

Constitución y Contratación Administrativa

Dr. Ernesto Jinesta L.

Magistrado Sala Constitucional

Presidente Asociación Costarricense de Derecho Administrativo

SUMARIO:

Introducción. I.- Contratación administrativa en el desarrollo constitucional precedente a la Constitución Política de 1949. II.- Contratación Administrativa en la Constitución de 7 de noviembre de 1949. 1.- Regulación formal e indirecta. A.- Contrato administrativo como fundamento de impedimentos (artículo 112, párrafo 2°). B.- Contrato administrativo y explotación de los bienes del dominio público constitucional (artículo 121, inciso 14, párrafo 2°). C.- Contrato administrativo y atribuciones del Poder Ejecutivo (artículo 140, inciso 19 y 124, párrafo in fine). D.- Contrato Administrativo como límite a las figuras del referéndum y la iniciativa popular en la formación de la ley (artículos 105, párrafo 3°, y 123, párrafo 2°). 2.- Regulación material o sustantiva. A.- Justificación artículo 182 constitucional. B.- Procedimiento de licitación: Garantía institucional. C.- Imperativo constitucional de la licitación. D.- Cobertura subjetiva y objetiva del artículo 182 constitucional. E.- Licitación procedimiento de contratación de principio u ordinario. 3.- Tipología constitucional de la contratación administrativa. A.- Concesiones especiales y temporales de explotación de los bienes de la Nación suscritas por la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 14, párrafo 2°). B.- Contratos suscritos por el Poder Ejecutivo que requieren de aprobación legislativa (artículo 140, inciso 19 y 124 párrafo in fine). C.- Empréstitos (artículo 121, inciso 15, párrafo 1°). D.- Contratos suscritos directamente por el Poder Ejecutivo (artículo 140, inciso 19). E.- Procedimientos de contratación y contratos en estados de urgencia y necesidad (artículo 180, párrafo 3°).

Introducción

No cabe la menor duda que actualmente se vive intensamente el fenómeno de la “*constitucionalización del Derecho*”, habida cuenta de la eficacia directa e inmediata del Derecho de la Constitución y de la extensión cuantitativa y cualitativa de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, tanto que, prácticamente, no existe ámbito del universo jurídico que no haya sido objeto de pronunciamiento por parte de éstos. Esta tendencia impone la necesidad ineludible de considerar los valores, principios, preceptos de carácter constitucional y, desde luego, el prolijo bagaje jurisprudencial que haya vertido el Tribunal Constitucional al momento de formular cualquier construcción dogmática de la ciencia del

Derecho o de dictar un acto con sustento en el ordenamiento jurídico-positivo, por parte de cualquier operador –llámese científico o Jurista, legislador, administrador, juez, abogado en el ejercicio liberal, etc.-. Ese imperativo resulta más pronunciado tratándose del Derecho Administrativo que ha sido concebido como un “*Derecho Constitucional concretizado*” o, simplemente, si se reflexiona en la celeberrima frase de Hauriou, en el sentido que “*las grandes cabezas de capítulo del Derecho Administrativo se encuentran en el Derecho Constitucional*”.

Resulta obvio que el instituto jurídico-dogmático de la contratación administrativa no se sustrae de la tendencia señalada, de modo que resulta indispensable, en su abordaje, analizar las distintas vertientes de orden constitucional que contiene, de modo que sirvan de criterio rector y orientador en el desarrollo, interpretación y aplicación infraconstitucionales de aquél.

Esta contribución no tiene, ni por asomo, la pretensión de agotar todas las aristas constitucionales de la contratación administrativa en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, para cumplir ese objetivo se precisa, por lo menos, de una pequeña monografía. Este artículo tiene el fin de constituir una primera y provisional aproximación a la contratación administrativa desde la óptica del Derecho de la Constitución, perspectiva que ha estado abandonada en la doctrina nacional.

I.- Contratación administrativa en el desarrollo constitucional precedente a la Constitución Política de 1949.

Como veremos, puntualmente, en las constituciones que anteceden a la de 7 de noviembre de 1949, la contratación administrativa fue regulada por los respectivos constituyentes de forma indirecta y formal. En efecto, en un primer momento es utilizada como una técnica para delimitar esferas de competencia, sea de la denominada “Cámara Judicial” o Corte Suprema de Justicia (1841-1847) y del Congreso (a partir de la constitución de 1848, tónica que, incluso, se mantuvo en la de 1949 respecto de los Poderes Legislativo y Ejecutivo), disponiendo que los contratos del Estado con particulares serían, respectivamente, del conocimiento y resolución de la Corte Suprema de Justicia o

autorizados por el Congreso. En la Constitución de 1917 surge una nueva vertiente formal, puesto que, la noción de contrato administrativo es empleada para establecer la prohibición o impedimento de los Diputados y Senadores de ser contraparte en los contratos administrativos, habida cuenta de su participación en la eventual autorización o aprobación de éstos.

La primera constitución que menciona la contratación administrativa lo constituye la “Ley de Bases y Garantías” de 8 de marzo de 1841, al asignarle en su artículo 5, párrafo 5^a, a la Cámara Judicial el conocimiento “(...) *de las controversias que se susciten por los contratos ó negociaciones que interesan al Estado, celebradas inmediatamente por el primer Jefe, ó por sus agentes, de orden especial suya (...)*”. Ulteriormente, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica de 9 de abril de 1844, le asigna en su artículo 154, entre otras competencias, la de conocer “(...) *4º de las controversias que se susciten por los contratos ó negociaciones interesantes al Estado y celebrados de orden del Ejecutivo (...)*”. Una norma similar a la anterior se encontraba contenida en el artículo 134, inciso 4º, de la Constitución del 10 de febrero de 1847, al preceptuar que a la Corte Suprema de Justicia le compete conocer “(...) *4º de las controversias que se susciten por los contratos ó negociaciones interesantes al Estado, que se hayan celebrado por el Ejecutivo (...)*”.

La Constitución de la República “Reformada” de 30 de noviembre de 1848, le asignó en el artículo 53, entre otras atribuciones, al Congreso la de “(...) *6ª Autorizar empréstitos y otros contratos cuando lo exija el interes público*”. Una tónica igual seguirá la Constitución del 27 de diciembre de 1859, puesto que, en su artículo 90 le asigna como competencia al Congreso la de “*4ª Autorizar especialmente al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos ó celebrar otros contratos, pudiendo hipotecar á su seguridad las rentas nacionales*”. Las Constituciones de 15 de abril de 1869 (artículo 88, párrafo IV) y de 7 de diciembre de 1871 (artículo 73, inciso 16), contemplaban una norma prácticamente idéntica a la de 1859.

La Constitución de 8 de junio de 1917 es, quizá, la más prolija en el desarrollo constitucional costarricense, en cuanto a la regulación de la contratación administrativa, por

cuanto el artículo 77, inciso 7), establecía como atribución de la Cámara de Diputados la siguiente:

“(…) Autorizar especialmente al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos o celebrar otros contratos, pudiendo hipotecar a su seguridad las rentas nacionales.

Los contratos que fueren aprobados por las Cámaras sin modificación, no podrán ser vetados por el Ejecutivo, pero sí los que fueren alterados. Las modificaciones que introduzca el Congreso quedarán además sujetas a la aceptación del interesado.”

Por su parte, el artículo 78, inciso 5), preveía como atribución del Senado *“(…) Aprobar o improbar los contratos que celebre el Estado cuando por la entidad y trascendencia del negocio juzgue el Poder Ejecutivo o Cámara de Diputados, a petición de un tercio de los votos presentes, que sea necesaria la sanción del Senado.”*

Finalmente, el artículo 65 introdujo una nueva dimensión de la contratación administrativa como lo son los impedimentos al disponer lo siguiente:

“Ningún Diputado o Senador, propietario o suplente, podrá entrar, de modo directo o indirecto, en contrato alguno con la Administración Pública, en virtud del cual haya de gozar de algún privilegio o concesión. Ni le será lícito recibir cantidad alguna del Tesoro Público que no sea la señalada para el cargo que desempeña, y si fuere el caso el importe de contratos que estén publicados en el Diario Oficial, o de servicios cuyo pago se ordene en la misma forma pública.

El Diputado o Senador que infringiere esta prohibición perderá su puesto en la Cámara por el mismo hecho y deberá devolver las sumas recibidas indebidamente.”

Cabe advertir que si bien al restablecerse la vigencia de la Constitución de 1871 (3 de septiembre de 1919) el congreso anuló (“nulidad radical”) los contratos celebrados entre el

Poder Ejecutivo y los particulares, con o sin aprobación del Poder Legislativo en el lapso comprendido entre el 27 de enero de 1917 y el 2 de septiembre de 1919, también, se dispuso validar aquellos que lo ameritaran por razones de buena fe y conveniencia.

Posteriormente, como consecuencia de la reforma parcial a la Constitución de 1871 en virtud de la Ley No. 14 del 19 de junio de 1936 (administración de León Cortés), se modificaron los incisos 15 y 16 del artículo 73 –que establecían atribuciones para el Congreso-, de la siguiente forma:

“Inciso 15.—Decretar la enajenación y aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación.

Exceptúanse de esta facultad todos los ferrocarriles y muelles nacionales. Tales ferrocarriles y muelles no podrán ser enajenados ni arrendados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”.

