



Apuntes de Derecho Administrativo

Homenaje al Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

COBERTURA SUBJETIVA Y EXCEPCIONES DEL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Ernesto Jinesta L.¹

Catedrático de Derecho Administrativo UELD
Doctor Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid
Presidente Asociación Costarricense de Derecho Administrativo
Miembro Asociación Internacional de Derecho Administrativo
Miembro Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo.
Profesor asociado Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

Sumario:

Introducción. 1.- Cobertura Subjetiva. Cobertura objetiva. 3.- Excepciones de responsabilidad de la administración pública. A.- Actividad ordinaria. B.- Convenios y Tratados del Derecho Internacional Público. C.- Contratos inter-administrativos. D.- Actividad contractual que no pueda o no convenga ser sometida a procedimientos de contratación al existir un único proveedor, por razones especiales de seguridad u otras igualmente calificadas. D.1.- Actividad contractual imposible de someter a procedimientos de contratación: El proveedor único. D.2.- Actividad contractual que resulta inconveniente o inoportuno someter a procedimientos de contratación. E.- Compras realizadas con fondos de caja chica. F.- Contrataciones para construcciones, instalaciones o la provisión de oficinas o servicios en el exterior. G.- Actividades contractuales que resulten excluidas, de acuerdo con la ley o los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica. H.- Actividad contractual de escasa cuantía. 4.- Actividades contractuales excluidas de la aplicación de la LCA al estar sometidas a un régimen jurídico específico. 5.- Excepciones bajo el control preventivo de la CGR a través de la autorización respectiva. A.- Número limitado de proveedores por la complejidad o carácter especializado del bien, servicio u obra. B.- Normalización o necesidad de compatibilidad en la adquisición de equipo tecnológico por adquisiciones anteriores. C.- Otros casos en que sea indispensable para alcanzar la satisfacción del interés general o evitar daños o lesiones a los intereses públicos. 6.- Contratación directa o contratación libre de procedimiento

Introducción

Tratándose de los estudios en homenaje al Prof. Jorge Enrique Romero Pérez, nada mejor que abordar algún tema de la contratación administrativa, capítulo del Derecho Administrativo que ha desvelado durante muchos años al distinguido profesor que se hace merecedor del reconocimiento por el resto de los estudiosos de nuestra querida disciplina jurídica. El Profesor Romero Pérez ha dedicado profundas y vastas reflexiones -tanto desde la cátedra universitaria, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCR y en diversos libros y contribuciones en revistas especializadas- a las diversas aristas de los contratos administrativos y, sin duda alguna, sus contribuciones constituyen un aporte señero y pionero que orientará a todas las generaciones de operadores del Derecho, de ahí la necesidad de rendir un sentido homenaje a quien a contribuido a esclarecer los fundamentos y la vasta e intrincada

¹ www.ernestojinesta.com ernestojinesta@gmail.com

regulación de la figura dogmática del contrato administrativo. La presente es una modesta contribución al análisis de la extensión o cobertura del régimen jurídico positivo de la contratación administrativa, así como de sus límites o excepciones, extremos que resultan indispensables para delimitar con precisión los contornos de esa institución y, desde luego, para su correcta interpretación y aplicación.

1.- Cobertura Subjetiva

El artículo 1º, párrafo 1º, de la LCA define el ámbito subjetivo de aplicación al indicar que se aplica a la “(...) *actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas*”.

Este párrafo tiene algunos errores de técnica legislativa y plantea algunas dudas, puesto que, era más fácil indicar que rige la actividad de contratación de toda la Administración pública central que intentar formular un elenco –probablemente incompleto- de órganos constitucionales, de relevancia constitucional y de mera creación legal – como la Defensoría de los Habitantes- que integran el Estado. De otra parte, luego precisa que cubre la actividad de contratación de la administración descentralizada territorial –municipalidades- e institucional, esto es, los entes públicos menores descentralizados funcionalmente o por servicios, no obstante omite mencionar a la administración descentralizada corporativa, aunque suponemos, que el legislador ordinario estimo que estaba cubierta al emplear el concepto de “entes públicos no estatales”, el cual es contradictorio, por cuanto, todo ente público menor, independientemente del tipo de descentralización –territorial, institucional o corporativa-, es no estatal, por cuanto es una persona jurídico pública separada y diferenciada del Estado (ente público mayor). Consecuentemente, desde la perspectiva de una depurada técnica legislativa, debió el legislador hacer referencia a la administración descentralizada corporativa en su versión profesional (colegios profesionales), industrial o productiva (v. gr. LAICA, ICAFE, Corporación Hortícola Nacional, Corporación Arrocera, etc.) y al segmento que aglutina una serie de entes de carácter corporativo que no podemos ubicar en los dos renglones precedentes como el Banco Popular y Desarrollo Comunal y el Instituto Costarricense contra el Cáncer. Cabe advertir que para la CGR ha existido algún margen de duda plenamente justificado por el tenor literal del párrafo in fine del artículo 2º -al excepcionar de la aplicación de la

LCA los entes públicos no estatales cuyo financiamiento provenga, en más de un 50%, de recursos propios, los aportes o las contribuciones de sus agremiados- en cuanto a la aplicación de la LCA a ciertos entes descentralizados corporativamente como los Colegios Profesionales, habiendo justificado su vigencia en que si son financiados en más de un 50% con recursos provenientes de un timbre (v. gr. Timbre del Colegio de Abogados, Timbre del Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas, etc.), los que son fondos o recursos públicos –de carácter parafiscal-, estarán sometidos íntegramente a la LCA². En el caso del BPDC, la CGR ha estimado que se encuentra plenamente sometido a la LCA y su reglamento³.

En lo relativo al fenómeno de la empresa pública, el párrafo 1º no hace distinción entre la tipología tripartita existente en nuestro ordenamiento jurídico, sea empresa pública-ente de derecho público (v. gr. ICE, INS, bancos comerciales del Estado), empresa pública-órgano público (v. gr. FANAL, tiendas del IMAS) y empresa pública-ente de derecho privado (v. gr. RACSA, CNFL S.A., Correos de Costa Rica S.A., SINART S.A., etc.).

Esta falta de distinción provoca serias dudas e interrogantes, por cuanto, podría interpretarse que la “actividad de contratación” de los entes u órganos públicos de carácter industrial o comercial como el ICE y el INS debe estar sometida a la LCA, lo cual resulta un contrasentido, por cuanto, la contratación ordinaria de ese tipo de entes, por antonomasia, está sometida al Derecho privado (v. gr. contratos bancarios y de seguros)⁴. No obstante, sí puede estimarse aplicable la LCA a la actividad contractual de los entes y órganos públicos que funcionan –por su régimen de conjunto y su giro- como empresas industriales o comerciales (empresa pública-ente u órgano de Derecho público), cuando se trata de la adquisición de bienes y servicios para el cumplimiento de los fines y competencias que les asigna el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, el suministro de materiales, la adquisición de equipos, vehículos e inmuebles, en cuanto todos esos bienes forman parte del demanio público y, por consiguiente, de la hacienda pública.

La excepción de la aplicación de la LCA, se puede, igualmente, predicar, con mayoría de razón, respecto de las empresas públicas-ente de Derecho privado, cuya actividad contractual debe estar sometida al Derecho privado para garantizarles agilidad y flexibilidad por el tipo de giro empresarial desplegado. Con lo anterior estimamos que la LCA no

² Oficios CGR Nos. 060 de 7 de enero de 1997 (DGCA 5-97), 2477 de 4 de marzo de 1997 (DGCA 295-97), 2479 de 4 de marzo de 1997 (DGCA 292-97).

³ Resolución CGR 343-99 de las 14:30 hrs. de 16 agosto de 1999.

⁴ El artículo 3º, párrafo 2º, de la LGAP es sumamente claro al indicar que “*El derecho privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes*”

resulta aplicable a las empresas públicas que asumen la veste de una organización colectiva del Derecho privado⁵, independientemente del porcentaje de capital social que le pertenezca al sector público, de modo que, desde nuestra perspectiva, la disposición contenida en el artículo 2º, párrafo in fine, LCA, resulta, a todas luces, inadecuada al disponer que se exceptúa de la aplicación de la LCA las empresas públicas –entendemos se refiere a las que actúan bajo la veste de una organización colectiva del Derecho privado- cuyo capital social pertenece en su mayoría a particulares, puesto que, habrá que entender que en todos estos supuestos – independientemente del porcentaje del capital social en manos públicas- la actividad contractual debe estar excepcionada de la LCA no así de los principios generales de la contratación administrativa.

La posición de la CGR ha sido, sin embargo, más rigorista y formalista, puesto que, estima que hay extremos de los procedimientos de contratación que sí deben ser observados por las empresas públicas-ente de Derecho privado, con lo cual se excede la sujeción de tal actividad contractual a los principios generales de la contratación administrativa. Así, ese órgano contralor ha señalado (R-DAGJ-014-2000 de las 14:30 hrs. de 13 de enero de 2000) lo siguiente: *“Aun cuando las entidades privadas no están obligadas a observar los procedimientos contemplados en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento General, ello no significa de ninguna manera que aquellos procedimientos que se tramiten para realizar compras financiadas con fondos públicos, no deban estar ajustados a los referidos principios. Sin embargo, la tramitación de los procedimientos de contratación sujetos a los principios comporta diferencias que si se tratara de entidades a las cuales se les aplica la Ley de Contratación Administrativa en pleno. Es por ello que la entidad privada en primer lugar tiene libertad para nominar los procedimientos como mejor le parezca y de simplificar su reglamentación, claro está en relación con lo que exige la Ley de Contratación Administrativa; en segundo lugar debe tramitar sus compras discriminando conforme a los montos, de manera que conforme mayor sea ese monto, mayor sea la plenitud con que se observan los principios, al igual que lo hace la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento; en tercer lugar la aplicación de los principios no las exime de diseñar un sistema de evaluación; en cuarto lugar tampoco los exime del control jerárquico impropio que ha sido dispuesto por la Sala Constitucional, en razón del origen público de los fondos y del origen constitucional de nuestras facultades de fiscalización y control. La tramitación de las objeciones o apelaciones, cuando en razón del monto*

⁵ Cfr. con resolución de la Contraloría General de la República No. 77-99 de las 14 hrs. de 8 de marzo de 1999, por virtud de la cual se reafirma la competencia de la CGR para conocer de un recurso de apelación contra un acto de adjudicación dictado por Correos de Costa Rica S.A., pese a que la Ley No. 7768 excluye a esa empresa pública-ente de Derecho privado de la aplicación de la LCA.

correspondiera a la Contraloría General, se tramitaría de acuerdo con los procedimientos fijados en esa Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento General; en quinto lugar el examen de legalidad que esta Contraloría efectúa en materia de objeción o apelación, es más flexible y general, con respecto al que se practica en las entidades públicas, en virtud de que se centra en la observancia razonable de los principios constitucionales y legales de la materia (...) Bajo esa tesitura, se concluye que la competencia de este Organo (sic) Contralor para conocer los recursos de objeción y de apelación en contrataciones administrativas promovidas por entidades privadas que manejan fondos públicos, no se ve afectada en razón de su tipo de organización o estructura que adopte la entidad, por cuanto los principios y normas que rigen nuestro control tienen rango constitucional (...)”.

