencia dólares en contraste con la cifra de US\$ 25.147,72. cotizada por el recurrente. Asimismo la propia estructura de precios que aporta el oferente con su oferta, hace concluir que el costo \$0.00 del material agente rejuvenecedor resulta irreal y desproporcionado, lo cual se reafirma con las escasas e imprecisas aclaraciones que sobre el punto hace el consorcio recurrente. No hay explicación objetiva que conste en los autos que justifique que un componente esencial del proyecto tenga un precio igual a cero, sino que únicamente consta una manifestación subjetiva que no logra demostrar la razonabilidad del precio cotizado. En ese sentido, la libertad constitucional para que los oferentes determinen sus precios en los contratos públicos, debe entenderse limitada por los principios de razonabilidad, y proporcionalidad, en el tanto esos precios sean veraces, reales, razonables y proporcionados al objeto al que se refieren."

No obstante, el tema de la cotización del precio en cero ha sido matizado con posterioridad por el Órgano Contralor, en su resolución R-DAGJ-399-2003 de las 11:00 horas del 3 de octubre de 2003:

"Donde sí se admite un cambio de criterio es que la cotización de una línea en cero, no constituye por sí misma un precio irreal o un motivo de exclusión automática de la propuesta, porque, salvo regla en contrario, se acepta que el precio lo defina el oferente. En resumen, el haber cotizado la adjudicataria cero en el rubro de capacitación no se estima por sí mismo ilegal y al tener un mejor precio, sea por línea adjudicada o en precio total, incluso adicionando el monto más alto de los cotizados en el aspecto de capacitación, no se aprecia ninguna razón que evidencie una ventaja indebida para la adjudicataria, por lo que para ese extremo el recurso se declara sin lugar. No toda oferta que contemple cero como precio en alguna línea debe ser objeto de exclusión, sin antes valorar su impacto en el resultado final del concurso y en las condiciones que regirían la etapa de ejecución contractual".

⁴² Artículo 56.3.2 del Reglamento General de Contratación Administrativa.

necesario clarificar primero qué vamos a entender por ruinoso o no remunerativo, pues bien puede suceder que la oferta contenga un precio con una utilidad en cero pero no por esa razón tenga que suponerse que el contrato se va a incumplir ante la insuficiencia de la retribución establecida, que el supuesto de un precio ruinoso pues aquí el oferente no es capaz de llevar adelante los términos del contrato por la ausencia de soporte económico. Lo que cabe interpretar es que ambas situaciones son inaceptables; tanto el precio ruinoso (que anticipa un incumplimiento) como el no remunerativo convierten en inelegible una oferta.

Las malas prácticas de competencia no pueden ser percibidas fácilmente frente a un solo caso concreto, pues puede suceder que una empresa, desde una posición dominante, desarrolle un plan para expulsar a sus competidores vendiendo productos a un precio que no le represente ganancia a corto plazo. El problema que se presenta en estos casos es de prueba; resulta difícil demostrar que una empresa ha sostenido por un tiempo precios predatorios con la finalidad de suprimir a los competidores, para luego de ello, recuperar los beneficios perdidos⁴³.

Son correctas ciertas exclusiones de oferentes por prácticas contrarias al Derecho de la competencia. Pero la jurisprudencia constitucional como la administrativa, lo hacen desde las reglas y principios de la contratación administrativa, lo cual puede limitar el análisis de la realidad que vive a diario la Administración Pública, al privarse de consideraciones de orden económico y técnico que posee la aplicación de muchos de los conceptos y regulaciones en Derecho de la competencia, que no se encuentran presentes en la jurisprudencia de la Sala Constitucional ni de la Contraloría General de la República. Tampoco suele verse al Estado como consumidor o, al menos como una parte que obra en forma mediata en interés de éstos, al que le asisten las garantías necesarias para procurarse de bienes y servicios necesarios para llevar adelante su función.

Indudablemente, la limitación a la libre participación en condiciones de equidad e igualdad, es

un punto medular en la contratación administrativa y constituye una de las áreas críticas pues las excepciones que el legislador ha dispuesto a las reglas del concurso, deben ser mejor calibradas en su texto a fin de no dar sitio a interpretaciones que aniden la evasión ilegítima de la licitación. El propio legislador ha optado por exclusiones del concurso sin que tal proceder beneficie la libre competencia como es el caso ya citado del Consejo Nacional de la Producción o de las sociedades anónimas laborales.