“Inciso 16.—Autorizar especialmente al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos o celebrar otros contratos similares que afecten el crédito público, pudiendo hipotecar a su seguridad las rentas nacionales. Para autorizar la contratación de empréstitos en el exterior o de aquellos que aunque convenidos en el país hayan de ser financiados con capital procedente del extranjero, es preciso que el respectivo proyecto sea aprobado por las dos terceras partes de los votos del Congreso”.

II.- Contratación Administrativa en la Constitución de 7 de noviembre de 1949.

En la Constitución Política de 1949, a partir del ordinal 182, tal y como veremos, la contratación administrativa, además de su regulación indirecta y formal, es decir, como instrumento para definir competencias entre los poderes del Estado y establecer impedimentos a algunos miembros de los supremos poderes –tendencia que se arrastró de las constituciones precedentes-, contiene una regulación de fondo o sustancial. Tanto es así

que se conciben los procedimientos de contratación administrativa y, más específicamente, la licitación como una garantía institucional. Del mismo modo, a partir de una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la contratación administrativa y el procedimiento de licitación son instituciones que sirven de fuente de importantes derechos fundamentales y de relevantes principios constitucionales.

1.- Regulación formal e indirecta

A.- Contrato administrativo como fundamento de impedimentos (artículo 112, párrafo 2º)

La primera norma de la Constitución Política de 1949 que aborda el concepto de contrato administrativo, desde una perspectiva indirecta, lo constituye su artículo 112, párrafo 2º, el cual dispuso lo siguiente:

“Los Diputados no pueden celebrar, ni directa ni indirectamente, o por representación, contrato alguno con el Estado, ni obtener concesión de bienes públicos que implique privilegio, ni intervenir como directores, administradores o gerentes en empresas que contraten con el Estado, obras, suministros o explotación de servicios públicos.

La violación a cualquiera de las prohibiciones consignadas en este artículo o en el anterior, producirá la pérdida de la credencial de Diputado. Lo mismo ocurrirá si en el ejercicio de un Ministerio de Gobierno, el Diputado incurriere en alguna de esas prohibiciones.”

Es evidente que esta norma adquiriría, ulteriormente, a la luz del principio de la transparencia administrativa, de la sana inversión de los recursos públicos y de la lucha contra la corrupción, un sentido diverso. Sin embargo, en su más prístina concepción tiene una lógica irrefutable si es concordada con la versión original del artículo 121, inciso 15),

en cuanto le correspondía a la Asamblea Legislativa autorizar al Poder Ejecutivo cualquier convenio relacionado con el crédito público. De la misma forma, resulta congruente con la figura de la concesión legislativa especial y por tiempo limitado que pueda otorgar la Asamblea Legislativa, a la luz del artículo 121, inciso 14), respecto de los bienes propios de la Nación, tales como las fuerzas que se obtenga de las aguas de dominio público, los yacimientos de carbón, sustancias hidrocarbурadas y depósitos de minerales radioactivos.

Debe señalarse que la prohibición referida, también, estaba claramente asociada a la figura del “contrato-ley” contemplada en la versión primigenia del artículo 140, inciso 19), y regida por una ley especial e, incluso, aquellos contratos administrativos –aún hoy contemplados- que estipulen la exención de impuestos o tasas, que tenga por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado en cuanto requieren de aprobación legislativa.

De modo que si un legislador debe concurrir con su voto para otorgar una concesión especial por tiempo limitado sobre los bienes incluidos en los subincisos a), b) y c) del párrafo primero del artículo 121 constitucional o aprobar uno que implique exención de tributos o tenga el objeto que señala el inciso 19 del artículo 140 constitucional, se justifica, plenamente, la prohibición para que sea co-contratante –en su condición de persona física- de forma directa u oblicua como directivo de una persona jurídica que pretenda contratar con un ente público.

El constituyente de 1949 al justificar la norma de comentario trajo a colación que durante el régimen anterior “(...) algunos Diputados tenían contratos con el Estado para la provisión de piedra, que los enriquecían (...) lo que se trataba de evitar eran los privilegios” (Acta de la Asamblea Nacional Constituyente No. 71, artículo 5°, Tomo II, pp. 157-158). Es preciso observar que respecto del párrafo 2° del artículo 122, el Diputado constituyente Vargas Fernández “(...) expresó que el principio era muy saludable, pero que debía extenderse a todos los funcionarios de los Supremos Poderes, por lo que tal vez convendría establecerlo como uno de los principios generales” (loc. ult. cit.), objetivo que, posteriormente, se lograría con la regulación infraconstitucional de la contratación administrativa.

B.- Contrato administrativo y explotación de los bienes del dominio público constitucional (artículo 121, inciso 14, párrafo 2º)

El artículo 121, inciso 14) -siguiendo la redacción introducida al artículo 73, inciso 15), de la constitución de 1871 mediante las reformas parciales introducidas por las leyes Nos. 14 del 19 de junio de 1936 y 33 de 7 de julio de 1937-, dispuso lo siguiente:

“14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación.

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:

a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional;

b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;

c) Los servicios inalámbricos;

Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.

Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales -éstos últimos mientras se encuentren en servicio- no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o

indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado.”

Sobre los contratos administrativos de explotación de los bienes del dominio público constitucional y las atribuciones legislativas nos referiremos infra, cuando abordemos el tema de la tipología constitucional de los contratos administrativos.

C.- Contrato administrativo y atribuciones del Poder Ejecutivo (artículo 140, inciso 19, y 124, párrafo in fine)

El artículo 140, inciso 19), en su versión original, de la Constitución Política de 1949, estableció como atribución del Poder Ejecutivo la siguiente:

“19) Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado. Exceptúanse los casos regidos por leyes especiales”.

Esta norma habilitó la figura heterodoxa de los “contratos-leyes” o contratos regidos por leyes especiales que estuvieron presentes en nuestro ordenamiento constitucional hasta 1975, esto es, durante 26 años y, desde luego, los aprobados por la Asamblea en cuanto contengan la exención de tributos o su objeto sea la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado.

Respecto del “contrato-ley”, es preciso indicar que fue concebido por el constituyente pensando en lo que denomino contratos administrativos de “*gran envergadura*” o “*servicios públicos (...) de gran importancia, como los ferrocarriles*” (Acta No. 135, artículo 2º, tomo III, p. 147). Bajo esta inteligencia, antes de la reforma parcial al artículo 140, inciso 19), de la Constitución Política, existieron dos figuras la del contrato-ley para

aquellos que tenían por objeto uno de gran relevancia o trascendencia nacional y los simples contratos administrativos, para los que no tuvieran un objeto relevante sino intrascendente.

Mediante la reforma parcial a ese numeral (Ley No. 5702 de 5 de junio de 1975, artículo 2º), se suprimió la frase final, con lo cual fueron desterrados o eliminados del Derecho Público costarricense los “contratos-leyes”, que constituían una figura confusa. Así en la exposición de motivos de la reforma parcial al referido artículo 140, inciso 19, por virtud de la Ley No. 5702, se justificó la supresión del referido instituto de la siguiente forma:

“En ningún caso, entendemos nosotros, nuestra Carta Fundamental ha autorizado la contratación por ley, es decir, los actos contractuales celebrados directamente por la Asamblea Legislativa en su carácter de poder legislador, o aprobados por ella en condiciones tales que los convierta en verdaderos “contratos leyes”, como se les conoce, los cuales, aparte de una inadmisibile renuncia a la soberanía, implicarían el absurdo jurídico de otorgar a esos actos la inmutabilidad característica del contrato y al mismo tiempo la superioridad característica de la ley; esos contratos leyes que, por ejemplo, el gran jurista Gastón Jéze califica de jurídicamente imposibles y políticamente una incitación a la revolución, al impedir la pretensión de que a su través el Parlamento pueda hipotecar la libertad de los parlamentos futuros.

Sin embargo, desafortunadamente, la ambigüedad de los textos constitucionales, sobre todo de la excepción de los “casos regidos por leyes especiales” que recoge en su parte final el inciso 19) del artículo 140 de la Constitución, unida a una tradicional interpretación privatística del Derecho, que apenas comienza a evolucionar hacia el cabal reconocimiento del Derecho Público, de parte de la Corte Suprema de

Justicia, ha llevado casi a reconocerles carta de naturaleza en nuestro ordenamiento, provocando no sólo odiosos privilegios en favor de compañías poderosas amparadas a esos llamados contratos leyes, sino una creciente reacción de los costarricenses nacionalistas preocupados por esos privilegios y por la casi imposibilidad legal de terminar con ellos.”

Cabe advertir que la Ley No. 5702 que reformó parcialmente el artículo 140, inciso 19), de la Constitución, introdujo, también, el párrafo final de ese inciso al indicar lo siguiente:

“La aprobación legislativa a estos contratos no les dará carácter de leyes ni los eximirá de su régimen jurídico administrativo. No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales”.

Del mismo modo, la referida Ley No. 5702 de reforma parcial a la Constitución le introdujo (artículo 1º), un párrafo segundo a la sazón –puesto que luego pasaría a ser el último- al artículo 124, que establecía lo siguiente:

“La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas”.