La posición de la CGR merece una severa y profunda crítica, por cuanto, confunde los principios generales de la contratación con las reglas extraíbles de los procedimientos de contratación, de modo que crea, por vía interpretativa, un control que no establece ni la Constitución ni la LCA, esta última dispone, nada más, que cuando se utilicen, total o parcialmente, recursos públicos, la actividad contractual de los sujetos del Derecho privado estará sujeta, únicamente, a los principios generales, no a los trámites y reglas de los procedimientos de la contratación. De otra parte, se confunde la intervención del órgano contralor en los procedimientos de contratación con el más general sistema de control y fiscalización superior de la Hacienda Pública. Es evidente que nadie puede objetar, el control facultativo que puede ejercer esa entidad de fiscalización superior sobre los entes privados que manejan fondos o recursos públicos, sin embargo tal competencia no puede ser interpretada al extremo de aplicar trámites de los procedimientos de contratación a la actividad contractual de los sujetos de Derecho privado en las condiciones que se han comentado. Interpretaciones rígidas de tal índole, además de ser extraídas de normas que se encuentran emplazadas en la parte meramente orgánica de la Constitución –artículo 183 constitucional-, lesionan derechos fundamentales –que son la base del entero ordenamiento jurídico- tales como la autonomía de la voluntad, la libertad de contratación (artículo 28 constitucional) y la libertad de empresa o de industria y comercio (artículo 46 ibidem). Resulta claro que la LCA establece una restricción moderada y razonable de la libertad de contratación de los sujetos del Derecho privado que utilizan total o parcialmente recursos públicos, sin embargo es una ley en sentido material y formal que cumple con el principio de reserva de ley en materia de régimen o de limitaciones de los derechos fundamentales (artículos 28 constitucional y 19 de la LGAP⁶). Lo que resulta, a todas luces,

⁶ “Artículo 19.-

inadmisible, es que la CGR –aunque sea un órgano de relevancia constitucional- pretenda por vía interpretativa y de meras y simples resoluciones administrativas limitar derechos fundamentales. Conviene advertir, finalmente, que los criterios reiterados de la CGR no tiene el carácter y la naturaleza de “jurisprudencia”⁷, puesto que, esta fuente no escrita del ordenamiento jurídico administrativo, únicamente, puede estar conformada por aquellos fallos reiterados de la Sala Constitucional, las Salas de Casación, los Tribunales de Casación y, eventual y excepcionalmente –cuando no exista ulterior recurso- de otro órgano jurisdiccional que resuelva de manera definitiva. Los pronunciamientos administrativos reiterados de la CGR no dejan de ser criterios meramente administrativos de carácter provisional y contingente que pueden ser impugnados y discutidos –sin que gocen de una suerte de inmunidad jurisdiccional- en la sede contencioso-administrativa y, eventualmente, la constitucional para que los Jueces de la República dispongan, en último término, como debe interpretarse la LCA o el Reglamento de ésta.

2.- Cobertura objetiva

Más allá del criterio eminentemente subjetivo, el artículo 1º, párrafo 2º, de la LCA utiliza un criterio de orden sustancial u objetivo que es el de la utilización parcial o total de recursos o fondos públicos, no para someter a la totalidad del régimen jurídico público de la contratación administrativa, a “*todo otro tipo de personas físicas o jurídicas*”, sino, por los menos, a los “*principios de esta Ley*”. Lo anterior significa que si un ente de Derecho privado (v. gr. asociación, fundación, sociedad anónima, etc.) utiliza fondos o recursos públicos, debe someterse a los principios de la LCA. La expresión “*principios de esta Ley*” puede plantear alguna interrogante, puesto que, podría interpretarse que se refiere, únicamente, a los “Principios generales” (v. gr. eficacia, eficiencia, igualdad, libre competencia y publicidad) contenidos en la Sección Segunda del Capítulo I o bien a todas aquellas normas de la LCA de las que pueda extraerse una regla de la contratación administrativa. En nuestro criterio, si bien la norma no hace referencia a los principios generales de la contratación administrativa, debemos entender que son éstos los que resultan aplicables,

1. *El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes.*

2. *Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia”*

⁷ Cfr. Con la resolución de la Contraloría General de la República No. 343-99 de las 14:30 hrs. de 16 de agosto de 1999.

es decir, los contenidos en los ordinales 4, 5 y 6 LCA y, desde luego, los que ha desarrollado la Sala Constitucional a través de su jurisprudencia.

3.- Excepciones de responsabilidad de la administración pública

El artículo 2º, párrafo 1º, LCA exceptúa de los procedimientos de concurso una serie de actividades contractuales, en estos supuestos determinar y dilucidar si resulta o no aplicable la excepción es responsabilidad exclusiva del respectivo ente público sin precisar del control previo –por medio de una autorización- de la CGR, razón por la que la causal de excepción invocada debe encontrarse fundada y se debe dejar constancia de todas las actuaciones en el expediente levantado al efecto⁸.

A.- Actividad ordinaria

La LCA (artículo 2º, párrafo 1º, inciso a) entiende por tal “*el suministro directo al usuario o destinatario final, de los servicios o de las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines*”. Se trata, entonces, de la prestación *uti singuli* de los servicios públicos a los usuarios, quienes deciden, facultativa o voluntariamente, utilizarlos (v. gr. prestación servicio de agua potable por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, luz eléctrica por la JASEC, telefonía fija o móvil por el ICE, servicios municipales de recolección de basura, limpieza de vías y alumbrado público, etc.), este tipo de actividad contractual aunque se ha estimado que debe estar sometida al Derecho común o privado, es lo cierto que normalmente se encuentra regulada por un régimen de Derecho público (leyes, reglamentos, etc.), sin embargo, para efectos de agilidad y flexibilidad en la prestación del servicio público, se excepciona de los procedimientos de la contratación administrativa. Tal y como señalaba el artículo 199 del antiguo y derogado Reglamento de la Contratación administrativa, se trata de aquellas relaciones contractuales constantes o frecuentes con los usuarios, siendo que el dinamismo del tráfico o giro desplegado las hacen incompatibles con los procedimientos de contratación administrativa. Así el RLCA establece en su artículo 128, párrafo 2º, “*(...) se entiende como actividad ordinaria, sólo la que realiza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia, por medio de una actividad o servicio que constituye la prestación última o final de frente a usuarios y cuya frecuencia, tráfico y dinamismo, justifican o imponen apartarse de los procedimientos usuales de concurso*”. La actividad ordinaria, se reconduce, entonces, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho o de la Administración prestacional a las prestaciones positivas que brindan las administraciones públicas de manera

⁸ CGR oficio No. 107 –DGCA-21-98- de 7 de enero de 1998.

frecuente, continua, regular y cotidiana a los administrados (usuarios) al gestionar un servicio público y que los administrados pueden contratar voluntariamente. Conviene agregar que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España (según el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, que aprueba el texto refundido), en su artículo 3º, inciso b), contiene un precepto muy ilustrativo sobre el tema de la actividad ordinaria al indicar que queda fuera del ámbito de la ley “*b) Las relaciones jurídicas derivadas de la prestación por parte de la Administración de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general a los usuarios*”.

Por su parte, la CGR ha señalado que “(...) *la «actividad ordinaria», comprende la actividad contractual de la Administración, que por su constante y frecuente tráfico y su relación inmediata con los usuarios resulta claramente incompatible con los procedimientos concursales de contratación. Esta excepción a los procedimientos concursales, salvo que por ley expresa se disponga otra cosa, debemos entender que se limita a la actividad contractual que la Administración realiza con sus usuarios, para brindarles bienes o servicios estrechamente relacionados con la prestación última que la ley le asignó al crearla, de modo que, insistimos, la actividad ordinaria de un ente u órgano de la Administración comprende aquella que éstos realicen, dentro del ámbito de su competencia, por medio de una actividad o servicio que constituye la prestación última o final que ésta efectúe de frente a usuarios, y cuya frecuencia, tráfico y dinamismo, justifican o imponen apartarse de los procedimientos usuales de concurso (...)*”⁹.

La Sala Constitucional en el Voto No. 6754-98 de las 15:36 hrs. de 22 de septiembre de 1998, hizo una interpretación conforme del artículo 2º, inciso a), LCA, al estimar que la ordinaria “*VIII.- (...) se trata de la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no ejecutivo (...)*”.

Resulta importante, subrayar que la actividad ordinaria no comprende las contrataciones de bienes y servicios que efectúen los entes públicos para tener las condiciones o presupuestos necesarios para brindar los servicios públicos voluntarios que sí se reputan como tales. Así la CGR¹⁰, ha estimado que “(...) *no quedan comprendidas en la noción de*

⁹ CGR oficios Nos. 7433 - DGCA 834-96- de 25 de junio de 1996 y 7818 de 19 de julio de 1996.

¹⁰ CGR oficio No. 9017 de 3 de octubre de 1979 y 7433 -DGCA-834-96- de 25 de junio de 1996.

actividad ordinaria los contratos que celebren las administraciones para realizar actividades que cumplen una relación de medios, para alcanzar sus fines, entre las cuales podemos incluir aquellas realizadas para su instalación, tales como la compra o arrendamiento de edificios, mobiliario, construcción de obras, etc.; ni los que se deban efectuar para su funcionamiento (arrendamiento o compra de equipos, vehículos, útiles, materiales, etc.); ni para el transporte de productos para su uso o comercio, ni la información u otra clase de prestaciones ajenas a la finalidad inmediata de su servicio”. Así, a modo de ejemplo, puede estimarse que los siguientes casos no encajan en la actividad ordinaria: a) la contratación a empresas privadas para brindar los recolección de basura y limpieza de vías por la municipalidades¹¹; la contratación de comercializadoras de seguros por el INS¹²; la impresión de billetes y otros valores y la acuñación de monedas por el BCCR¹³; la compra de suministros tales como cable eléctrico conductor, vehículos, herrajes eléctricos y transformadores por el ICE.

B.- Convenios y Tratados del Derecho Internacional Público

El artículo 2º, párrafo 1º, inciso b), LCA excluye, como no podría ser menos, de los procedimientos de contratación los “*acuerdos celebrados con otros Estados o con sujetos del derecho internacional público*”. Este tipo de actividad convencional se rige por el Derecho Internacional Público, básicamente, a través del Convenio de Viena sobre los Tratados, constituye una verdad de perogrullo que una ley interna con una eficacia eminentemente territorial no puede pautar los trámites para celebrar acuerdos entre los sujetos del derecho internacional público.

La CGR señala que “(...) *en esta clase de contratos, el único requisito fundamental es que se respeten en todo momento los canales diplomáticos por medio de los cuales las naciones y esta clase de entidades se interrelacionan entre sí. La razón de lo anterior radica en que los Estados y entidades internacionales solamente reconocen de manera oficial las obligaciones que se pactan de acuerdo a esos medios o canales previamente establecidos*”¹⁴.

Por su parte, el RLCA dispone lo siguiente:

“Artículo 129.— Acuerdos celebrados con sujetos de Derecho Internacional Público. Los acuerdos y

¹¹ CGR oficio No. 107 –DGCA-21-98- de 7 de enero de 1998.

¹² CGR oficio No. 11693 de 18 de septiembre de 1995.

¹³ VSC 6754-98

¹⁴ CGR oficio No. 107 –DGCA-21-98- de 7 de enero de 1998.

contratos con sujetos de Derecho Internacional Público, incluyendo otros Estados estarán excluidos de los procedimientos de contratación administrativa. Sin embargo, para su validez y eficacia, deberán documentarse por escrito siguiendo los trámites correspondientes y suscribirse por los funcionarios competentes. Para celebrar la contratación en forma directa, la Administración tomará en cuenta que el precio o estimación de la contraprestación, no exceda los límites razonables según los precios que rijan operaciones similares, ya sea en el mercado nacional o internacional.”

C.- Contratos inter-administrativos

El artículo 2º, párrafo 1º, inciso c), LCA excluye de los procedimientos de contratación administrativa la actividad contractual celebrada entre entes públicos. El RLCA en su ordinal 130 establece lo siguiente:

“Los sujetos de derecho público, podrán celebrar entre sí contrataciones sin sujeción a los procedimientos de contratación, siempre y cuando la actividad desplegada por cada uno se encuentre habilitada dentro de sus respectivas competencias. En sus relaciones contractuales, deberán observar el equilibrio y la razonabilidad entre las respectivas prestaciones. Los convenios de colaboración suscritos entre entes de derecho público, en ejercicio de sus competencias legales, no estarán sujetos a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa”.

Si bien en algunos ordenamientos jurídicos en los que impera una visión restringida del contrato administrativo, éstos son los únicos contratos públicos que son reconocidos, es lo cierto que éstos son concertados no en virtud de una relación de colaboración –como los contratos entre un ente público y un sujeto de derecho privado- sino más bien de cooperación y coordinación. La doctrina ha considerado que lo característico de los convenios inter-administrativos es la colaboración en la consecución de un fin común de interés público, de manera que quiebran el antagonismo

patrimonial en las prestaciones de las partes de los contratos administrativos en sentido estricto, puesto que, en éstos no existe una correspondencia económica entre lo que cada parte da y recibe, esto es, no hay un precio sino compensaciones o concurso de aportaciones¹⁵. El propósito de excluirlos de los procedimientos de contratación administrativa reside en agilizar las relaciones de cooperación o coordinación inter-administrativas en aras de la eficacia y la eficiencia administrativa y la ausencia de contraprestaciones patrimoniales equivalentes lo que reduce la posibilidad de colusiones o arreglos irregulares entre los entes públicos. Ejemplos de este tipo de contratos inter-administrativos, lo constituyen los conciertos municipales o convenios intermunicipales que permiten los artículos 7º, 9º y 11 del Código Municipal, el primer ordinal citado establece que “*Mediante convenio con el ente u órgano público competente, la municipalidad podrá llevar a cabo, conjunta o individualmente, servicios u obras en su cantón*”, el segundo numeral estipula que “*Las municipalidades podrán pactar entre sí convenios cuyo objeto sea facilitar y posibilitar el cumplimiento de sus objetivos o su administración, a fin de lograr una mayor eficacia y eficiencia en sus acciones*” el último artículo preceptúa que los “convenios intermunicipales” requieren de la aprobación de cada Concejo por una mayoría calificada y que tienen fuerza de ley entre las partes.