La introducción en nuestro ordenamiento jurídico de las sociedades anónimas laborales representó una deplorable limitación a la libre competencia en las licitaciones. Estas sociedades se originaron bajo la política de una reducción de la plantilla estatal, promoviendo la salida de funcionarios para que, organizados en estas sociedades, proveyeran de servicios auxiliares a las entidades en las que anteriormente eran empleados. Por medio de la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, No. 7407 de 3 de mayo de 1994, estas organizaciones contaron con una normativa, especial y proteccionista, cuando contratan con el Estado. De conformidad con el inciso a) de su artículo 12, la Administración Pública podrá contratar servicios auxiliares, en forma directa, sin licitación, por un plazo de cinco años, plazo prorrogable si se llega a determinar que el servicio se ha prestado dentro de parámetros de eficiencia y costo pactados en el contrato respectivo. A esto se acompaña un derecho de prioridad para ser favorecidas con una adjudicación en una licitación en caso de igualdad con otros oferentes⁴⁴. Si bien la Sala Constitucional ha reconocido la constitucionalidad de la vía de la contratación directa para negociar con las sociedades anónimas laborales dado el propósito que esa normativa contempla: "...*estimular la organización empresarial de los servidores públicos, a efecto de promover su retiro de las funciones del Estado y reducir por ese medio, el gasto público...*"⁴⁵, es claro que una política de reducción de la relación de puestos en el Estado no es un valor o principio constitucional, como sí lo es el de la licitación en las contrataciones que

⁴³ Pascual y Vicente, J. (2002) *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., p. 327.

⁴⁴ Sobre el tema: Contraloría General de la República, División de Asesoría y Gestión Jurídica, No. 14.494 del 16 de diciembre de 1999.

⁴⁵ Ver su resolución No. 6797-95 de las 17:06 horas del 12 de diciembre de 1995.

se hagan con fondos públicos del artículo 182, para que pueda hacerse prevalecer sobre éste. Las sociedades anónimas laborales surgen inicialmente para prestar a la Administración Pública servicios auxiliares o de apoyo, pero gracias a una reforma posterior (artículo 1º de la Ley Marco para la Transformación Institucional y Reformas a la Ley de Sociedades Anónimas Laborales, No. 7668 de 9 de abril de 1997) se incorpora la "actividad sustancial" del Estado como comprendida dentro de aquellas que pueden ser obtenidas de sociedades anónimas laborales. Con ello, el ámbito de asuntos que pueden conferirse a una sociedad de este tipo fue ampliado más allá de los propósitos iniciales⁴⁶.

CONCLUSIONES

La cobertura de Derecho público que hacen tanto la Constitución Política como la LCA no debe movernos a llamar administrativos a todos los contratos que celebra la Administración Pública, especialmente cuando lleva a cabo funciones mer-

cantiles o financieras. El contrato administrativo es tal en la medida de que es medio para llevar adelante una función administrativa por la que se tutela el interés público.

La aplicación del Derecho público no es la causa de los problemas de atraso que enfrentan los procesos de compra del Estado, son otras las razones por las que nuestras licitaciones pueden fallar. Acudir al Derecho privado no es censurable. El problema se presenta cuando exista en ese empleo un intento por dejar sin efecto aspectos básicos que hacen un Estado de Derecho, por ejemplo: el uso de organizaciones privadas para evadir la competencia entre oferentes en que se hace necesario "levantar el velo" para exigir el concurso.

La licitación es competencia, libre y honesta, no que tal o cual procedimiento sea la regla o el más deseable para el legislador quien más bien ha promulgado normas que limitan esa competencia y dejan sin contenido el principio de licitación necesaria, como sucede con el Consejo Nacional de Producción o las sociedades anónimas laborales.

⁴⁶ La Contraloría General de la República advirtió que no era posible equiparar esa actividad sustancial con servicios públicos esenciales para ser contratados con estas sociedades sin cumplir con una licitación que asegurara la idoneidad del seleccionado. Tal fue el caso del servicio público de salud, que se encuentra bajo el gobierno de la Caja Costarricense de Seguro Social por mandato constitucional; en el oficio 3230 de 6 de abril de 2000, su División de Asesoría y Gestión Jurídica indicó:

"Pero en lo que se refiere a la posibilidad de que los servicios públicos, incluidos los esenciales, puedan ser contratados, en forma directa, con una sociedad anónima laboral, el criterio de esta División tiene que ser negativo. No es posible que, además de afectarse la publicatio de los servicios públicos, estas organizaciones puedan además, contratar en forma directa con la Administración Pública la ejecución de servicios públicos como es el caso de los servicios de salud, aún cuando se trate de sociedades surgidas del seno de la institución. Dos razones que estimamos fundamentales deben citarse para ella.

La "actividad sustantiva" que lleva a cabo la Administración Pública no comprende ni es, siquiera lejanamente, equiparable a servicios públicos, incluidos los esenciales, en cuya prestación existe un interés público y no meramente un interés administrativo (artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública); y Por encontrarse de por medio la satisfacción directa de derechos constitucionalmente protegidos, es preciso descartar procedimientos que se ubiquen fuera de la regla de la licitación, como la contratación directa, para, en su lugar, inclinarse a favor de procedimientos de selección que aseguren y garanticen la idoneidad del sujeto de Derecho Privado que participe en la administración o prestación de estos servicios, en razón de la necesaria observancia de un determinado estándar de prestación básica, eficiencia, continuidad, universalidad e igualdad en el servicio." (Se transcribe tal y como aparece en el original).