D.- Contrato Administrativo como límite a las figuras del referéndum y la iniciativa popular en la formación de la ley (artículos 105, párrafo 3º, y 123, párrafo 2º)

En virtud de la introducción del referéndum y la iniciativa popular en la formación de las leyes en nuestro ordenamiento constitucional, merced a la reforma de los artículos

constitucionales 105 y 123 por virtud de la Ley No. 8281 de 28 de mayo de 2002, el contrato administrativo es empleado como un límite a sendas instituciones y, por consiguiente, como instrumento para determinar sus respectivos alcances y contornos.

Así el artículo 105, párrafo 3°, dispone que *“El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a (...) aprobación de (...) contratos o actos de naturaleza administrativa”*, precepto que tiene su lógica irrefutable al considerar las potestades exclusivas que se le conceden al Poder Ejecutivo en el artículo 140, inciso 19), con las consabidas excepciones contenidas en ese mismo numeral y a la Asamblea Legislativa en el 121, inciso 14.

El artículo 123, párrafo 2°, dispone que *“La iniciativa popular no procederá cuando se trate de proyectos relativos a (...) aprobación de (...) contratos o actos de naturaleza administrativa”*, norma que obedece a la necesidad de concordarla con las potestades exclusivas dispuestas en los artículos 121, inciso 14), y 140, inciso 19), de la Constitución.

2.- Regulación material o sustantiva

A.- Justificación artículo 182 constitucional

El avance significativo de la Constitución Política de 1949, frente a las precedentes, lo constituye el abordaje sustantivo del contrato administrativo –con mención de algunos de los clásicos tales como el de construcción de obras públicas, compra-ventas y arrendamientos- y la consagración del procedimiento de contratación de licitación como garantía institucional.

En efecto, el artículo 182 constitucional, dispone lo siguiente:

“Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes

pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.”

Este precepto constitucional fue justificado por el constituyente en los beneficios y bondades de la licitación y la necesidad de erradicar los denominados “*contratos sin licitación*” del régimen depuesto y duramente criticados por la oposición (Acta No. 64, artículo 2º, Tomo III, p. 447). De la misma manera, no cabe la menor duda que al mencionarse, simplemente, la licitación –sin calificarla de pública o privada-, rectificándose la propuesta originalmente discutida –circunscrita a la pública- tuvo la intención expresa y manifiesta de recoger o rescatar las ventajas de ambas modalidades.

B.- Procedimiento de licitación: Garantía institucional

El procedimiento de licitación es concebido, de modo indirecto y sin señalarlo, expresamente, la Sala Constitucional, como lo que la dogmática jurídica constitucional conoce como garantía institucional, esto es, como una figura que protege institutos e instituciones constitucionales de gran relevancia, tales como derechos fundamentales y principios esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado, entre otros aspectos, que la licitación –y más específicamente la pública- es “*garantía para el interés público*”, en cuanto asegura principios de primer orden como el de publicidad, igualdad, efectiva participación, libre concurrencia para los eventuales o potenciales oferentes, así como eficiencia, mayores posibilidades de acierto en la prestación de los servicios públicos y la selección del contratista y mejores condiciones técnicas y económicas para las administraciones públicas. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha señalado que la licitación es el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, lo que permite una sana administración de los fondos públicos.

En el Voto No. 2633-93 de las 16:03 hrs. de 9 de junio de 1993, la Sala Constitucional califica la licitación pública como un procedimiento de contratación

diseñado en garantía del interés público y, también, de los propios particulares, al estimar lo siguiente:

“III) (...) El procedimiento de licitación pública a que ese artículo se refiere, encuentra su razón de ser, no sólo en relación con el interés del Estado, sino, además, en relación con el de los administrados. En términos muy generales, es posible afirmar que en lo que atañe al Estado, se busca conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del servicio público, en la calidad de la prestación que se brinda a los usuarios, y, según la naturaleza de cada caso, de las condiciones económicas, tanto definir la economía de la operación que realiza el contratista, como también el costo que implica para los usuarios. En relación con los particulares el procedimiento de licitación, en tanto caracterizado por el principio de la "publicidad" que lo informa, busca garantizar a los administrados la más amplia garantía de libre concurrencia, en condiciones de absoluta igualdad, en el procedimiento de contratación. El sistema tiende a evitar tratos preferenciales e injustos y el procedimiento de licitación pública, definido por la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, "como el medio idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos", se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones para la Administración Pública y de garantizar la libertad de oportunidades a los interesados y todo ello conforma el llamado principio de legalidad de la contratación administrativa, al que debe sujetarse todo el que quiera

contratar con la Administración Pública. (véase artículo 182 de la Constitución Política). Es por lo expuesto que puede afirmarse que la licitación pública es un "procedimiento de garantía" para el interés público."

En el Voto No. 5985-93 de las 14:18 hrs. de 17 de noviembre de 1993, la Sala Constitucional consideró lo siguiente:

“Único (...) el procedimiento de licitación pública es una formalidad previa a los contratos del Estado, que debe considerarse un procedimiento de garantía para el interés público. Su publicidad busca garantizar a los administrados que la contratación con el Estado se produzca en condiciones de igualdad tendiendo a evitar tratos preferenciales e injustos. De igual manera el Estado busca en este procedimiento conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del contrato, en la calidad de la prestación, y -según la naturaleza - en las condiciones económicas.

En el Voto 787-94 de las 15:21 hrs. de 8 de febrero de 1994, se afirma lo siguiente:

“V.- (...) los fines de las regulaciones para la contratación administrativa consisten, por una parte, en que el Estado consiga las mejores opciones de contratación en cuanto a precio y calidad -es decir, la eficiencia- y, por la otra, en que los particulares participen en igualdad de condiciones (...)”

En el Voto No. 998-98 de las 11:30 hrs. de 16 de febrero de 1998 se indica lo siguiente:

“IV.- (...) Y es en este sentido que debe entenderse el procedimiento de contratación; es decir, como el mecanismo

más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos, constituyéndose, entonces, en principio de orden público derivado de la transcrita norma constitucional, en tanto resulta el “medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración” (sentencia número 1205-96), tal y como lo concibió con anterioridad esta Sala, en sentencia número 3049-94, en la que indicó que la licitación:

“[...], es un procedimiento de garantía del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados y acrece la posibilidad para la Administración de una mejor selección del contratista.”

Precisamente, es el interés público el principio que da fundamento jurídico al procedimiento de licitación; motivos adicionales, pero complementarios, como el pretender las mejores condiciones técnicas y económicas para la Administración y el garantizar la igualdad de oportunidad para las posibles personas interesadas en contratar con ésta y el promover la más amplia competencia, constituyen la justificación jurídica de la escogencia de la licitación como el medio por el cual debe verificarse la contratación administrativa, como se indicó en sentencia número 2633-93 de las dieciséis horas tres minutos y tres segundos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres (...)

También se indicó que la escogencia de la licitación pública “[...], no sólo tiene asidero en el artículo 182 supracitado, y la calificada doctrina que lo informa, sino además, en el principio de eficiencia de la Administración (ordinales 140.8 y 191 de la Constitución), así como en todas las garantías que

derivan del régimen de la licitación” (sentencias número 0496-91 y número 0752-93, de las dieciséis horas dieciocho minutos del quince de febrero de mil novecientos noventa y tres) (...)”.

En el Voto 5445-99 de las 14:30 hrs. de 14 de julio de 1999, se estimó lo siguiente:

“(…) Interesa resaltar ahora varios principios fundamentales que definen la contratación administrativa (...) El segundo es que la contratación del Estado y sus múltiples instituciones debe verificarse mediante el procedimiento de licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182 de la Constitución Política, medio considerado el más idóneo por los constituyentes para la selección del contratante de la Administración, en tanto es un procedimiento de garantía del interés público, a la vez que constituye el mecanismo más apto para el control de la hacienda pública y el correcto uso de los recursos financieros del Estado, con la finalidad de promover una sana administración de los fondos públicos (...)”

C.- Imperativo constitucional de la licitación

Del texto del artículo 182 de la Constitución se deduce como imperativo la necesidad de que las administraciones públicas acudan, ordinariamente al procedimiento de licitación, el cual incluye tanto la pública como la privada, sin distinción.

Sobre el particular la Sala Constitucional en el Voto 924-92 de las 15:30 hrs. de 8 de abril de 1992, señaló lo siguiente:

“SEGUNDO (...) b. Por mandato constitucional, artículo 182, lo que se requiere es el procedimiento de "licitación" - no se expresa que deba ser la específica figura "licitación pública" (...) esto es de concurso público atendido a los principios generales de la contratación en un estado de derecho. Si el específico procedimiento de licitación pública fuera el exigido por la Constitución, sería inconstitucional el de licitación privada, en los casos en que la ley lo permite, lo cual no parece prima facie razonable.

D.- Cobertura subjetiva y objetiva del artículo 182 constitucional

La Sala Constitucional ha señalado, categóricamente, que el ordinal 182 de la Constitución, comprende toda la actividad contractual administrativa –y, por ende, todas las modalidades de contratación-, puesto que, contiene una enunciación numerus apertus y no numerus clausus (Voto 998-98 de las 11:30 hrs. de 16 de febrero de 1998, principio reiterado en el Voto No. 5445-99 de las 14:30 hrs. de 14 de julio de 1999, Considerando XXIV). De la misma manera, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“VIII.- (...) el artículo 182 constitucional es de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución autónoma, u órgano desconcentrado”* (Votos Nos. 5947-98 de las 14:32 hrs. de 19 de agosto de 1998 y 9524-99 de las 9:06 hrs. de 3 de diciembre de 1999).