La CGR ha señalado que tratándose de “contrataciones interadministrativas” “*(...) ambas instituciones que se obligan deben observar los límites que imponen su competencia, la razonabilidad y el correspondiente equilibrio de prestaciones. Esta obligada observancia del equilibrio de prestaciones evita, por su parte, que por la vía de los acuerdos suscritos entre entidades públicas se llegue a desnaturalizar el renglón de gastos que haya sido aprobado, sea por la Asamblea Legislativa o por este Organismo Contralor, según sea el caso*”¹⁶. Luego el órgano contralor indicó que “*(...) las únicas limitaciones que nuestra legislación impone en este tipo de contratos denominados “interadministrativos” (...) es que observen equilibrio y razonabilidad entre las prestaciones a que cada ente se obligue. Estos aspectos corresponde dejarlos acreditados en el respectivo expediente de la contratación, a la entidad promotora del concurso. En este orden de ideas, la Ley de Contratación Administrativa suprimió nuestra intervención previa, por lo que no es necesario contar con la autorización de este Órgano Contralor, cuando se efectúen contrataciones entre entes de derecho público. No obstante para orientar en mejor forma ese tipo de*

¹⁵ BASSOLS COMA Y PANIZO GARCÍA, Régimen jurídico de los convenios de colaboración. La Ley, Revista Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliográfica, No. 3895, 24 octubre 1995, p. 2 y RUIZ OJEDA (Alberto) et al, Derecho de la Contratación pública y regulada, Madrid, Thomson-Civitas, 1ª edición, 2004, p. 93-95.

¹⁶ CGR oficio No. 2874 –DCA-327-97- de 11 de marzo de 1997.

contrataciones, nos permitimos dar las siguientes pautas: 1) Ambos sujetos de la contratación deben contratar en el marco de sus respectivas competencias, motivo por el cual no es admisible que una entidad pública, sujeta al principio de legalidad, aparezca obligándose a prestaciones que escapen de su ámbito competencial. 2) El equilibrio de que habla la ley está referido a que una sola parte no cargue con la totalidad o la mayoría de los recursos que sean requeridos para cumplir el objeto del contrato. La razonabilidad, como criterio no sólo de oportunidad sino de legalidad (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), obliga a que el reparto de obligaciones y derechos diseñado en el respectivo contrato aparezca como una relación proporcionada y justa, y como un medio para que cada ente realice los cometidos que legalmente hayan sido establecidos. 3) finalmente, si cada entidad se obliga a dar prestaciones que impliquen erogación de recursos, estos deben estar debidamente presupuestados y disponibles, para hacer frente a la obligación que se asume en el contrato. Por lo que viene expuesto, corresponde a esa entidad verificar los anteriores (u otros aspectos que estime pertinentes), para llegar a finiquitar la contratación que interesa, bajo su entera y absoluta responsabilidad (...)”

D.- Actividad contractual que no pueda o no convenga ser sometida a procedimientos de contratación al existir un único proveedor, por razones especiales de seguridad u otras igualmente calificadas

El artículo 2º, párrafo 1º, inciso d), LCA establece que estará exenta de los procedimientos de contratación “*La actividad de contratación que, por su naturaleza o las circunstancias concurrentes, no pueda ser sometida a concurso público o no convenga someterla, sea porque solo existe un único proveedor, por razones especiales de seguridad o por otras igualmente calificadas de acuerdo con el Reglamento de esta Ley*”.

Sobre esta norma –antes de su reforma por Ley No. 8511 de 16 de mayo de 2006-, la Sala constitucional en el Voto No. 13910-05 de las 15:04 hrs. de 11 de octubre de 2005, estimó lo siguiente:

“VIII.- (...) Este texto, a juicio de la Sala, contiene un mecanismo de selección de contratista cualitativamente diferente de cualquiera de los mecanismos ordinarios, precisamente por la ausencia de un concurso, de sus reglas y principios, y porque -de manera inversa al sistema ordinario de contratación- estos últimos principios solo son aplicables y deben respetarse únicamente cuando no generen una obstaculización al logro de la contratación

requerida tal y como -según lo informa la Contraloría General de la República- ella lo ha venido señalando en sus dictámenes (DGCA-21-98 y RC158-2002 entre otras que se citan). La razón de ser de esta excepción y su particular caracterización tiene como se indicó un fundamento sistémico constituido por el hecho de ser una válvula de escape exigida por el carácter instrumental que tiene el concurso para la contratación administrativa y que hace que se le deba conceptuar como un medio para el logro de un fin, mas no el fin en si mismo. Aun cuando no se diga expresamente, lo que se logra con esta disposición legal es que el mecanismo de la contratación directa se constituya en una salida jurídica válida cuando las modalidades de concurso ordinario se tornan en un obstáculo insalvable para el logro del fin perseguido. Se trata pues de casos excepcionales en los que el concurso (como instrumento ordinario de contratación) resulta una carga excesiva y no justificable frente al fin que se persigue, pero obviamente no en cualquier grado sino a uno tal que lo pone en riesgo de no poderse cumplir; asimismo, y como parece evidente de lo que viene expuesto, existe una necesaria reserva de ley para la existencia de estas excepciones que además son de interpretación restrictiva (...)”.

Como se ve la fórmula legislativa contiene una serie de conceptos jurídicos indeterminados que deben ser precisados por los interpretes de la LCA y su reglamento y, desde luego, por la doctrina. La actividad contractual exenta debe segmentarse en dos ámbitos: a) la que, por su naturaleza o circunstancias concurrentes, resulta imposible someter a procedimientos de contratación y b) la que no es conveniente u oportuno someter a los procedimientos de contratación.

D.1.- Actividad contractual imposible de someter a procedimientos de contratación: El proveedor único

El RLCA desarrolla esta excepción, al indicar en el artículo 131, inciso a), la figura del oferente único y establecer lo siguiente:

*“a) **Oferente único:** Los bienes o servicios en los que se acredite que solamente una persona o empresa está en condiciones de suministrar o brindar, sin que existan en el mercado alternativas que puedan considerarse idóneas para satisfacer la necesidad institucional. La procedencia de este supuesto ha de determinarse con apego a parámetros objetivos en relación con la necesidad, acreditando que la opción propuesta es la única apropiada y no sólo la más conveniente.*

Dentro de esta excepción se encuentra la compra de artículos exclusivos, entendidos como aquellos que en razón de una patente de invención sólo son producidos por determinada empresa, siempre que no existan en el mercado artículos similares sucedáneos. Comprende también la compra de repuestos genuinos, producidos por la propia fábrica de los equipos principales y respecto de los que exista en el país sólo un distribuidor autorizado. Si hubiesen varios distribuidores de partes o repuestos el concurso se hará entre ellos.

En los casos de contrataciones sujetas a prórrogas, de previo a convenir una de ellas, la Administración se encuentra obligada a estudiar el mercado para determinar si han surgido nuevas opciones idóneas, en cuyo caso han de adoptarse las medidas oportunas tendientes a iniciar el procedimiento concursal que corresponda.

Si en aplicación de esta causal, se incorporan partes o piezas a equipos propietarios que, a su vez conlleven su actualización, la Administración deberá justificar que técnica y económicamente esa alternativa es una opción más apropiada que sustituir el equipo, mediante la licitación que corresponda”.

El caso del único proveedor en el mercado, por ejemplo, es cuando la CCSS desea adquirir ciertos equipos tecnológicos de uso médico que solo son fabricados, a nivel mundial, por una única empresa que ofrece la venta y el mantenimiento o, para esa misma institución, el tratamiento integral de

los desechos sólidos hospitalarios ofrecido solo por una empresa¹⁷. En este supuesto, esa circunstancia determina la imposibilidad material de someter a procedimientos que garantizan la libre concurrencia la actividad contractual. Es evidente que en este supuesto, basta acreditar la circunstancia fáctica de la existencia de un único proveedor para que la actividad esté exenta, con lo cual la administración pública respectiva no tiene margen alguno de discrecionalidad, con lo cual la exención resulta reglada.

Entre las pautas que ha señalado la CGR para orientar a las administraciones públicas en la correcta determinación de la procedencia o no de la excepción del “oferente único”, figuran las siguientes: “a) *En primer lugar, la unicidad del oferente, está determinada por la naturaleza del bien que se trate, unicidad que es tal, que en caso de no adquirirse ese tipo de bien, suministro o servicio, la necesidad administrativa no se vería satisfecha.* b) *En segundo lugar, debe comprobarse exhaustivamente y documentarse en el respectivo expediente, que el bien o servicio que se alegue como único, no dispone de sucedáneos en el mercado, esto es, bienes similares por medios de los cuales pueda ser atendida la necesidad que se propone satisfacer la Administración.* c) *De este modo, es relevante que se deje indubitadamente acreditado por qué razón es necesario adquirir el suministro que se propone, a fin de que para otro tipo de proveedores quede absolutamente claro que la solución no brinda la posibilidad de un eventual concurso público.* d) *Asimismo, es necesario que se valore si el mercado ofrece otros bienes para los fines propuestos; si los ofrece, es preciso que se indique, por qué no son apropiados para el fin propuesto, pues en caso contrario, deberá procederse a instaurar el procedimiento de concurso que corresponda de acuerdo con la ley (art. 27 Ley de Contratación Administrativa).* e) *Entratándose de “contrataciones de servicios profesionales”, la unicidad aplica de manera excepcional y únicamente cuando se haya comprobado que el oferente posee calificaciones o conocimientos con ese carácter; únicos en su campo de especialización, en nuestro medio. En otras palabras, el grado de experiencia o de conocimiento que determinado profesional posea, sea en relación con su campo o de la institución a la que pretende servir, no es causa suficiente para que se le contrate en forma directa, es decir, su “idoneidad” no es sinónimo de unicidad del oferente. La idoneidad es justamente lo que se valora mediante un concurso.* f) *Es fundamental que se determine un mecanismo apropiado para comprobar la razonabilidad del precio cotizado por ese oferente que se alega único, para lo cual el precio cancelado debe corresponder a prestaciones similares en el*

¹⁷ CGR oficio No. 4792 –DGCA-507-99- de 3 de mayo de 1999.

mercado”¹⁸.

La CGR ha recomendado, también, que la calificación de una empresa como proveedor único debe ser temporal o transitoria, puesto que, *“La dinámica del mercado, así como el hecho de que nuevas empresas puedan habilitarse e inscribirse como potenciales oferentes, recomienda que las contrataciones que se efectúen invocando esta causal se concierten por plazos muy razonables, vencidos los cuales, la Administración debe verificar si subsiste o no la “inopia” del mercado y en caso contrario, proceda (obligatoriamente) a promover el concurso o licitación que corresponda (...) Cualquier otro proceder, no se ajustaría a la regla constitucional (artículo 182) y haría que una excepción, como lo es el trato directo o contratación directa, se convierta en la regla, con la consiguiente infracción de nuestra Constitución”¹⁹.*

Finalmente, la CGR ha aconsejado que cada administración pública levante un registro separado, documentado y debidamente foliado de todas las contrataciones directas por proveedor único, con el propósito de facilitar su control posterior²⁰, adicionalmente que por cada contratación de esta índole debe llevarse un expediente con las justificaciones técnicas y jurídicas del caso²¹.

D.2.- Actividad contractual que resulta inconveniente o inoportuno someter a procedimientos de contratación

En esta hipótesis el ente público goza de un margen de discrecionalidad que se encuentra relativamente limitado por una serie de conceptos jurídicos indeterminados como la *“naturaleza”* o *“las circunstancias concurrentes”* de la actividad contractual, *“razones especiales de seguridad”* u *“otras igualmente calificadas de acuerdo con el Reglamento de esta ley”*.