E.- Licitación procedimiento de contratación de principio u ordinario

A partir del artículo 182 constitucional, la Sala Constitucional enfatiza que la licitación es el procedimiento de contratación de principio o por antonomasia, de modo que cualquiera otro –regulado por la ley- resulta una excepción que confirma la regla

constitucional. Así en el Voto No. 998-98 de las 11:30 hrs. de 16 de febrero de 1998, se señaló lo siguiente:

“XII.- (...) los constituyentes establecieron como regla general que la contratación administrativa debía de verificarse mediante licitación, procedimiento ordinario por el que se garantiza la protección del interés público, en tanto existen principios constitucionales claros que la orientan y controles internos -en lo que respecta al procedimiento regulado por Ley de conformidad con tales principios-, y externos -en primer término, de competencia de la Administración o institución contratante y luego de la Contraloría General de la República, como órgano constitucional encargado de la fiscalización de la Hacienda Pública-, reservándose la contratación privada y directa del Estado para las contrataciones menores de la Administración o a las que por su especialidad y razonabilidad, deban ser objeto de un trato distinto, a modo de excepciones de este principio general (...)”

Lo anterior, llevó a la Sala Constitucional a declarar inconstitucional el sistema de montos establecido en la Ley de Contratación Administrativa (Voto No. 998-98 de las 11:30 hrs. de 16 de febrero de 1998), puesto que, al disponer límites muy altos para que proceda la licitación, la transforma, a contrapelo de la regla constitucional, en una excepción. Así señala lo siguiente:

“XII.- (...) En consecuencia, si el nuevo sistema ha variado los principios para convertir la licitación privada en el sistema de contratación por antonomasia -entiéndase la restringida y por registro en cuanto a la aplicación de los principios señalados y en el control respectivos-, entonces se irrespetaría el artículo 182 constitucional, al resultar la norma desproporcionada e irrazonable; es decir, la norma

afecta directamente la forma como se verifica la contratación del Estado, reduciendo o suprimiendo, según el caso, los principios constitucionales que la informan y también, desde luego, el sistema de control, con lo que se convierte en un evidente problema de constitucionalidad (...)

XIII. LIMITES ECONÓMICOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA (ARTÍCULO 27 DE LA LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA). *Los límites económicos fijados para que proceda la licitación pública, tal y como se dispone en el artículo 27 de la Ley de la Contratación Administrativa, en los seis grupos establecidos con fundamento en los montos de los presupuestos de los entes públicos, efectivamente resultan excesivos, desproporcionados e irrazonables a criterio de esta Sala, en cuya fijación o determinación se omitieron estudios técnicos que respalden la elección escogida (...)*”

Lo mismo fue establecido en el Voto No. 5947-98 de las 14:32 hrs. de 19 de agosto de 1998 (al anularse el artículo 171, párrafo 1º, de la Ley Orgánica del Banco Central al convertir, por el monto excesivo, irrazonable y desproporcionado, la contratación directa en regla), al señalarse lo siguiente:

*“IV.- (...) el principio general que rige la contratación administrativa es el que obliga a que la misma se verifique mediante el procedimiento de la licitación pública, y **sólo a manera de excepción a esta regla**, es que puede justificarse la utilización de los procedimientos de contratación privada, entendiendo por tales la licitación por registro y la restringida, y la contratación directa, procedimientos que se encuentran regulados en las disposiciones de la Ley de la Contratación Administrativa. Son éstas situaciones*

expresamente regladas y que resultan acordes con el marco constitucional (principios y control de la contratación administrativa) comentado en el considerando anterior, y que han sido reiteradamente reconocidos por la jurisprudencia constitucional, en tanto, se limita la licitación privada a contrataciones menores; y en cuanto 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 entorpecimiento en el cumplimiento del fin público encomendado a la Administración Pública, donde el cumplimiento “per se” de exigencias legales más bien podría traducirse en serias alteraciones al orden institucional establecido en la propia Constitución Política (...) En virtud de lo anterior cabe concluir que efectivamente es posible establecer excepciones a los trámites ordinarios establecidos en la Ley de la Contratación Administrativa derivada del artículo 182 constitucional siempre y cuando se respete el marco constitucional (principios y control), y que resulte razonable y proporcional a los fines de la contratación. En este sentido, lleva razón la Contraloría General de la República cuando señala que no hay razón o fundamento que justifiquen la exclusión de los bancos del Estado en la

aplicación de la Ley de la Contratación Administrativa y por ello, en tanto la normativa que se impugna -artículo 171 de la Ley Orgánica del Banco Central, en sus párrafos primero, segundo, tercero, quinto y sexto- constituya una excepción al régimen de contratación administrativa en general, es inconstitucional al apartarse injustificadamente de los principios y control rectores de esta materia. No obstante lo anterior, se estima que resulta factible establecer normas de especialidad dentro del sistema general de contratación administrativa para los bancos que conforman el sistema bancario nacional, en razón de su actividad especializada y la tendencia cada vez más clara en el mercado financiero para no dejarlos en situación de desventaja con sus competidores (banca privada); pero se reitera, no resulta procedente hacerlo desmembrando el sistema general de contratación pública. Con fundamento en lo anterior, es que se procede a analizar cada una de las disposiciones impugnadas.”

3.- Tipología constitucional de la contratación administrativa

A partir de los preceptos constitucionales que hemos señalado, es posible plantear una tipología constitucional de los contratos administrativos, la cual tiene una clara connotación formal, puesto que, dependerá en buena parte de criterios no materiales, tales como el órgano o poder de la república que interviene en su suscripción o aprobación. Cabe advertir que el texto constitucional, también, presupone una tipología sustancial, puesto que, los artículos 122, párrafo 2º, y 182 se refieren a los contratos administrativos de concesión o explotación y construcción de obra pública, de explotación de servicios públicos, suministros, compra-venta y arrendamiento de

bienes, sin embargo, como es lo propio queda librado al legislador ordinario definir sus alcances y ámbito de operatividad.

A.- Concesiones especiales y temporales de explotación de los bienes de la Nación suscritas por la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 14, párrafo 2°)

A este grupo se refiere el artículo 121, inciso 14), de la Constitución Política cuando se trata de fuerzas hidráulicas, yacimientos de carbón, sustancias hidrocarburadas o depósitos de minerales radioactivos y servicios inalámbricos.

Respecto de este tipo de contratos debe plantearse una interrogante de primer orden que es la siguiente: ¿Realmente el constituyente originario habilitó a la Asamblea Legislativa para celebrar y suscribir contratos administrativos, aún tomando en consideración la trascendencia del objeto contractual?

En efecto, la gran cuestión es determinar si el constituyente originario, al señalar en el artículo 121, inciso 14, párrafo 2°, que las fuerzas hidráulicas, yacimientos de carbón, sustancias hidrocarburadas o depósitos de minerales radioactivos y servicios inalámbricos podrán ser explotados, “*mediante concesión especial*”, le asignó a la Asamblea Legislativa una capacidad de gestión u operativa que trasciende la función legislativa en un sentido material. Una respuesta afirmativa a tal interrogante, conduce, necesariamente, a estimar que el artículo 121, inciso 14, contiene una excepción expresa al principio de separación de funciones consagrado en el ordinal 9° de la constitución, al disponer que “*Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias*”.

Una simple interpretación literal del párrafo 2° del artículo 121, inciso 14) de la Constitución conduce a una respuesta afirmativa de la cuestión, puesto que, se indica que la concesión especial será otorgada por tiempo limitado “*(...) y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa*”. La necesaria concordancia de ese numeral con el 140, inciso 19) de la Norma Fundamental, ratifica

la conclusión, puesto que, este último numeral señala que al Poder Ejecutivo le corresponde “*Suscribir los contratos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución (...)*”, de modo que, a contrario sensu, en ese supuesto la suscripción es competencia de la Asamblea Legislativa.

No obstante, tal extremo no ha sido pacífico, así, por ejemplo, Ortiz Ortiz estimó que el Poder Ejecutivo es el representante natural del Estado en la celebración de contratos, de modo que interpretar que la Asamblea Legislativa puede suscribir contratos administrativos es forzado e insólito. En esa misma tónica, Woodrige indicó que la función de la Asamblea Legislativa es, esencialmente, deliberante y no de gestión directa, aspecto que le pertenece a la administración activa, por lo que estimó que las concesiones de los bienes referidos en el párrafo 1° del artículo 121, inciso 14), de la Constitución pueden otorgarse sólo mediante una ley previa –acto normativo primario- emitida por la Asamblea que regule su objeto y forma de otorgamiento, estima que de lo contrario –admitir que la Asamblea otorgue directamente concesiones- implicaría quebrantar el principio de separación de funciones.

Desde una perspectiva histórica, cabe señalar que la Ley No. 33 de 7 de julio de 1937, mediante la cual se adicionó un inciso 15 al artículo 73 de la Constitución Política de 1871 –que constituye la fuente de inspiración y el antecedente directo del párrafo primero –con sus sub-incisos- y segundo del artículo 121, inciso 14), de la Constitución de 1949, dispuso que “*Los bienes referidos en los sub-incisos a) y b) y los servicios inalámbricos son inalienables y del dominio del Estado y la concesión y derecho para explotarlos sólo pueden otorgarse por tiempo limitado y con arreglo a leyes reglamentarias especiales*”. Bajo esta inteligencia, el precepto de la Constitución de 1871 que sirvió de inspiración, al párrafo segundo del texto constitucional actual, no contenía ninguna referencia a concesiones especiales otorgadas por tiempo limitado y con arreglo a condiciones y estipulaciones establecidas por la Asamblea Legislativa, puesto que, remitía, únicamente, a concesiones que tuvieran cobertura en una ley de desarrollo. Consecuentemente, el constituyente originario de 1949, al apartarse de la fórmula contenida en el inciso 15 del

artículo 73 de la Constitución de 1871, tuvo sus razones –las cuales no están reflejadas en la Actas de la Asamblea Nacional Constituyente-, puesto que, se admite, sin discusión alguna, la explotación de tales bienes “*de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa*”.

Como se ve se trata de una “o” disyuntiva y no copulativa, adicionalmente, la palabra especial tiene un claro significado, puesto que, resulta claro que de existir una ley se encargará de regular las concesiones de forma general y abstracta. Las consideraciones anteriores, nos llevan a concluir la posibilidad que el órgano legislativo suscriba una concesión para casos excepcionales, que entenderíamos son aquellos en que están involucrados los bienes de la Nación puntualizados en los sub-incisos a), b) y c) y para cuando no exista una ley que regule, de modo general, las concesiones sobre tales bienes. El argumento de que esta inteligencia de la norma supone infringir el principio de separación de funciones contenido en el artículo 9° de la Constitución, pierde importancia al constatar que se trata, también, de una norma de rango constitucional y una excepción que confirma la regla o el principio.

En todo caso, la conclusión se impone al concordar y considerar con un todo los preceptos contenidos en el 121, inciso 14), con el 140, inciso 19), ambos del texto constitucional. Por último, en una correcta hermenéutica constitucional, no puede soslayarse los términos y expresiones que emplea el constituyente originario, atribuyéndoselos a una confusión o simple descuido, puesto que, el mero contraste entre el inciso 15 del artículo 73 –adicionado en 1937- de la Constitución de 1871 con el párrafo segundo del artículo 121, inciso 14), deja de manifiesto que no se trató de una errónea transcripción, puesto que, el último texto, evidentemente, introduce una hipótesis nueva respecto del precedente que no puede ser banalizada. En efecto, mientras que la Constitución de 1871 habla de “*leyes reglamentarias especiales*” que en nuestros días interpretamos como leyes sectoriales –v. gr. Ley de Radio y Televisión- la Constitución de 1949, además de comprender ese supuesto, hace referencia a concesiones especiales cuyos términos y condiciones define la propia Asamblea Legislativa.

Un aspecto de primordial importancia lo constituye dilucidar la naturaleza jurídica –ley en sentido formal o material o simple acto administrativo- de las concesiones especiales suscritas por la Asamblea Legislativa, por cuanto, el artículo 124 de la Constitución no le suprime la condición o carácter de ley a lo que se disponga de conformidad con el artículo 121, inciso 14). De otra parte, los artículos 124, párrafo in fine, y 140, inciso 19), párrafo 2º, al disponer que la aprobación legislativa de contratos no les confiere el carácter de leyes –aunque se formen a través de los trámites ordinarios de éstas- ni los exime de su régimen jurídico administrativo, fueron concebidos, precisamente, para los contratos administrativos que son aprobados por la Asamblea Legislativa, que no es el caso de las concesiones directamente suscritas por ésta, por cuanto, ese órgano les confiere tanto validez como eficacia. Es evidente que las concesiones especiales que pueda otorgar y suscribir la Asamblea Legislativa tendrán el carácter de un contrato administrativo, puesto que, en tal situación ese órgano ejerce, excepcionalmente, una función materialmente administrativa al concurrir en la formación o perfección de un acto administrativo bilateral o plurilateral –contrato administrativo-.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional –en cuanto componente del Derecho de la Constitución- ha sido categórica y clara al mantener la diferencia que establece el constituyente originario entre concesión especial otorgada por la Asamblea Legislativa y las concesiones reguladas por una ley general, cuya suscripción y otorgamiento, a partir de tal regulación, estará a cargo del Poder Ejecutivo o de cualquier otro ente público menor descentralizado. Así en el Voto No 3789-92 de las 12:00 horas del 27 de noviembre de 1992, la Sala Constitucional estimó que el artículo 121, inciso 14), de la Constitución Política contiene tres reglas distintas claramente diferenciadas:

" a) La primera, es una norma que habilita a la Asamblea Legislativa para decretar «la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación». Por una parte, esta norma es irrestricta en cuanto se refiere a todos los bienes propios de la Nación, y, por otra, reserva a la ley

la materia, invalidando actos administrativos de enajenación o aplicación a usos públicos no fundados en ley previa; b) La segunda, prescribe qué bienes no «podrán salir definitivamente del dominio del Estado». Para esas categorías, que están enunciadas en los incisos a), b) y c), la restricción es total y absoluta en cuanto a «salir del dominio del Estado», pero, de inmediato, la norma modera su severidad advirtiendo que tales categorías de bienes pueden ser «explotados por la administración pública o por particulares» de acuerdo con la ley o mediante concesión especial; c) La tercera, es una norma que se refiere específicamente a ciertos bienes (ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales en servicio) no incluidos en las tres categorías de la norma precedente".

La diferencia entre concesión otorgada mediante una ley general que prevea el procedimiento concursal (licitación pública) y concesión legislativa especial, fue ratificada por la Sala Constitucional en el Voto No. 5386-93 de las 16 hrs. de 26 de octubre de 1993 (reiterado en el Voto No. 10129-99 de las 10:45 hrs. de 23 de diciembre de 1999)—en el cual se anularon los acuerdos del Poder Ejecutivo que habilitaban a las sociedades anónimas Comunicaciones Celulares Comcel y Millicom Costa Rica explotar, a través de licencias de frecuencia de radio, la telefonía celular (espectro electromagnético o servicios inalámbricos)-. Al respecto se señaló, que del artículo 121, inciso 14, de la Constitución puede inferirse lo siguiente:

“CUARTO (...) a) Una reserva de ley . La explotación por particulares o por las administraciones públicas requiere sea concesión especial, cuando procediere, sea una ley que concursalmente permita a los particulares esa explotación, siempre sin pérdida de la titularidad y de la vinculación a fines públicos.

(...)OCTAVO (...) a) Están en juego bienes propios de la Nación, declarados así como trasunto constitucional de reivindicaciones históricas de bienes y actividades estimados esenciales por los costarricenses (...)

Ha de entenderse prohibitiva la disposición constitucional que impide la prestación privada de servicios telefónicos sin ley o sin concesión especial del legislador.”

En el Voto No. 6240-93 de las 14:00 hrs. de 22 de noviembre de 1993, se ratifica la distinción señala, al estimar la Sala Constitucional lo siguiente:

*“II.- (...) En consecuencia, la Constitución prevé dos regímenes para explotar esos recursos naturales especialmente protegidos, sin que ninguno de ellos puedan salir del dominio del Estado: Uno, el de las concesiones o contratos otorgados por la Asamblea Legislativa directamente, en uso de una competencia originaria; el otro, su posibilidad sea de explotarlos, por la Administración Pública, sea de encomendarlos a particulares, mediante concesión legalmente otorgada o autorizada. Ambas posibilidades presuponen la competencia de la Asamblea Legislativa para fijar en el caso concreto, o bien regular en una ley general, "**condiciones y estipulaciones**" imperativas en la ejecución del contrato -como su naturaleza temporal, forma de cumplimiento, obligaciones mínimas del ejecutor, etc.-, las cuales sitúan fuera del alcance de los concesionarios o del acuerdo mismo de las partes, la posibilidad de apartarse de ellas. No es ocioso recordar que el acto administrativo de concesión no adquiere nunca carácter ni rango de ley, aunque sea tramitado y adoptado como tal, (arts. 140.19 y especialmente 124.2 Constitución).*

III.- Así pues, una de las formas allí establecidas, obviamente previendo lo difícil y complicado que puede resultar el tener que acudir a la Asamblea Legislativa para la aprobación de cada contrato de concesión individual, es la de una ley general regulatoria del proceso de contratación, comúnmente conocida como "ley marco". En este caso, la Asamblea Legislativa inviste en la Administración Pública la potestad de otorgar concesiones específicas (...)"