En todo caso, el artículo 131 RLCA efectúa un elenco de actividades contractuales que resulta inconveniente o inoportuno someter a los procedimientos ordinarios de contratación administrativa que es el siguiente:

“b) Bienes o servicios artísticos o intelectuales: La compra, a precio razonable, de bienes o servicios que en virtud de su carácter intelectual o artístico se consideren fuera de competencia. Cuando la obra no haya sido

¹⁸ CGR oficios Nos. 107 –DGCA-21-98- de 7 de enero de 1998, 369 –DGCA-36-99- de 13 de enero de 1999 y -únicamente en cuanto a la contratación de servicios profesionales- 3017 –DGCA-328-99- de 23 de marzo de 1999.

¹⁹ CGR oficio No. 10213 –DGCA-1074-97- de 20 de agosto de 1997.

²⁰ CGR oficio No. 12807 –DGCA-1337-96- de 15 de octubre de 1996.

²¹ CGR oficio No. 369 –DGCA-36-99- de 13 de enero de 1999.

creada, se podrá utilizar un certamen, donde el procedimiento de selección será el juicio crítico de expertos reconocidos en una comisión de no menos de tres integrantes y no más de cinco. En estos casos, las credenciales de los jueces deberán constar en el expediente administrativo.

*c) **Medios de comunicación social:** La contratación directa de medios de comunicación social para la difusión de mensajes relacionados con la gestión institucional. En estos casos se deberá realizar un plan en el cual se definen las pautas generales a seguir para la selección de los medios, atendiendo al público meta, necesidades institucionales y costos. La contratación de agencias de publicidad deberá realizarse por los medios de contratación ordinarios.*

*d) **Suscripciones y compra de material bibliográfico:** La suscripción de revistas, semanarios o diarios de circulación nacional o internacional, así como la compra de material bibliográfico en el extranjero, incluso el contenido en medios electrónicos.*

*e) **Servicios de capacitación:** Los servicios de capacitación únicamente en los supuestos de capacitación abierta, entendida como aquella en la que se hace invitación al público en general y no es programada en atención a las necesidades puntuales de una Administración y en la cual se justifique su necesidad en función del cumplimiento de los fines institucionales.*

Las necesidades de capacitación específicas de cada entidad y que requieren de una contratación para esos fines deberán concursarse atendiendo a la estimación que se haga, a excepción del supuesto en el que la empresa y el instructor sean extranjeros, idóneos y por su especialidad, se considera fuera de competencia, en cuyo caso podrá hacerse de manera directa.

*f) **Atención urgente de gestiones judiciales:** La contratación de servicios de abogacía, cuando corresponda atender de manera pronta e impostergable una gestión judicial, siempre y cuando no se cuente con funcionarios idóneos para la tramitación del asunto. Si no se requiere de la atención profesional inmediata deberá acudir al procedimiento ordinario correspondiente.*

*g) **Reparaciones indeterminadas:** Los supuestos en los que, para determinar los alcances de la reparación sea necesario el desarme de la maquinaria, equipos o vehículos. Para ello deberá contratarse a un taller acreditado, que sea garantía técnica de eficiencia y de responsabilidad, sobre la base de un precio alzado, o bien, de estimación aproximada del precio para su oportuna liquidación a efectuar en forma detallada. Queda*

habilitada la Administración para precalificar talleres con base en sistemas de contratación que garanticen una adecuada rotación de los talleres que previamente haya calificado como idóneos siempre y cuando se fijen los mecanismos de control interno adecuados, tales como análisis de razonabilidad del precio, recuperación de piezas sustituidas, exigencia de facturas originales de repuestos, entre otros. En este caso es indispensable garantizar la incorporación de nuevos talleres en cualquier momento.

*h) **Objetos que requieren seguridades calificadas:** Los casos en los que para elaborar las ofertas se requeriría revelar información calificada y confidencial se podrá contratar de forma directa.*

En estos supuestos, la Administración deberá realizar un sondeo del mercado, sin revelar los elementos del objeto que comprometen la seguridad que justifica el procedimiento. Concluido el sondeo de mercado, la entidad procederá a seleccionar a la empresa que considera es la más apta para la satisfacción de su necesidad. La Administración podrá negociar con la empresa seleccionada las condiciones de precio. En todo caso, la Administración deberá acreditar que el precio reconocido es razonable, con relación en prestaciones similares o en función de las aplicaciones y tecnología.

No es aplicable esta causal de excepción en los supuestos en los que sea posible realizar un concurso abierto y determinar la idoneidad de un contratista sin tener que revelar esa información, reservándola únicamente para el contratista.

*i) **Interés manifiesto de colaborar con la Administración**²². Los contratos de servicios y suministros con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas que evidencien su afán de ayuda desinteresada a la Administración y su ausencia de ánimo de lucrar en la respectiva operación. Se entiende que se está en los supuestos anteriores,*

²² Es lo que se denomina el “*animus benefacendi*”, esto es, la intención de un particular de beneficiar, desinteresadamente, a un ente público, sin obtener una utilidad, ganancia o lucro con una reducción sustancial del precio de mercado. La CGR -oficios Nos. 11347 –DGCA-1203-97- de 16 septiembre de 1997, 107 –DGCA-21-98- de 7 de enero de 1998 y 7761 –DGCA-811-99- de 9 de julio de 1999- ha señalado que en el expediente que debe abrir la respectiva administración pública deben acreditarse los siguientes elementos: a) Que la administración haya comprobado el valor de mercado efectivo (estudio de mercado), sobre parámetros razonables, para determinar que el particular no lucrará con la operación y, en caso de ser posible, se debe practicar el correspondiente avalúo, sea por la Dirección General de Tributación Directa o un perito valuador idóneo de la Administración, siendo esperable que sobre ese valor se aplicará una reducción sustancial que beneficiará a la administración; b) el objeto de la contratación debe estar previamente definido para comprobar durante la ejecución contractual que no hubo ánimo de lucro y c) el objeto ofrecido por el particular debe resultar idóneo para la satisfacción de la necesidad pública, en tanto siempre se compromete la erogación de fondos públicos aunque en una cantidad sustancialmente menor.

cuando el precio fijado por el particular a la Administración Pública resulte inferior al valor real mínimo de mercado en 30% o más. El valor real mínimo será determinado por los estudios de mercado que se hagan o, cuando la naturaleza del objeto lo permita, mediante una valoración hecha por peritos idóneos según sea ordenado por la propia Administración. Si se tratara de bienes inmuebles dicha valoración deberá hacerla un funcionario de la propia entidad o en su defecto la Dirección General de Tributación.

*j) **Arrendamiento o compra de bienes únicos:** La compra o arrendamiento de bienes que en razón de su ubicación, naturaleza, condiciones y situación se configuren como el más apto para la finalidad propuesta. En estos casos, el precio máximo será el que fije el personal especializado de la Institución o en su defecto, de la Dirección General de la Tributación.*

La Administración podrá pactar el arrendamiento de inmuebles por construir o en proceso de construcción, cuando ello convenga a sus intereses institucionales o comerciales, según los términos que las partes convengan.

En el caso de la compra de inmuebles se requiere adicionalmente de la autorización de la Contraloría General de la República, quien cuenta con un plazo máximo de diez días hábiles para analizar la gestión.

*k) **Situaciones imprevisibles:** Las contrataciones necesarias para enfrentar situaciones totalmente imprevisibles que afecten o amenacen gravemente la continuidad de los servicios públicos esenciales. En estos casos la Administración podrá efectuar de inmediato las contrataciones que resulten necesarias y dejará constancia expresa de todas las circunstancias en el expediente que levantará al efecto. Dentro de este supuesto no se encuentra incluida la atención de situaciones originadas en una deficiente gestión administrativa, tales como desabastecimiento de bienes o servicios producto de una falta o mala planificación u originadas en una ausencia de control de vencimientos de contratos suscritos a plazo.*

*l) **Arrendamiento de vehículos de los funcionarios:** El arrendamiento de los vehículos de los funcionarios de la Administración, cuando para el cumplimiento de sus funciones deban desplazarse, y resulte más económico y razonable, que se pague un precio por la utilización de dichos vehículos. Para que opere esta modalidad de contratación, es necesario que exista un sistema de control interno eficiente que garantice el uso racional y apropiado y que mediante una reglamentación interna se establezca con precisión las condiciones de la prestación. La aplicación de este sistema requiere de la autorización de la Contraloría General de la República, la*

cual podrá ordenar su eliminación cuando considere que se ha hecho una utilización indebida del mismo. También corresponderá a dicho órgano la fijación periódica de las tarifas correspondientes.

*m) **Servicios de Arbitraje o Conciliación:** La contratación de servicios de arbitraje y conciliación.*

*n) **Combustible:** La compra de combustible en las estaciones de servicio.*

*o) **Patrocinios:** Otorgar o recibir el patrocinio cuando se trate de una actividad que reporte ventajas económicas. En caso de otorgamiento deberá existir un estudio de costo beneficio que lo justifique. Si es la Administración la que pretende obtener un patrocinio, ha de procurar las condiciones más beneficiosas y en caso de contar con varias opciones decidirá la alternativa más conveniente a sus intereses.*

*p) **Asesoría a Auditorías Internas:** La Auditoría Interna y los órganos de control podrán contratar servicios profesionales especiales para sus investigaciones, cuando la confidencialidad o agilidad así lo amerite”.*

Se ha estimado, en cuanto a la contratación de órganos directores externos de procedimientos administrativos, que reviste un carácter excepcional y una naturaleza singular por lo que “(...) solo en casos en que especiales circunstancias concurrentes –a juicio del jerarca de la institución-, determinen la inconveniencia de que el órgano director de un procedimiento administrativo se encomiende a un funcionario de la entidad de que se trate, se podrá recurrir a la contratación de servicios externos debidamente calificados (...) por la naturaleza de los servicios, es fácil entender que la selección del contratista reviste características muy especiales, ya que se trata de establecer una relación en que deben mediar sólidas bases de confianza (por la reconocida idoneidad de la persona a contratar) en cuanto a la forma seria, objetiva y discreta como se manejará la atención del caso de que se trate (...) la conformación de un registro de oferentes en este campo, no solo resulta una tarea de muy difícil solución (ya que no existe como profesión u oficio la de “órgano director”), sino que también resultaría de muy poca utilidad práctica, por cuanto, si sea abierta a inscripción y se registraran varios interesados, el gran problema a resolver giraría en torno a cómo seleccionar a un ganador (adjudicatario) cuando se pida cotización a varios interesados que, muy probablemente, van a exhibir apreciables diferencias en cuanto a formación, experiencia, etc. Y no se debe perder de vista que en este tipo de contrataciones el precio no puede ser considerado factor determinante para seleccionar al contratista (esto sin perjuicio de la obligación de verificar la razonabilidad de los que se va a pagar) (...) en casos como éste

(...) no resulta exigible la solicitud de al menos tres cotizaciones de potenciales proveedores inscritos en el Registro de Proveedores de la institución, para seleccionar al contratista. Si la Administración razona o fundamenta la escogencia que haga de una determinada persona, de suerte que lo que decida no luzca como una decisión caprichosa o arbitraria, ni pactada por un precio excesivo, consideramos que su actuación no puede considerarse contraria a derecho”²³.

En cuanto al concepto “razones especiales de seguridad” la Sala Constitucional, si bien estimo que la impresión de billetes, valores, especies fiscales y la acuñación de moneda no constituye actividad ordinaria del Banco Central de Costa Rica –así calificada por el artículo 26 de la Ley de la Moneda No. 1367 de 19 de octubre de 1951 y varios criterios reiterados de la CGR-, sí es posible que se pueda verificar una contratación directa por razones de seguridad pública e interés público (VSC 6758-98)²⁴. También habrá razón especial de seguridad tratándose de la adquisición de cierto armamento²⁵, pertrechos y municiones de especiales características para las fuerzas de seguridad del Estado y sus diversos cuerpos policiales, así como en el caso de la policía judicial (OIJ) y de circuitos cerrados de televisión²⁶, sistemas generales de alarmas contra robo, asalto y control de acceso a edificios²⁷ todo para efectos de seguridad y vigilancia institucionales, la adquisición de 10 programas de seguridad informática (paredes de fuego) al Ministerio de Seguridad, habida cuenta de la información trascendente que maneja ese ministerio²⁸, etc.

Sobre el particular, la CGR ha recomendado lo siguiente: “*En los supuestos en que la Administración invoca razones especiales de seguridad, se requiere de una serie de actuaciones consecuentes con la seguridad que se pretende salvaguardar, sin demérito de la fundamentación y transparencia que debe revestir el acto, para efectos de su control posterior (...) lo que bien puede hacer la Administración es determinar criterios pertinentes, adecuados y proporcionados, para reflejar las cualidades de su potencial contratista y de la calidad y otras particularidades de los equipos que distribuye, sin especificar el suministro que se pretenda adquirir (...) en una segunda etapa, una vez hecho ese “discreto estudio de mercado”, bien podría la Administración seleccionar al o a los potenciales oferentes, informar ampliamente de su requerimiento específico y solicitarles la correspondiente cotización para la respectiva ponderación económica. Si con carácter excepcional las especiales*

²³ CGR oficio No. 1713 –DGCA-188-99- de 18 de febrero de 1999.

²⁴ Coincide con CGR oficio No. 9438 –DGCA-975-97- de 1° de agosto de 1997.

²⁵ CGR oficio No. 9438 –DGCA-975-97- de 1° de agosto de 1997.

²⁶ CGR oficio No. 14835 –DGCA-1593-97- de 4 de diciembre de 1997.

²⁷ CGR oficio No. 3852 –DGCA-449-99- de 19 de abril de 1999.

²⁸ CGR oficio No. 1793 –DCA-1529- de 28 de mayo de 2008.

*condiciones de seguridad, en el caso concreto, justifican prescindir de esta consulta de precios (entre los seleccionados), ello obligaría a dejar asentados en el expediente las razones de seguridad que se invocan, en forma amplia y fundamentada, para verificar, mediante nuestro control posterior, si en efecto esas especiales circunstancias ameritaban prescindir de esa consulta (...) En cuanto a “las razones especiales de seguridad” debemos precisar que ese supuesto de hecho, de aplicación restrictiva por tratarse de una excepción a la regla constitucional del concurso o licitación prevista en el artículo 182 de nuestra Constitución Política, no implica una asociación necesaria y automática en relación con procedimientos donde interese adquirir equipos de seguridad, ni con vigilancia de instalaciones públicas ni otra suerte de objetos vinculados con la seguridad (...) para invocar esas especiales razones de seguridad, debe además justificarse porque no conviene revelar la información y en general, porque no conviene efectuar el concurso o licitación que proceda de acuerdo con al monto, en forma amplia y documentada (...) la Administración siempre está obligada a demostrar en el expediente la razonabilidad del precio cancelado, en relación con prestaciones similares existentes en el mercado, para lo cual puede acudir a los medios de prueba que estime idóneos para efectuar esa acreditación (...) lo cual entonces demanda de un procedimiento especial de selección, si se quiere ad hoc, donde se consulten potenciales proveedores, en forma discreta, pero sin revelar la información o condiciones que se pretende resguardar, pero esa circunstancia no autoriza, en modo alguno, a cancelar un precio que no se ajuste a márgenes razonables, en relación con prestaciones similares de mercado”.*²⁹

E.- Compras realizadas con fondos de caja chica

El artículo 2º, párrafo 1º, inciso e) LCA dispone que se exceptúan de los procedimientos de concurso *“Las compras realizadas con fondos de caja chica, según se dispondrá reglamentariamente, siempre y cuando no excedan de los límites económicos fijados conforme al inciso anterior”*.

El artículo 61, inciso h), de la LAFRPP dispone que es atribución de la Tesorería Nacional *“h) Autorizar el uso de cajas chicas en las dependencias de la Administración Central para gastos menores, conforme a la reglamentación que se dictará para el efecto”*. El Reglamento a la LAFRPP (Decreto Ejecutivo No. 32998 de 31 de enero de 2006), define la “caja chica” como el *“Fondo de recursos autorizado por la Tesorería Nacional, que permite a los órganos de la Administración Central y sus dependencias, afrontar gastos menores, indispensables y*

²⁹ CGR oficio No. 14835 –DGCA-1593-97-de 4 de diciembre de 1997.

urgentes, cuya ejecución es de carácter excepcional” (artículo 2°). Por su parte, el Reglamento General del Fondo de Cajas Chicas (Decreto Ejecutivo No. 32874 de 10 de noviembre de 2005), se les considera como “(...) un fondo fijo de recursos financieros que les permita afrontar gastos menores, indispensables y urgentes (...)” (considerando 4°). El artículo 2° de ese Reglamento define el fondo fijo de caja chica como el constituido por “(...) los anticipos de recursos que concede la Tesorería Nacional para realizar gastos menores, atendiendo a situaciones no previsibles oportunamente y para adquirir bienes y servicios de carácter indispensable y urgente, según las partidas, grupos y subpartidas presupuestarias autorizadas por la misma. Dichos fondos operarán mediante el esquema de fondo fijo”. El artículo 4° de ese cuerpo normativo dispone que la ejecución del gasto por vía de caja chica constituye un procedimiento de excepción limitado a la atención de gastos menores y urgentes. Por su parte el artículo 5°, párrafo 1°, define los gastos menores de la siguiente manera: “Se considerarán Gastos Menores aquellos que no excedan el monto máximo fijado por la Tesorería Nacional y que corresponden a la adquisición de bienes y servicios que no se encuentren en bodegas de las Proveedurías Institucionales, ya sea porque no se ha llevado a cabo o está en proceso la correspondiente contratación administrativa o porque su naturaleza impide ubicarlos en bodegas. Además, entre los denominados Gastos Menores se consideran los Viáticos, tanto al interior como al exterior del país y los Gastos de Representación, lo anterior, siempre que se atiendan las restricciones establecidas en el artículo 22 de este Reglamento”. Cabe resaltar que el párrafo 2° del numeral 5° trata de evitar un uso abusivo o fraccionamiento ilícito en el manejo del fondo fijo-caja chica al indicar lo siguiente: “Las Proveedurías Institucionales deberán organizarse y planificar adecuadamente las compras de materiales y suministros que su institución necesite, con el fin de utilizar lo menos posible el Fondo de Caja Chica autorizado”.

Como se ve, las compras efectuadas por el fondo fijo-caja chica constituyen una excepción a los procedimientos concursales de contratación y procede su uso en circunstancias excepcionales que requieren de mayor agilidad y celeridad como la compra de bienes y servicios indispensables y urgentes para el cumplimiento de las competencias públicas³⁰.

Cabe advertir que cada ente público descentralizado u órgano de la administración central suele dictar un reglamento para el manejo u operación del fondo único-caja chica, cuyas diferencias estriban, básicamente, en los montos autorizados para efectuar las compras, puesto

³⁰ CGR oficio No. 682 –DGCA-104-97- de 21 de enero de 1997.

que, deben ajustarse a lo establecido en la LAFRPP, su reglamento y el Reglamento General del Fondo de Cajas Chicas.

F.- Contrataciones para construcciones, instalaciones o la provisión de oficinas o servicios en el exterior

El artículo 2º, párrafo 1º, inciso f), LCA excluye de los procedimientos de contratación las contrataciones celebradas en el exterior para construcción, instalación o provisión de oficinas o de servicios. Por su parte el artículo 134 del RLCA establece que *“Las contrataciones que tienen por objeto la construcción, la instalación o la provisión de oficinas ubicadas en el extranjero, así como la contratación de personas físicas o jurídicas extranjeras que van a brindar sus servicios en el exterior, podrán celebrarse sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación, pero la Administración deberá procurar que el contratista sea idóneo y garantice el fiel cumplimiento de sus obligaciones contractuales”*.

Una primera distinción que se impone es el ámbito de cobertura de la excepción la cual puede segmentarse de la manera siguiente: a) Construcción, instalación o provisión de oficinas del servicio diplomático o de legaciones diplomáticas (embajadas, consulados), por lo que no incluye, por ejemplo, el menaje de casa de los funcionarios diplomáticos³¹, todo *“en atención a la importancia que reviste su representación en otras latitudes”*³² o bien de sucursales en el exterior, este último supuesto claramente no se refiere al servicio diplomático y b) servicios en el exterior (v. gr. servicio o campaña publicitaria para el ICT³³, firma profesional para representar al país en un arbitraje³⁴, etc.).

Si bien existe una clara exclusión, a la administración respectiva se le va a exigir una diligencia media procurando la idoneidad del contratista y adoptar las previsiones para que sean efectivamente cumplidas las obligaciones contractuales.

La CGR ha precisado una serie de extremos tales como los siguientes: a) este tipo de contrataciones son responsabilidad exclusiva de la administración activa por lo que no precisa de autorización de ese órgano, sin perjuicio de la fiscalización posterior que pueda ejercer; b) la contratación debe ser conocida por el jerarca del ente; c) se deben observar los principios de la contratación administrativa; d) debe tenerse especial cuidado en el procedimiento de selección del contratista, gestionando la participación de varios oferentes para acreditar la mejor escogencia; e)

³¹ CGR oficio 7818 –DAGJ-1214-01- de 13 de julio de 2001.

³² CGR oficio No. 7818 –DAGJ-1214-01 de 13 de julio de 2001.

³³ CGR oficio No. 3378 –DAGJ-418-01- de 28 de marzo de 2001 y R-DGAJ-339-2005 de las 12 hrs. de 13 de junio de 2005.

³⁴ CGR oficio 16655 –DAGJ-3693-05- de 15 de diciembre de 2005.

debe existir equidad en las prestaciones; f) que se escoja un buen precio, en relación con prestaciones similares existentes en el mercado, y que la erogación de recursos esté amparada a un presupuesto disponible; g) para garantizar el cumplimiento -máxime la dificultad de compelerlo en el exterior- se debe hacer uso de una garantía de cumplimiento, cláusula penal o mecanismo similar y de cualquier otro requisito que juzgue conveniente para la realización de la contratación; h) debe dejarse constancia de todo lo actuado en un expediente que deber abrirse al efecto³⁵.

Se ha admitido, también, la posibilidad de impugnar el acto de adjudicación en este tipo de contrataciones directas en el exterior “(...) siempre que exista concurso o competencia entre varios oferentes, el resultado final podrá ser revisado conforme las reglas existentes, lo contrario sería propiciar una desigualdad en el acceso a la justicia administrativa. Debe tenerse en cuenta que ambos supuestos (procedimientos ordinarios y extraordinarios) consumen recursos públicos y que no existe norma que señale que el acto de adjudicación dictado en procedimientos excepcionales no pueda ser revisado³⁶”.

G.- Actividades contractuales que resulten excluidas, de acuerdo con la ley o los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica

El artículo 135 del RLCA dispone sobre este aspecto lo siguiente: “Las contrataciones excluidas de los procedimientos ordinarios de contratación por ley especial o por instrumento internacional vigente en Costa Rica, se regirán por dichas normas y los respectivos reglamentos. Los procedimientos ordinarios de contratación administrativa no se aplicarán cuando en los instrumentos de empréstito aprobados por la Asamblea Legislativa se establezca la utilización de procedimientos de contratación especiales, o se haga remisión a cuerpos normativos elaborados por el organismo internacional de crédito que suministra los recursos. En estos casos, serán de plena aplicación y vigencia los principios constitucionales de la contratación administrativa y tendrán los recursos respectivos”.

En cuanto a los empréstitos con organismos financieros internacionales, la CGR ha indicado –con una denominación inapropiada- que son contratos administrativos³⁷, siendo que la aprobación legislativa es

³⁵ CGR oficios Nos. 3378 -DGAJ-418-01- de 28 de marzo de 2001, 16655 -DAGJ-3693-05- de 15 de diciembre de 2005

³⁶ CGR RC-474-2002 recurso de apelación despacho sub-contralor de 12 hrs. de 19 de julio de 2002.

³⁷ Lo riguroso es denominarlos contratos públicos como lo hace la Sala Constitucional en el Voto No. 1027-90, por cuanto, no se rigen por el régimen de la contratación administrativa.

un requisito de eficacia y no de validez, razón por la cual la ley de aprobación no lo es en sentido material, puesto que, es “*formal de carácter tutelar del endeudamiento en que se incurre*”, por lo que el acto legislativo aprobatorio no le otorga rango legal³⁸. Específicamente señala la CGR que “*(...) al no constituir una norma legal, consideramos que un acuerdo contractual de este tipo no podría autorizar validamente la desaplicación de una norma legal o reglamentaria vigente, salvo claro está que la ley que lo aprueba así lo establezca en forma expresa, advirtiéndole que regulaciones contractuales particulares privarán sobre la normativa legal vigente en el ordenamiento. Sobre el punto esta Contraloría General señaló en el oficio No. 6152 del 24 de mayo de 1996: “Por otra parte cabe destacar que a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 de Ley de referencia (Ley de Contratación Administrativa), se excluye de los procedimientos de concurso lo relativo a los empréstitos públicos (entiéndase en cuanto a la consecución, negociación, obtención y tramitación de éstos), pero en cuanto a la legislación aplicable a las adquisiciones y contrataciones que se realicen con los recursos de los empréstitos celebrados, deberá aplicarse, como regla de principio, la normativa que establece la Ley de Contratación Administrativa y el Reglamento General de Contratación Administrativa (la legislación nacional), salvo que (...) se excluya por ley especial o instrumento internacional vigente en Costa Rica (voluntad legislativa), estas contrataciones de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa y se sometan a lo que el contrato de préstamo estipule sobre el particular”*³⁹.