En el Voto 3067-95 de las 15:42 de 13 de junio de 1995 (reiterado en el No. 3272-95 de las 9:21 hrs. de 23 de junio de 1995), la Sala Constitucional insiste en la dicotomía de las figuras contenidas en el artículo 121, inciso 14), sub-inciso c), al puntualizar lo siguiente:

“IV. Como se indicó anteriormente, los bienes demaniales están sujetos a un régimen jurídico particular en orden a su explotación, régimen que determina que los particulares sólo pueden explotarlos en tanto sean concesionarios. Esta concesión puede ser especial en cuanto sea acordada por la Asamblea Legislativa, o por el Poder Ejecutivo de conformidad con una ley de la materia. Lo fundamental aquí es que en virtud de la reserva de ley que existe en este asunto, le corresponde a la Asamblea Legislativa la fijación y regulación de las condiciones y estipulaciones para el otorgamiento de dicha concesión; resultando prohibitiva la disposición constitucional que impide la prestación privada de servicios inalámbricos sin ley o sin concesión especial del legislador. En nuestro ordenamiento esta decisión legislativa ha sido tomada exclusivamente a favor del Instituto Costarricense de Electricidad y de RACSA, y no a favor de

los particulares, por lo cual éstos tienen prohibición para explotar estos servicios, prohibición que es de rango constitucional (...)”

En el Voto No. 2318-98 de las 17:51 hrs. de 31 de marzo de 1998, al conocer por vía de consulta de constitucionalidad legislativa facultativa del proyecto de Ley de concesiones, se indicó que

III.- (...) A criterio de esta Sala, nada impide que por medio de una ley marco, la Asamblea faculte al Poder Ejecutivo para que de en concesión bienes públicos, sin que sea necesario una aprobación concreta para cada caso en particular, pues se entiende que ha dado una aprobación general para tal efecto, en cumplimiento de la propia Constitución (...).

B.- Contratos suscritos por el Poder Ejecutivo que requieren de aprobación legislativa (artículo 140, inciso 19 y 124 párrafo in fine)

Son los que estipulan una exención tributaria o tienen por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales (artículo 140, inciso 19, Constitución), celebrados con el propósito de ejercer la función de fomento –de la producción y del desarrollo- y que por la sola condición de ser aprobados por la Asamblea no asumen la condición de acto legislativo, sino que, por el contrario, mantienen su naturaleza jurídica de acto jurídico bilateral o plurilateral de la Administración Pública.

En estos supuestos la aprobación legislativa del contrato administrativo asume la naturaleza de un requisito de eficacia, puesto que, la validez dimana de la perfección y suscripción del contrato entre el Poder Ejecutivo y el respectivo co-contratante. Consecuentemente, el Poder Legislativo tiene limitada su atribución a aprobar o improbar, de modo que no podría enmendar o modificar el contrato administrativo respectivo sometido a su consideración, puesto que, de ser así se transgrede el Derecho de la

Constitución, pues a la Asamblea Legislativa no le compete definir su contenido, clausulado y alcances, sino únicamente, aprobarlo si lo estima conveniente, oportuno y legítimo e improbarlo si considera lo contrario.

Bajo esta inteligencia, resulta perfectamente posible separar el contrato administrativo que puede ser impugnado por razones de legalidad (artículo 49 Constitucional) –y, eventualmente, en lo que ha sido admitido por la Sala Constitucional por motivos de inconstitucionalidad (artículo 48 Constitucional)- y el acto legislativo de aprobación que resultaría atacable por razones, exclusivamente, de constitucionalidad, por ejemplo sí existe un exceso y se traduce en una modificación o enmienda, sí recae sobre un contrato administrativo que no tiene por objeto los señalados en el artículo 140, inciso 9), de la Constitución, etc.. Se trata, en consecuencia, de una función accesoria y secundaria de la Asamblea Legislativa que impacta la de gestión y operativa del Ejecutivo, que puede ser ejercida por razones de control y fiscalización.

En nuestro medio se planteó una polémica acerca de los alcances del artículo 140, inciso 9), con motivo de la promulgación de la Ley No. 2465 de 10 de noviembre de 1959, Ley de Industria del Cemento, la que declaró en su artículo 1° de interés público *“la explotación de yacimientos de caliza para la fabricación de cemento, así como las instalaciones que se construyan con ese fin”*. En efecto, inicialmente el texto legislativo aprobado por la Asamblea Legislativa (13 de octubre de 1958) contenía un artículo 2° que disponía lo siguiente: *“Sólo la Asamblea Legislativa podrá conceder permiso para el establecimiento de una fábrica productora de cemento, por lo que el interesado deberá requerir la autorización correspondiente para ese objeto, con indicación precisa del plan técnico y financiero con que operará y presentando los demás atestados necesarios que den clara idea de la magnitud del negocio”*. Frente a ese texto, el Poder Ejecutivo interpuso un veto por razones de constitucionalidad (24 de octubre de 1958), aduciendo que ninguna objeción hubiere existido si la norma estableciera que el contrato para el establecimiento o explotación de fábricas de cemento requiere de aprobación legislativa, sin embargo, al señalarse que se requiere del permiso de la Asamblea, se produce una invasión de funciones, con el quebranto del principio de la división o separación de funciones. Asimismo, el Ejecutivo estimó que el artículo 140, inciso 9), reconoce a ese órgano como

el Poder Administrador por antonomasia y le señala como atribución la de contratar en nombre de la Nación, aunque en determinados supuestos se requiera la aprobación legislativa. Finalmente, después de acogerse el veto, la Ley No. 2465 quedó con un artículo 2º, en los siguientes términos: *“Cualquier interesado en el establecimiento de un fábrica productora de cemento deberá celebrar para ese efecto un contrato administrativo con el Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Agricultura e Industrias (...) Una vez suscrito el contrato, el Ministerio lo someterá necesariamente a la Asamblea Legislativa para su aprobación e improbación (...)”*.

C.- Empréstitos (artículo 121, inciso 15, párrafo 1º)

Los empréstitos tienen en el texto constitucional una regulación diferenciada de los contratos administrativos y, por supuesto, de los tratados públicos y convenios internacionales. En su versión original, en el artículo 121, inciso 15), párrafo 1º, de la Constitución se establecía como atribución de la Asamblea Legislativa la siguiente:

“15) Autorizar al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos y celebrar otros convenios similares que se relacionen con el crédito público, así como aprobar o improbar los que hubieran sido concertados (...).”

Posteriormente, por reforma parcial (Ley No. 4123 de 31 de mayo de 1968), fue reformado en el siguiente sentido:

“Aprobar o improbar los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo”

Los empréstitos son una categoría específica de contratos administrativos –suscritos por el Poder Ejecutivo o un ente público descentralizado- que debe aprobar o improbar la Asamblea Legislativa, como parte de una función de dirección o tutela administrativa y,

sobre todo, de control de los niveles de endeudamiento y, por consiguiente, de fiscalización de algunos índices de la macroeconomía nacional. Nótese que, incluso, el referido precepto constitucional en su párrafo 2º, prevé una aprobación agravada (dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa) cuando se trata de empréstitos o créditos que se financian con capital extranjero.

Sobre el particular resulta muy ilustrativo el Voto de la Sala Constitucional No. 1027-90 de las 17:30 hrs. de 29 de agosto de 1990 –a propósito de una consulta legislativa acerca de un contrato de préstamo y garantía celebrado entre el BID y el ICE en Washington en agosto de 1989, para financiar el Proyecto de Desarrollo Eléctrico II de Costa Rica-, puesto que, en ese pronunciamiento se esclarece la naturaleza jurídica de los empréstitos de la siguiente forma:

“(...) II.- La Sala considera improcedente calificar un "empréstito" o "convenio similar" como "tratado", "convenio", "convención", "pacto", carta "protocolo" o cualquier otro de los términos que los textos, la práctica, la doctrina o la jurisprudencia de Derecho Internacional Público utilizan para designar en general, los negocios jurídicos tendientes a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas públicas que obliguen, limiten o condicionen el ejercicio del poder público en sí mismo, concluidos entre dos o más personas plenas de Derecho Internacional (es decir, Estados, organismos internacionales u otros entes tradicionalmente reconocidos por tales, como los insurgentes, o al menos en los Estados cristianos, la Iglesia Católica o la Orden de Malta). Así por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969- hoy aceptada mundialmente como codificación del Derecho Internacional general en la materia-, define el tratado; genéricamente; como

"un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (art. 2.1 inc. a) por cierto que, como dijo la Comisión de Derecho Internacional, sin que ello implique "la intención de negar, de ninguna manera, que otros sujetos de derecho internacional, tales como los organismos internacionales y las comunidades insurgentes, puedan concluir tratados" (v. arts.1, 2.1 (a) y 3 de la Convención).

III.- En cambio, la denominación de empréstitos designa simplemente los contratos de crédito en los cuales el deudor es un ente público de manera que, tanto lo son aquellos contraídos por el Estado mismo, como deudor, cuanto por sus instituciones descentralizadas, municipalidades, corporaciones o, en general, cualquier persona de derecho público y lo mismo si lo es a favor de un acreedor nacional o extranjero, público o privado, o inclusive, como en el caso de marras, de una entidad, de carácter y con personalidad jurídico-internacionales sin que en uno y otro caso cambien, ni tengan por qué cambiar su naturaleza, alcances o efectos, siempre contractuales en sí mismos -obligación de pagarlos puntualmente y garantizar su cumplimiento-, aunque resulten afectados también, en algún grado, por las reservas de derecho público que acompañan inevitablemente a su especial deudor -procedimiento de promulgación, requisitos de validez y eficacia, inembargabilidad de bienes, etc.-. No tienen, pues, estos contratos por objeto obligar, limitar o condicionar el ejercicio mismo del poder público, del que

incluso podría carecer y casi siempre carece el deudor, ni mucho menos se celebran necesariamente entre dos o más sujetos o personas jurídico-internacionales, todo lo cual es esencial al concepto de "tratado", o cualquiera de sus similares en derecho internacional.