La posición de la CGR resulta conforme con la jurisprudencia constitucional, puesto que, la Sala Constitucional en el Voto No. 1027-90 de 29 de agosto de 1990, estimó que “*(...) es universalmente aceptado que en esos meros contratos públicos se pueda excepcionar la aplicación de determinadas leyes u otras normas a la materia del contrato, razón por la cual precisamente deben ser aprobados por el poder legislativo, sin que nada de ello los convierta en tratados o en leyes en sí (...)*”.

Por último, cabe indicar que la CGR ha estimado que en este tipo de contrataciones, sin bien excepcionadas de los procedimientos concursales, se deben aplicar los principios de la contratación administrativa y resulta posible el ejercicio de los medios recursivos según los requisitos y

³⁸ CGR oficio No. 7846 –DAGJ-1127-02- de 4 de julio de 2002.

³⁹ CGR oficio Nos. 7846 –DAGJ-1127-02- de 4 de julio de 2002, 15537 –DAGJ-3554-05- de 24 de noviembre de 2005, 9478 –DAG-1119-06- de 6 de julio de 2006, 9479 –DAGJ-1120-06- de 6 de julio de 2006.

condiciones que establece la legislación nacional⁴⁰.

H.- Actividad contractual de escasa cuantía

El artículo 2º, párrafo 1º, inciso h), LCA –después de la reforma por la Ley No. 8701 de 13 de enero de 2009- dispone que se encuentra excluida de los procedimientos de contratación “*La actividad que, por su escasa cuantía, no convenga que sea sometida a los procedimientos ordinarios de concurso, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 27 de esta Ley. En estos casos, la administración cursará invitación por lo menos a tres potenciales proveedores idóneos, si existen, y adjudicará a la oferta de menor precio, sin perjuicio de que se valoren otros factores que se estimen relevantes, lo cual deberá definirse en la invitación. La administración estudiará todas las ofertas que se presenten al concurso, independientemente de si provienen de empresas que fueron invitadas o no*”.

La diferencia entre la versión de 2006 y de 2009 esa norma, estriba en que en la última la administración debe estudiar toda oferta presentada, incluso, si la formuló una empresa que no fue invitada, con lo cual se amplió la versión de 2006 que limitaba la ponderación a la oferta de los proveedores que hubieren sido previamente invitados, de esta manera se garantiza, de manera más acertada, la racionalidad en el gasto público.

La Sala constitucional en el Voto No. 13910-05 estimó conforme con el Derecho de la Constitución la excepción de los procedimientos de contratación de la actividad de “escasa cuantía”, al señalar lo siguiente:

“VIII.- (...) Sin embargo, en este sentido la Sala concuerda con la tesis planteada por la Procuraduría General de la República cuando señala que la excepción por escasa cuantía es necesaria y explicable para cubrir la eventualidad de que, en ciertos casos, justamente

⁴⁰ CGR oficio No. 7846 –DAGJ-1127-02- de 4 de julio de 2002, 15537 –DAGJ-3554-05- de 24 de noviembre de 2005, 9478 –DAG-1119-06- de 6 de julio de 2006, 9479 –DAGJ-1120-06- de 6 de julio de 2006.

una baja cuantía torne en imposible o altamente impráctica, la aplicación de medios ordinarios de contratación de manera tal que resulta apropiado que el legislador deje legislativamente abierta, prevista y autorizada la excepción, siempre bajo el ámbito de control que sobre éste y todas las demás excepciones ejerce la Contraloría General de la República. Con otras palabras, es plausible y constitucionalmente posible que la escasa cuantía pueda resultar la “ratio” que impida u obstaculice grandemente la aplicación de medios ordinarios de concurso, con lo cual la única manera de lograr el fin público que se busca con la negociación es a través de mecanismos de excepción como la contratación directa (...).”

La actividad contractual de escasa cuantía provoca que la Administración Pública pueda celebrar contrataciones directas, debiendo dejar constancia en el expediente abierto que negoció de la forma que resulta más beneficiosa para el interés público, por esa razón antes de la reforma al inciso h) por la Ley No. 8511 de 16 de mayo de 2006, era una práctica administrativa facultativa recomendada por la CGR que se solicitaran al menos 3 cotizaciones para cumplir con el deber de una correcta administración de los fondos públicos, siendo que de las ofertas debía seleccionar la que resultara más conveniente de acuerdo con los parámetros previamente definidos y en ausencia de éstos el factor preponderante lo será el precio del bien o servicio⁴¹. El texto legislativo vigente –después de la reforma de 2006- incorpora ese requisito de manera preceptiva, al señalarse que la administración debe cursar invitación, por lo menos y de existir, a tres potenciales proveedores idóneos debiendo adjudicar a la oferta de menor precio sin perjuicio de la valoración de otros elementos que se estimen relevantes. Igualmente, el inciso indica que la administración debe considerar, únicamente, las ofertas de los proveedores a los que haya cursado invitación, con lo cual se deja claro que no tiene cabida el principio de libre concurrencia y de publicidad. En cuanto a los alcances del concepto “invitación” la CGR señaló –antes de la reforma al inciso h) en 2006- que *“Esa invitación debe quedar acreditada en el expediente de la contratación, para que se pueda comprobar que se realizó. Ahora bien, una cosa es la invitación que se debe realizar, y otra es que las empresas invitadas se presenten ante la Administración promotora del concurso con una cotización. Lógicamente, lo que está en poder de la Administración es realizar correctamente la invitación (al*

⁴¹ CGR oficio No. 14803 –DGCA-1555-96- de 21 de noviembre de 1996.

menos a tres oferentes idóneos) y dejar constancia de eso en el expediente, pero se escapa de sus manos el que las empresas invitadas se presenten con una cotización, pues no tiene el poder de obligarlas. Aclarado lo anterior, lo que corresponde señalar es que ese Instituto podía adjudicar la única oferta presentada en la contratación directa que realizó, si dicha plica se ajustaba a lo que se había pedido”⁴².

Debe tomarse en consideración que si la administración cuenta con oferentes en su registro debe efectuarles la invitación a éstos y que debe cursarse a “proveedores idóneos”, esto es, que tengan capacidad real de ofrecer los bienes y servicios requeridos, pues de lo contrario se podría burlar el requisito legal⁴³. Es importante, también, advertir que la contratación de escasa cuantía no puede estar justificada por una inadecuada planificación en la adquisición de bienes y servicios por parte del respectivo ente público, puesto que, debe evitarse el “fraccionamiento ilícito” de las compras para eludir los procedimientos concursales de contratación⁴⁴.

El RLCA, en su artículo 136, pauta el procedimiento a seguir en las actividades contractuales de escasa cuantía de la siguiente manera:

“Artículo 136.— Escasa cuantía. Las contrataciones que por su limitado volumen y trascendencia económica, de conformidad con los montos establecidos en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, podrán tramitarse siguiendo el procedimiento que se indica en este Reglamento.

Una vez que se ha determinado que procede una contratación directa de escasa cuantía, se ha de confeccionar un pliego de condiciones sencillo en donde se describa el objeto contractual, el plazo y forma de la entrega, así como también se debe fijar la hora y fecha para la recepción de las propuestas. En estos casos se adjudicará la oferta de menor precio, sin perjuicio de que se valoren otros factores relevantes, cuando así haya sido definido en la invitación.

La entidad dará un plazo mínimo de un día y un máximo de cinco días hábiles para la presentación de las cotizaciones. En casos acreditados como urgentes se pueden solicitar las cotizaciones con, al menos, cuatro horas de anticipación a su recepción; en este supuesto deberá existir un documento firmado por un funcionario que se haga responsable de esta decisión, quien será el mismo que dicta el acto de adjudicación.

⁴² CGR oficio No. 393 –DGCA-41-99- de 15 de enero de 1999.

⁴³ CGR oficio No. 107 –DGCA-21-98- de 7 de enero de 1998.

⁴⁴ CGR oficio No. 107 –DGCA-21-98- de 7 de enero de 1998.

La Administración invitará a no menos de tres potenciales oferentes del Registro de Proveedores establecido en este Reglamento, considerando únicamente las ofertas de proveedores a quienes se haya cursado invitación. En caso de que el número de proveedores inscritos sea menor a tres, o no exista ninguno inscrito, se podrá invitar a otros que no lo estén, considerando únicamente las ofertas de proveedores a los que se haya cursado invitación. Asimismo la Administración, podrá contemplar en el cartel, la posibilidad de estudiar todas las ofertas presentadas, incluyendo la de aquellos proveedores no invitados, los cuales, deberán lograr su inscripción antes de la apertura de las ofertas, en caso de que no se encuentren registrados.

(Así ampliado el párrafo anterior mediante el artículo 2 del decreto ejecutivo N° 33758 del 2 de mayo de 2007)

Para la validez del procedimiento no será necesario contar efectivamente con las tres cotizaciones, pero sí que los invitados sean empresas dedicadas al giro propio del objeto contractual específico; en cuyo caso igualmente se considerará falta grave el trámite seguido en sentido contrario a esta disposición.

Las ofertas podrán ser presentadas por fax o correo electrónico, de acuerdo a lo que establezca el cartel, debiendo realizarse la convalidación de la que resulte mejor posicionada de la evaluación realizada antes de dictar el acto de adjudicación.

En aquellos casos donde se cuente con un sistema que garantice los principios rectores del uso de medios electrónicos se podrán recibir las ofertas por dicho medio.

El acto de adjudicación, deberá dictarse en un plazo máximo de diez días hábiles, prorrogable por un plazo igual en casos debidamente justificados, contados a partir del día de la apertura de ofertas y de inmediato será comunicado a los participantes, quienes podrá interponer recurso de revocatoria, dentro del plazo de dos días hábiles siguientes a su notificación. Si el recurso es admisible, se concederá audiencia al adjudicatario por el plazo de dos días hábiles, vencido el cual la Administración deberá resolver dentro de los tres días hábiles siguientes. En los casos declarados urgentes no habrá recurso alguno.

Asimismo en cuanto a la invitación a participar, la Administración deberá considerar lo establecido en el Decreto Ejecutivo número 33305-MEIC-H, “Reglamento Especial para la Promoción de las PYMES en las Compras de Bienes y Servicios de la Administración”.

4.- Actividades contractuales excluidas de la aplicación de la LCA al estar sometidas a un régimen jurídico específico

El artículo 2, párrafo 2º, incisos 1, 2 y 3 dejan fuera de la órbita de vigencia y aplicación de la LCA una serie de actividades contractuales que cuentan con un régimen jurídico-positivo específico, separado y diferenciado de la LCA, a través de normas especiales o leyes sectoriales.

En el supuesto de las relaciones de empleo público, esto es, de función pública, es claro que la propia constitución en su ordinal 191 establece que “*Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos (...)*”, es así como una serie de leyes regulan la relación estatutaria de los funcionarios públicos con el respectivo ente (v. gr. Estatuto del Servicio Civil, Estatutos de la Asamblea Legislativa, del Tribunal Supremo de Elecciones y del Servidor Judicial, Código Municipal de 1998, etc.), estableciendo procedimientos concursales de antecedentes y oposiciones con el propósito de cumplir con el imperativo constitucional de nombrar “*a base de idoneidad comprobada*” (artículo 192 constitucional).

En cuanto a los empréstitos públicos, son las normas constitucionales, tal y como se analizó en el Capítulo I, las que establecen una serie de recaudos de carácter sustancial y formal para su concertación.

Finalmente, el inciso 3) del párrafo 2º del artículo 2º LCA dispone que también estarán fuera de la esfera de vigencia de la LCA “*Otras actividades sometidas por ley a un régimen especial de contratación*”. Este es el caso de la Ley de Modernización y Fortalecimiento del Sector Telecomunicaciones No. (...) que somete la contratación del ICE a un régimen especial de contratación –distinto del contenido en la LCA-, con el propósito de asegurarle mayor fortaleza y capacidad competitiva con la apertura de mercado en telecomunicaciones como consecuencia de aprobación, por ley referendaria (No. 8622 de 21 de noviembre de 2007), del TLC Estados Unidos de América-Centroamérica-República Dominicana.