IV.- La Constitución Política hizo con toda claridad la misma distinción. Así, en materia de tratados, lato sensu, adoptó la terminología generalmente aceptada por el Derecho Internacional Público, sin que se suscitara discusiones sobre ella, ni en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 (Actas Tomo II, No. 66, 88, 89, 93 y 100), ni en la Legislativa que aprobó las reformas de 1968 a los artículos 7, 121 inc.4) y 140 inciso 10 en lo que interesa (Ley No. 4123 de 30 de mayo de 1968). Por otra parte, a tono con la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras, con el Derecho Comparado y con la tradición del costarricense desde la Constitución Federal de Centro América de 1824, mantuvo la especificidad de la materia relativa a los empréstitos públicos (art.121 inc.15) y su reforma por la misma Ley No. 4123), sin confundirlos ni permitir que se confundan con los tratados internacionales, aunque separándolos también de la generalidad de los actos o contratos públicos -en general, actos o contratos administrativos (arts.121 inc.14 y 140 inc.19), así como la reforma de éste y las adiciones a los arts.10 y 124, por Ley No. 5702 de 5 de junio de 1975, la del 10 trasladada después al 105 por la No. 7128 de 18 de agosto de 1989)-. Pero esta última distinción, no por la diversa naturaleza de unos y otros -los empréstitos y los contratos administrativos-, sino más bien por sus implicaciones políticas respecto de cuestiones muy sensibles, como las

tributarias y presupuestarias, que los primeros comprometen inevitablemente.

V.- En efecto, sin bien nuestra Constitución ha considerado conveniente regular los empréstitos en una categoría especial, pasando, de un sistema de autorización previa al Poder Ejecutivo para negociarlos, a la exigencia de una votación legislativa calificada para su aprobación en ciertos casos -empréstitos en el exterior o para ser financiados con capital extranjero (art.121 inc.15.2)-, lo cierto es que, al no ser ni poder ser confundidos con tratados internacionales, no pueden tener otra naturaleza general que la de los contratos públicos sujetos a aprobación de la Asamblea Legislativa (regulados en lo general por los arts.124 párrafo 2 y, en su caso, 121 inc.14) 140 inc.19).

VI.- Durante algún tiempo se puso en duda y hasta se calificó erróneamente la naturaleza de tales instrumentos como lo que se denominó "contratos leyes", a los que incluso se llegó a atribuir, a la vez, la inmutabilidad del contrato y la superioridad de la ley. Sin embargo, las reformas introducidas a los artículos 10,- hoy 105- 124 y 140 inciso 19 de la Constitución (Ley cit. No. 5702 de 5 de junio de 1975), establecieron claramente su carácter y régimen jurídicos, meramente "administrativos", así como la naturaleza y efectos de la intervención de la Asamblea en la aprobación de los mismos, no como ejercicio de su función legislativa plena -formal y material-, sino en una de carácter tutelar y, por ende, legislativa formal pero administrativa material. Como dice el texto actual del artículo 124 párrafo 2.

"La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa no dará a esos actos carácter de leyes, aunque se haga a través de los trámites de éstas".

VII.- De la misma manera, mutatis mutandi, la aprobación que la Asamblea Legislativa dé a los empréstitos y otros convenios que se relacionen con el crédito público, de conformidad con el artículo 121 inciso 15 de la Constitución, no les altera su naturaleza administrativo-contractual, ni les exime de su régimen jurídico-administrativo, ni por ende, les confiere el carácter de las leyes, aunque sí lo tenga la que los aprueba en sí. Es evidente que tal aprobación legislativa corresponde más bien a una función tutelar, en ejercicio de un control político sobre el endeudamiento del Estado, que fue una de las preocupaciones del constituyente de 1949, de allí también la exigencia de una votación calificada para el endeudamiento externo. Asimismo esa tutela legislativa, hace posible que en la ley aprobatoria del contrato se adopten normas que faciliten su ejecución, garanticen su cumplimiento o regulen extremos de su vigencia interna, tales como exenciones tributarias para los fondos del préstamo o para los bienes u obras que financia, garantías de solvencia institucional, administrativa y financiera, necesarias sobre todo por la imposibilidad de otorgarlas reales o de obviar la inembargabilidad de los bienes públicos, seguridades respecto de la liquidez y transferencia de los pagos- por ejemplo, contra medidas de inconvertibilidad o respecto de los llamados "riesgos políticos", que no tiene el acreedor por

qué asumir y que, antes que asumirlas le llevarían a negar el crédito-.

VIII.- Consecuencia de todo lo anterior es, ante todo, la de que los contratos de préstamo no pueden significar compromisos de ejercer o de no ejercer el poder público en sí mismo, ni modificar o imponer la modificación de la legislación interna del país deudor en forma permanente, ni mucho menos, establecer condiciones que atenten contra el orden público de ese país. Sin embargo, 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, pero tampoco que los haga inválidos o ineficaces, siempre que tales excepciones sean temporales y razonablemente adecuadas al objeto del contrato, de manera que la desaplicación o excepción de la legislación común tiene como límites, no solamente la Constitución, lo cual es de principio, sino también aquellas normas o principios que correspondan al orden público en su sentido específico."

Un aspecto formal que se ha planteado en torno a los empréstitos, lo constituye el tema de su suscripción por el Poder Ejecutivo –Presidente de la República y Ministro del ramo- o bien por la persona en que ese órgano delegue o apodere expresamente. En el Voto No. 1607-91 de las 15 hrs. de 20 de agosto de 1991 (Considerandos IV, V y VI), el Tribunal Constitucional señala, como principio, que las competencias constitucionales son indelegables y que una delegación provocaría la nulidad absoluta del acto, por incompetencia, lo que constituye un vicio insubsanable. Sin embargo, reconoce que debe existir un remedio a la imposibilidad material para que el Poder Ejecutivo –Presidente y

Ministro- comparezca en el exterior para negociar o suscribir un documento de tal naturaleza, por lo que en razón del principio de proporcionalidad y razonabilidad, es admisible una norma no escrita para reinterpretar la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo, que admita un apoderamiento expreso y formal –que identifique el acto- de ese órgano en el Ministro del sector, el Jefe de la Misión Diplomática o un representante especial para la firma de empréstitos, contratos administrativos y otros actos jurídicos de similar trascendencia, por lo que la ausencia de comprobación del apoderamiento referido es un requisito subsanable pero no soslayable.

De igual forma, en el supracitado Voto No. 1607-91 de las 15 hrs. de 20 de agosto de 1991 (Considerando X), se indica que en cuanto la ley de aprobación sí tiene la condición de tal –y obviamente el empréstito, en sí mismo, no-, puede excepcionar, válidamente, la aplicación de otras leyes, siempre que sea razonable –en la especie, al calificar de actividad ordinaria, sustrayendo de los procedimientos y controles de la derogada Ley de la Administración Financiera y del, también, derogado Reglamento de Contratación, al fondo creado con el empréstito -Contrato de Préstamo Gobierno de Costa Rica-BID, N° 569/0C-CR, entre el Gobierno de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo, destinado al financiamiento de un Programa de Preinversión-. Este aspecto ya había sido abordado en el Voto No. 1027-90 de las 17:30 hrs. de 29 de agosto de 1990 supracitado.

En el Voto No. 2864-92 de las 15 hrs. de 9 septiembre de 1992 –Consulta legislativa del Contrato de Préstamo entre el Gobierno de Costa Rica y el BIRF-BID-, la Sala Constitucional analizó el contenido del empréstito que habilitaba inobservar la licitación pública cuando los valores unitarios de algunas obras o etapas de un contrato administrativo no excedieran de los límites que, a la postre, fijaba el artículo 93 de la ley de la Administración Financiera. Al respecto se estimó que, por vía de tales contratos administrativos parciales, no podía desaplicarse, para casos concretos, una ley de interés público –se refiere a la Ley de Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación, en cuanto calificaban la licitación pública como el medio más idóneo y el instrumento deseable en la contratación- (artículo 129 de la Constitución) y el

procedimiento de contratación definido por el constituyente originario para la construcción de obras públicas (artículo 182 ibidem). En este voto la Sala sostiene que no es factible fragmentar las etapas o las obras de un contrato administrativo –que posee unidad lógica y un solo fin- para someterlas a procedimientos de contratación diversos a los de la licitación pública y sustraerlas de los controles inherentes a ésta. Se señala, igualmente, que el contenido del empréstito no puede condicionar el ejercicio del poder público y modificar permanentemente las leyes, de modo que estimó que tal excepción no resultaba temporal, razonable con el objeto del contrato, el Derecho de la Constitución y el orden público.