5.- Excepciones bajo el control preventivo de la CGR a través de la autorización respectiva

El artículo 2 bis LCA –adicionado por la Ley No. 8511 de 16 de mayo de 2006- establece una serie de supuestos de actividad contractual excluida de los procedimientos de concurso, bajo el control previo de la CGR a través de la autorización como una forma específica de la tutela administrativa o la fiscalización ejercida por ese órgano. La norma establece dos excepciones específicas o concretas (incisos a y b del párrafo 1º) y una de naturaleza general (inciso c del párrafo 1º).

En estas hipótesis la administración activa debe dirigirle al órgano contralor una justificación detallada y motivada de las circunstancias que justifican la aplicación de la excepción, así como la especificación de la forma en que se ha previsto la selección del contratista (artículo 2° bis, párrafo 2°). La CGR, por su parte, debe resolver en el plazo de los 10 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

En estos casos de control previo y ante la necesidad recabar la autorización de la CGR, está claro que la actividad contractual no quedará absoluta o totalmente libre de procedimientos, trámites y formalidades, puesto que, el párrafo 3° del artículo 2 bis LCA habilita a ese órgano de fiscalización para “*establecer procedimientos sustitativos a los ordinarios*” de manera discrecional –obviamente con respeto de la razonabilidad o proporcionalidad, principios elementales de la justicia, lógica y conveniencia, los derechos fundamentales de los administrados y las reglas unívocas de la ciencia y la técnica según los artículos 15, 16 y 17 LGAP-, esto es, puede pautar una serie de trámites y formalidades concatenadas que debe procurar ser comunes y generales para evitar la inseguridad y la incerteza. De la misma manera, ese numeral habilita a la CGR para especificar cuál será la vía recursiva a la que podrán acudir los interesados y los plazos que habrán de aplicarse en el respectivo procedimiento y sus diversas fases.

Pese a la autorización que pueda emitir la CGR la administración pública contratante no queda exonerada de responsabilidad por los resultados de la contratación y la calificación errónea de las circunstancias que justificaron la solicitud de excepción de los procedimientos ordinarios de contratación (artículo 2 bis, párrafo in fine, LCA).

Sobre el particular, el RLCA en su artículo 138, párrafo 1°, dispone lo siguiente:

“Contrataciones autorizadas por la Contraloría General de la República. La Contraloría General de la República podrá autorizar, mediante resolución motivada, la contratación directa o el uso de procedimientos sustitativos a los ordinarios en otros supuestos no previstos por las anteriores disposiciones, cuando existan razones suficientes para considerar que es la mejor forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general, o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos. Se entienden incluidos dentro del alcance de este artículo, los supuestos indicados en los incisos a) y b) del artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa.

De igual manera, en casos en los que la naturaleza

o frecuencia del objeto así lo recomienden, el Órgano Contralor podrá autorizar sistemas de precalificación alternativos a los procedimientos ordinarios. Para ello, la Administración deberá indicar en su solicitud, al menos, las razones para considerar que la propuesta es la mejor forma de satisfacer el interés general, el plazo razonable de vigencia del sistema, la forma de selección de los contratistas, el régimen recursivo que procede, las formas de pago y cualquier otra atinente. La prórroga del uso de estos sistemas será posible, siempre y cuando se acredite ante la Contraloría General de la República la permanencia de las razones que justificaron su autorización original. La Contraloría General de la República, resolverá la solicitud en el término de diez días hábiles y podrá establecer condiciones tendientes a la mejor satisfacción del interés público y a un manejo adecuado de la contratación autorizada. Asimismo especificará la vía recursiva que proceda en estos casos, así como los plazos aplicables al trámite respectivo. La no resolución de la solicitud dentro del término indicado, no podrá ser considerada como silencio positivo.”

A.- Número limitado de proveedores por la complejidad o carácter especializado del bien, servicio u obra

El artículo 2 bis, inciso a), LCA excepciona de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa la adquisición de bienes o servicios y la construcción de obras, cuando por su gran complejidad o carácter especializado, solo es posible obtener un número limitado de proveedores o contratistas, en cuyo caso la economía, la celeridad, la eficacia y la eficiencia administrativas no recomiendan los procedimientos concursales.

En este supuesto, la administración pública debe acreditar que el mercado ofrece un número limitado de proveedores o contratistas, dada la complejidad o especialidad técnica del bien, servicio o de la obra por adquirir o construir.

A continuación se ofrece un elenco de ejemplos en los cuales la CGR ha autorizado compras directas con fundamento en el inciso de comentario: a) Al ICODER se la autorizó la compra de 296 tiquetes aéreos para el viaje de una delegación a unos juegos deportivos

centroamericanos, por la complejidad que implica adquirir ese cupo en una o varias líneas aéreas⁴⁵; b) igualmente se autorizó a la UCR para la compra de un diafractómetro de rayos X para análisis de distintos materiales en la Escuela de Química por valor de 137.500.000 colones, siendo que realizó gestiones para obtener 5 cotizaciones, sin embargo sólo 3 empresas presentaron oferta y de éstas solo una ofreció el equipo que se ajustaba a las condiciones técnicas requeridas⁴⁶; c) se le ha permitido a la administración tributaria la contratación de una empresa de servicios informáticos que es la que creó el programa de software original (Digesto Electrónico del Ministerio de Hacienda) para su mantenimiento⁴⁷; d) al MCJD se le autorizó la contratación directa de la restauración arquitectónica del Edificio de la Antigua Aduana, dados los conocimientos especiales requeridos tratándose de un inmueble que forma parte del patrimonio histórico⁴⁸; e) a la UCR se le autorizó contratar con una empresa la instalación de una cancha sintética de fútbol, puesto que, fue la única que se comprometió a hacerlo antes del inicio de los Juegos Deportivos Centroamericanos –marzo 2008- cuya organización se encontraba en manos de ese ente público⁴⁹; f) se autoriza al ICE para establecer un procedimiento de contratación específico –vía reglamento- para contratar los servicios de comercializadores externos⁵⁰; g) se autoriza por un año, a una corporación municipal para realizar una “contratación directa concursada”, con el propósito de atender el problema de la recolección de los desechos sólidos, habida cuenta de encontrarse el derecho a la salud de por medio, en este supuesto se exoneró el contrato del refrendo y del recurso de objeción al cartel, permitiéndose, eso sí, el recurso de revocatoria ante la propia entidad territorial⁵¹.

B.- Normalización o necesidad de compatibilidad en la adquisición de equipo tecnológico por adquisiciones anteriores

El artículo 2 bis, párrafo 1º, inciso b), LCA excluye de los procedimientos ordinarios concursales lo siguiente:

“En los casos en que la administración, habiendo adquirido ya equipo tecnológico, decida adquirir más productos del mismo contratista, por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los equipos tecnológicos que se estén utilizando,

⁴⁵ CGR oficio No. 8919 –DCA-2691- de 7 de agosto de 2007.

⁴⁶ CGR oficio No. 10509 –DCA-3051- de 10 de septiembre de 2007.

⁴⁷ CGR oficio No. 10814 –DCA-3141- de 17 de septiembre de 2007.

⁴⁸ CGR oficio No. 12392 –DCA-3485- de 18 de octubre de 2007.

⁴⁹ CGR oficio No. 341 –DCA-0154- de 21 de enero de 2008.

⁵⁰ CGR oficio No. 14192 –DCA4061- de 3 diciembre de 2007.

⁵¹ CGR oficio No. 3935 –DCA-1256-08- de 6 de mayo de 2008.

teniendo en cuenta si el contrato original satisfizo adecuadamente las necesidades de la administración adjudicadora, si el precio es razonable y, especialmente, si se descartó la existencia de mejores alternativas en el mercado”.

Se trata de una norma importante habida cuenta del principio del servicio público contenido en el artículo 4° de la LGAP que le impone eficiencia y adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisface, lo cual demanda, implícitamente, un imperativo permanente de renovación, modernización y adecuación tecnológica para atender adecuadamente la demanda del servicio y las necesidades de los usuarios. Adicionalmente, responde a la indiscutida “dependencia tecnológica” de una empresa o proveedor determinado al adquirir ciertos equipos –v. gr. en materia de computación el hardware y el software, sobre todo el privativo-. El precepto impone varios requisitos para excepcionar la actividad contractual de los procedimientos de contratación, que son los siguientes:

a) Debe tratarse de la adquisición de equipo tecnológico⁵²; b) debe existir una compra o adquisición previa de equipo tecnológico; c) la justificación de acudir al mismo proveedor anterior debe radicar en “razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los equipos tecnológicos que se estén utilizando” y *previamente adquiridos*, al respecto ha indicado la CGR que “*El hecho de que una institución busque la estandarización y normalización de sus plataformas implica que estas deben estar en capacidad de funcionar adecuadamente el mayor tiempo posible pero deberían poder soportar cambios de marcas y mejoras tecnológicas sin que cada uno de esos cambios implique una complicación mayor o paralización del servicio*”⁵³; d) que el contrato original haya satisfecho adecuadamente las necesidades de la administración; e) que el precio sea razonable y f) que se haya descartado la existencia de mejores alternativas en el mercado.

C.- Otros casos en que sea indispensable para alcanzar la satisfacción del interés general o evitar daños o lesiones a los intereses públicos

El numeral 2 bis, párrafo 1°, inciso c), LCA excluye de los procedimientos de contratación lo siguiente:

“Otras actividades o casos específicos en los que se acrediten suficientes razones para considerar que es la única forma de alcanzar la debida

⁵² CGR oficio No. 4714 –DCA-1505- de 8 de mayo de 2007.

⁵³ CGR oficio No. 4283 –DCA-1361- de 14 de mayo de 2008.

satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos”.

Se trata de una verdadera cláusula residual o abierta que le permite a la administración activa plantear la solicitud a la CGR y a ésta establecer y determinar, de manera progresiva a través de sus pronunciamientos, cuáles actividades contractuales podrán estar exentas de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa. La norma le impone a la administración activa interesada una carga probatoria importante, por cuanto, debe acreditar idónea y fehacientemente todas las razones y justificaciones para estimar que la excepción de los procedimientos ordinarios es la única forma de satisfacer el interés general o de evitar daños o lesiones al interés público. En el caso de la CGR dispone de un amplísimo margen de discrecionalidad para otorgar o no la autorización, que se ve limitado, únicamente, por los límites que establece el ordenamiento jurídico (artículos 15, 16 y 17 LGAP) y los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la norma. Ese precepto vino a sustituir el inciso h) del artículo 2° LCA antes de su reforma por la Ley No. 8511 de 16 de mayo de 2006. Es así como con fundamento en la vieja versión de la norma –antes de 2006-, la CGR autorizó, bajo motivos calificados, la venta directa de bienes muebles⁵⁴ y de mobiliario, equipo de oficina y de cómputo de una entidad pública con un alto grado de deterioro y de obsolescencia –previo avalúo y que el producto de la venta no fuere inferior al monto valorado-⁵⁵. Recientemente se ha autorizado al BNCR para actualizar un software empleado –desde 1994- en el manejo de las tarjetas de crédito o dinero plástico, permitiéndole una mejor posición competitiva en el mercado de intermediación financiera⁵⁶.

Sobre el inciso h) del artículo 2° LCA antes de la reforma de 2006, la Sala Constitucional en el Voto No. 2660-2001 de 15:24 horas de 4 de abril de 2001, consideró lo siguiente: “(...) *estima este Tribunal que en materia de las posibles excepciones que pueden ser incompatibles con los procesos concursales formales, difícilmente pueden ser previstas con un grado absoluto de taxatividad (...). Sin embargo, es también cierto que esa circunstancia no debe en modo alguno propiciar la violación al régimen consagrado en el artículo 182, permitiendo que la Administración en forma antojadiza se exceptione de éste aduciendo cualquier justificación. Como ya se vio, la jurisprudencia de este Tribunal se ha referido a la contratación directa como una forma contractual constitucionalmente válida, señalando que este régimen de excepción debe estar regulado en la legislación ordinaria sobre la materia, sea la Ley de Contratación*

⁵⁴ CGR oficio No. 2103 –DGCA-218-99- de 1° de marzo de 1999.

⁵⁵ CGR oficio No. 4005 –DGCA-281-99- de 6 de abril de 1999.

⁵⁶ CGR oficio No. 13519 –DCA-3861- de 15 de noviembre de 2007.

Administrativa y su reglamento. En este sentido, es claro que es la ley la que debe establecer bajo qué condiciones la Administración puede excepcionarse de los procedimientos de concurso (...) la taxatividad per se no es una garantía absoluta de respeto al régimen, toda vez que la prescindencia de los procedimientos ordinarios queda librada a la responsabilidad exclusiva de la Administración (...) de modo que, en principio, no existe ningún mecanismo de control previo que permita determinar que no se ha desbordado el marco que establecen dichas excepciones. Como se dijo antes, un régimen de esta naturaleza difícilmente permite enumerar exhaustivamente todos los posibles supuestos en que el procedimiento de licitación no permite satisfacer el interés general o bien la contratación directa sea la única posibilidad de evitar daños o lesiones a los intereses públicos (...) Así, la autorización para que la Contraloría mediante resolución debidamente motivada autorice para contratar directamente en otros supuestos no previstos expresamente, es una facultad contemplada expresamente en la ley sobre la materia, y desarrollada en su respectivo reglamento. Se trata de una posibilidad limitada, que puede demandarse en ciertos casos muy concretos cuyos elementos y circunstancias no es posible preverlos a nivel de norma general. A juicio de la Sala, esta posibilidad no es en modo alguno ilimitada, infinita y carente de todo parámetro de control, y por ello seriamente lesivo al régimen constitucional de contratación, como se aduce al plantear la acción. Antes bien, el ejercicio de esa facultad se encuentran atada no sólo a los múltiples principios generales que se derivan del artículo 182 de la Constitución, según lo ha desarrollado la jurisprudencia de esta Sala, sino también a las normas legales y reglamentarias que se encargan de delinear esta posibilidad (...) Tanto los principios generales como las normas concretas del régimen de contratación (...) impiden que la atribución de la Contraloría pueda ser ejercida en forma antojadiza, ilimitada o arbitraria. Pero aún más importante es la naturaleza y funciones que la Constitución le ha conferido a la Contraloría General de la República, como órgano de fiscalización superior de la Hacienda Pública, lo que hace de esta posibilidad, más que un riesgo, una garantía de frente al régimen constitucional en materia de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado”.

6.- Contratación directa

A.- Contratación libre de procedimiento

Es evidente que en algunas ocasiones en que la actividad contractual de las administraciones públicas está exenta de los procedimientos de concurso, éstas pueden contratar directamente, esto es, con prescindencia

de los procedimientos de contratación, con lo cual podemos hablar de una actividad contractual libre de procedimiento. La circunstancia de la contratación directa o contratación libre de procedimiento no implica que el contrato pierda su naturaleza y condición de administrativo, de otra parte aunque sea libre de procedimiento no implica que para acudir a esa figura deba cumplirse con ciertos requisitos y recaudos, en suma la contratación directa es libre de procedimiento pero no se encuentra exenta de requisitos.

Resulta errado denominar a la contratación directa como “procedimiento”, por cuanto, se caracteriza, precisamente, por la ausencia de un conjunto concatenado de formalidades o trámites, aunque como veremos la CGR ha recomendado –sin carácter vinculante- la observancia de algunos recaudos. Ese órgano contralor ha indicado que “(...) *En muchos casos una solicitud de contratación directa no tiene por que ser sinónimo de agilidad, ya que igualmente requiere cuidados para finalizar satisfactoriamente. En consecuencia, se invita a esa Administración para que desarrolle un proceso contractual ágil (con los tiempos mínimos de ley) que a fin de cuentas le brindará la mayor cantidad posible de certeza jurídica al seleccionar al contratista en un proceso abierto con reglas predefinidas*”⁵⁷.

B.- Precisión general de las actividades contractuales susceptibles de contratación directa: Exclusión de la actividad ordinaria

Es preciso evitar caer en el equívoco de estimar que todas las actividades contractuales que se encuentran por disposición de ley expresa excepcionadas de los procedimientos ordinarios de concurso, deben tramitarse como una contratación directa. Incluso, existe el equívoco de estimar que la actividad ordinaria de prestación de servicios públicos voluntarios es un ejemplo de actividad contractual que se somete a la contratación directa (yerro en el que, incluso incurre la Sala Constitucional en los Votos Nos. 5882-93 y 5947-98); en realidad la contratación directa se justifica, cuando la ley lo permite, respecto de los contratos administrativos de colaboración, esto es, de aquellos en que el contratista privado o administrado le brinda prestaciones al ente público (v. gr. construcción de obra pública, suministro de bienes, gestión de un servicio público), no así cuando se trata de contratos administrativos de prestación de un servicio público voluntario, en los cuales las prestaciones clásicas de un contrato administrativo se invierten, por cuanto, la administración es la que brinda un servicio público que el administrativo desea contratar y este paga, correlativamente, un precio público o una tarifa. En la contratación

⁵⁷ CGR oficio No. 4714 –DCA-1505- de 8 de mayo de 2005 CGR oficio No. 4714 –DCA-1505- de 8 de mayo de 2005.

directa, pese a que no existe procedimiento concursal, la administración pública contratante siempre busca un contratista para que cumpla con una obligación de hacer o de dar y quien paga un precio es ésta. Cuando se trata de la actividad ordinaria, la administración pública no busca un contratista, sino que un administrado contrata los servicios de la primera para que le sean efectivamente brindados, por lo que este tipo de actividad contractual no puede ser reputada como una especie de la contratación directa, sino como un contrato administrativo no sometido a los procedimientos de concurso por razones diferentes que ya fueron apuntadas o, eventualmente, un contrato de Derecho privado. Consecuentemente, desde esta perspectiva, la contratación directa será posible y predicable respecto de las hipótesis contempladas en los artículos 2º, párrafo 1º, incisos d) y h) y 2 bis, párrafo 1º, incisos a), b) y c) de la LCA.

C.- Justificación contratación directa

En criterio de la Sala Constitucional la contratación directa encuentra su justificación en el orden público e interés general que debe satisfacer la administración pública, siendo que procede en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible o sumamente difícil abrir un procedimiento licitatorio ordinario con grave amenaza de verse comprometido el interés público (VVSC Nos. 5947-98 y 6754-98).

D.- Utilización excepcional o limitada y reserva de ley de las excepciones

El Tribunal Constitucional ha indicado que la utilización de la contratación directa es limitada, excepcional y bajo condiciones especiales, debiendo constreñirse a las excepciones creadas por ley por lo que, necesariamente, debe existir autorización legislativa expresa, por lo que los casos en que procede son reserva de ley –al romper con el principio constitucional del artículo 182 constitucional del procedimiento ordinario de licitación como regla- (VVSC Nos. 5947-98 y 6754-98)⁵⁸. Como se señaló en el VSC No. 5947-98 “*III.- (...) la contratación directa, es una excepción a la licitación en tanto encuentra su fundamentación precisamente en el orden público e interés general que debe satisfacer la Administración Pública, ya que procede únicamente en determinadas circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible para el ente contratante convocar a licitación pública, bajo seria amenaza de ver comprometido el interés público. Se trata de situaciones especiales en las cuáles el uso de los procedimientos concursales ordinarios, y más específicamente el de la licitación pública, más bien implicarían un serio*

⁵⁸ CGR oficio No. 14521 –DGCA-1551-97- de 24 de noviembre de 1997.

entorpecimiento en el cumplimiento del fin público encomendado a la Administración Pública, con el cumplimiento “per se” de exigencias legales más bien podría traducirse en serias alteraciones al orden institucional establecido en la propia Constitución Política. Situaciones como la adquisición de bienes para la atención de una emergencia o urgencia apremiante, cuando exista un único proveedor en el mercado, cuando se trata de servicios conceptualizados como “actividad ordinaria”(sic) de la institución contratante, o de negociaciones en las que se requieran especiales medidas de seguridad (...).”

En el Voto No. 6754-98 de las 15:36 hrs. de 22 de septiembre de 1998, la Sala Constitucional concluye señalando lo siguiente:

“IV.- CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA COMO PROCEDIMIENTO DE CARÁCTER EXCEPCIONAL (...) no resulta contrario a norma o principio constitucional alguno, excepcionar de los procedimientos de contratación administrativa ordinarios a cierto tipo de negociaciones, precisamente en atención a la especial naturaleza de las mismas, como parte de la idea general de que el propio artículo 182 de la Constitución Política, remite a la ley para la determinación de los diferentes procedimientos de contratación administrativa (...) la interpretación de las normas y principios constitucionales debe hacerse conforme a la realidad social e institucional del Estado moderno, de manera que, precisamente en aras de la satisfacción del interés público, es que resulta imposible remitir en forma indiscriminada a los procedimientos licitatorios ordinarios -entiéndase licitación pública- toda la contratación de la Administración Pública; debiendo entenderse justificada la contratación directa, única y exclusivamente como procedimiento de excepción para la elección del cocontratante con la Administración, en primer lugar, y cuando las condiciones especiales de la negociación de que se trate lo ameriten, de conformidad con los supuestos expresa y claramente dispuestos previamente en una norma de carácter legal, en tanto se trata de una excepción a un principio constitucional (...).”

En el Voto No. 5882-93, la Sala Constitucional indicó que *“En todo momento el Constituyente pensó en la licitación como medio para la contratación del Estado y únicamente dio margen para que, dependiendo del monto, aquélla pudiera ser pública o privada (...) No obstante, esta*

Sala considera que, con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, el artículo 182 constitucional no excluye la posibilidad de que, en determinados casos –como lo sería lo relacionado con la actividad ordinaria de una determinada institución- (sic), el Estado, las Municipalidades o las Instituciones Autónomas puedan recurrir a la contratación directa para adquirir o vender artículos, siempre que ello constituya su actividad ordinaria”.

La Sala Constitucional ha insistido en el principio de reserva de ley para establecer los supuestos en que cabe la contratación directa, así en el Voto No. 6754-98 de las 15:36 hrs. de 22 de septiembre de 1998, estimó lo siguiente:

“IV.- (...) Debe advertirse que la utilización del procedimiento de la contratación directa se encuentra limitado y constreñido a las excepciones creadas por ley, precisamente por tratarse de una vía excepcional de contratación al principio general constitucional, de manera que para que proceda debe existir, previamente, una autorización expresa de origen legal (...) De todo lo anterior se concluye que para que proceda la contratación directa, se necesita una autorización que debe estar previamente establecida en la Ley, de manera que cobra especial significación el principio de reserva legal en esta materia (...).”

E.- Características contratación directa

Aunque de manera equívoca la Sala Constitucional se refiere al “procedimiento de contratación directa”, cuando bajo ningún concepto puede reputarse como tal, por cuanto es una actividad contractual libre de toda forma, es importante señalar las particularidades de la figura que apuntó ese órgano jurisdiccional (VSC 6754-98) al indicar lo siguiente: *“III.- (...) 1.- no existe concurrente entre postores al no haber concurso de ofertas, puesto que la excepción posibilita a la Administración a contratar en forma directa con el contratista, sin que ello situé a la Administración en el ámbito del derecho privado. Eventualmente, se podría realizar una consulta de precios sujeta únicamente al control interno de la institución, la que –se aclara- no es obligatoria, puesto que para esta modalidad no resultan exigible los procedimientos licitatorios ordinarios, lo que constituiría, más bien, una garantía adicional para la transparencia de la propia contratación, puesto que su fin es únicamente promover las condiciones más ventajosas para la Administración y el interés público; 2.- no se debe publicar el proceso en el Diario Oficial (...) 3.- tampoco existen formalidades procedimentales que deba seguir la Administración en el procedimiento de la contratación directa; se trata de un acto jurídico sin*

etapas preparatorias impuesta por la ley (...) su desarrollo y conclusión quedan librados a la responsabilidad de la autoridad administrativa, siempre dentro de los límites de la mínima justicia, oportunidad y lógica, en relación con el fin público perseguido con la contratación a realizar (...) en este tipo de contratación no rigen los principios de libre concurrencia ni el de igualdad de oportunidades o el de publicidad, ni la adjudicación a la mejor oferta, ni los demás principios aplicables al concurso público”. Cabe agregar, finalmente, que en la contratación directa no está previsto un régimen de impugnación en contra del pliego de condiciones del contrato⁵⁹.

En cuanto a la aplicación de los principios de la contratación administrativa a la contratación directa ya la CGR ha estimado que en este caso se produce la “desaplicación” de algunos principios como el de la libre concurrencia⁶⁰.

⁵⁹ CGR resolución No. 187-99 de las 9:30 hrs. de 10 de mayo de 1999.

⁶⁰ CGR oficio No. 3506 –DCA-1186- de 9 de abril de 2007.