En lo tocante a la posibilidad, incluida en el propio empréstito o sus anexos, para que por acuerdo de las partes se modifique el clausulado, en el Voto de la Sala Constitucional No. 2864-92 de las 15 hrs. de 9 septiembre de 1992, se indicó lo siguiente:

“VIII.- (...) El requisito de aprobación legislativa de los empréstitos y otros convenios relacionados con el crédito público, cumple una función tutelar, al ejercer un control político sobre el endeudamiento del Estado. Cualquier modificación que se efectúe entre el Poder Ejecutivo y el Banco, al proyecto de apoyo al Plan General de Educación, siempre y cuando se refiera a aspectos de forma que no alteren de ninguna manera los objetivos básicos del proyecto, podrían efectuarse sin el aval legislativo, sin que esto implique una violación a normativa constitucional, en especial al artículo 121 constitucional. Pero cualquier acuerdo entre las partes contratantes, que conlleve variaciones de fondo o sustanciales al proyecto, deberá hacerse a través del mismo procedimiento de aprobación legislativa observado para la aprobación de este proyecto de ley. Si se interpreta de esta forma y dentro de los límites indicados el aspecto que se cuestiona, no existe en lo señalado ningún problema de constitucionalidad.”

D.- Contratos suscritos directamente por el Poder Ejecutivo (artículo 140, inciso 19)

En esta categoría se incluye la mayoría de los contratos administrativos celebrados directamente por ese Poder de la República –comprende, también, aquellos concertados por el resto de los entes públicos con los particulares-, entre los cuales pueden encontrarse los no establecidos en el inciso 14 del artículo 121 constitucional.

Debe incluirse en esta categoría los que tengan por objeto un bien de la Nación de los apartes a), b) y c) del artículo 121, párrafo primero, concertados con particulares con fundamento en una ley general –v. gr. Concesiones de frecuencias de radio y televisión en virtud de la ley que regula la materia-.

El punto de discusión en cuanto a esta categoría contractual es sí, únicamente, el Poder Ejecutivo tiene competencia para suscribir el contrato administrativo o bien si lo podría hacer un órgano desconcentrado adscrito a una cartera ministerial determinada. Sobre el particular, en el Voto de la Sala Constitucional No. 6240-93 de las 14 hrs. de 26 de noviembre de 1993 , al evacuarse una consulta legislativa sobre el proyecto de Ley de Hidrocarburos, ese Tribunal estimó que la intervención de un órgano desconcentrado resulta inconstitucional, por contrariar el ordinal 140, inciso 19), de la Constitución, dado que, entendió que el “*órgano normal*” de una contratación administrativa lo puede ser el Poder Ejecutivo o un ente descentralizado, pero no un órgano desconcentrado. En el voto citado se señala que el artículo 140, inciso 19), de la Constitución

“V.- (...) inviste al Poder Ejecutivo de competencia constitucional originaria para la suscripción de los contratos administrativos, sea que se convengan con particulares o con otros entes públicos -como contratos administrativos que son-, de conformidad con lo cual, y también a la luz del esquema de separación de funciones de los Poderes del Estado, es potestad privativa del Poder Ejecutivo, específicamente el Presidente conjuntamente con el Ministro del ramo, mientras que el artículo 121 inciso 14), en las materias reservadas por la propia Constitución en virtud de

su importancia capital, no dispone expresamente dicha competencia, cuando la Asamblea Legislativa no opte por otorgar ella misma la concesión, sino por regularla a efecto de que lo haga la Administración; de lo cual, sin embargo, no cabe inferir, ni que el régimen administrativo de unas u otras concesiones sea distinto -incluso en las otorgadas directamente por la Asamblea, como lo prevé el artículo 124, párrafo segundo-, ni que la competencia genérica del Poder Ejecutivo excluya la posibilidad de desplazarla por ley a entidades descentralizadas con personalidad jurídica propia diferente de la del Estado, o a los demás Poderes Públicos, pero sí que toda la contratación de la Administración Central -Poder Ejecutivo, y sus dependencias- debe entenderse reservada constitucionalmente al órgano titular, Presidente de la República y Ministro del ramo respectivo, de manera que sí resulta contrario a las normas o principios dichos de la Carta Magna que se autorice para otorgar concesiones o celebrar contratos administrativos a órganos subordinados de dicha Administración Central, como es el caso de la Dirección General de Hidrocarburos propuesta en el Proyecto. Por esta razón, deben considerarse inconstitucionales las disposiciones de los artículos 3, 4, 10, 12, 13, 16 y 17 en cuanto constituyen la Dirección General de Hidrocarburos, sin salir de la esfera del Poder Ejecutivo mediante el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, con características y competencias que equivalen a las de una persona jurídica pública, con violación de las propias del Poder Ejecutivo en lo que se refiere a la Administración Central, así como las disposiciones de los artículos 3, 4, 5 en su incisos ch) en cuanto a la atribución de celebrar actos y

contratos reservados al Poder Ejecutivo, d) en lo relativo a la referencia a "su patrimonio", e) en lo referente a la disposición de excedentes-, i), lo mismo los artículos 9, 12 y 17, particularmente en cuanto otorgan a la Dirección General y, en su caso, al Consejo Técnico de Hidrocarburos, competencias para celebrar y cancelar las concesiones o contratos en materia de exploración y explotación de hidrocarburos o en conexión con ellas; para contratar empréstitos nacionales o extranjeros; para adquirir, construir o disponer de inmuebles; para percibir o administrar utilidades propias; todo lo cual debe entenderse reservado al Poder Ejecutivo como tal -Presidente de la República y Ministro del ramo-sin perjuicio de las limitadas delegaciones posibles en el titular de la Cartera, en los términos previstos por la Ley General de la Administración Pública (arts. 21 y siguientes), y del asesoramiento de la Dirección General y del Consejo Técnico, a los cuales se puede reconocer también atribuciones administrativas propias en las demás materias."

En nuestro criterio el Voto No. 6240-93 parte de un error conceptual y dogmático importante, el cual consiste en asimilar el Poder Ejecutivo –en cuanto órgano- con el propio Estado, cuando en realidad quién tiene la personalidad jurídica sustancial es el último. La filosofía, el sentido y el fin del ordinal 140, inciso 19), es que la administración activa –que sabe y conoce sus planes, objetivos y fines- sea la que concierte los contratos administrativos. Tanto el Poder Ejecutivo como cualquier órgano desconcentrado adscrito a cualquier Ministerio, no cuentan con personalidad jurídica. La desconcentración es una técnica de transferencia o cambio de competencias que obedece a principios de rango constitucional que nutren la organización y función administrativa como la eficiencia y la eficacia, por consiguiente, no puede estimarse que la atribución, por ley, a un órgano

desconcentrado de la competencia para suscribir un contrato administrativo quebrante el Derecho de la Constitución.

Recientemente, la Sala Constitucional se apartó de lo indicado en el Voto 6240-93, en el Voto No. 831-07 de las 14:49 hrs. del 24 de enero de 2007. En efecto en el Voto No. 831-07 se conoció, entre otros aspectos, la supuesta inconstitucionalidad de la Ley General de Concesión de Obras públicas con Servicios Públicos y de su Reglamento General, en cuanto le confieren al Consejo Nacional de Concesiones la atribución de adjudicar concesiones y suscribir el contrato en nombre de la Administración concedente. Al respecto, la Sala Constitucional estimó lo siguiente:

“IV.- (...) Asimismo no estima la Sala que el legislador haya incurrido en un exceso legislativo que cercene potestades del Poder Ejecutivo, al permitir que órganos distintos al Poder Ejecutivo propiamente dicho, pero que forman parte y cumplen funciones de Administración dentro del Estado, puedan suscribir contratos y contraer obligaciones, pues si bien es cierto el artículo 140 de la Constitución le da al mismo potestades de suscribir contratos, no puede interpretarse que sea sólo al Poder Ejecutivo en sentido estricto, entendido como Presidente de la República y Ministro, a quién corresponda hacerlo de manera exclusiva. Cuando el legislador constituyente ha querido ser excluyente utiliza un lenguaje específico e inequívoco como lo hizo por ejemplo en el artículo 139 Constitucional que dispone. “Son deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República...” En ese sentido, la creación del Consejo Nacional de Concesiones para conocer lo relativo a concesión de obra pública, en tanto órgano desconcentrado del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, no implica una delegación inconstitucional de competencias del Poder Ejecutivo. Se trata de una

desconcentración operada mediante ley a favor de un órgano del mismo Poder Ejecutivo, justificada en razones de oportunidad y conveniencia (...)”.

E.- Procedimientos de contratación y contratos en estados de urgencia y necesidad (artículo 180, párrafo 3°)

Los procedimientos de contratación en circunstancias anormales, esto es, de necesidad o de urgencia –y su desarrollo legislativo- tienen pleno sustento en la Constitución Política.

El artículo 180, párrafo 3°, de la Constitución dispone que *“Sin embargo, cuando la Asamblea esté en receso, el Poder Ejecutivo podrá variar el destino de una partida autorizada o abrir créditos adicionales, pero únicamente para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública (...)*”. A partir de este precepto constitucional –y pese a su limitado alcance-, tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia constitucional han desarrollado la teoría de las circunstancias anómalas o excepcionales o los estados de necesidad y urgencia. Cabe aclarar que en los estados de urgencia o necesidad, el principio de legalidad es desplazado por el de necesidad, de modo que el ordenamiento jurídico normal puede ser desaplicado o sustituido por uno ad hoc y transitorio que debe adecuarse a las circunstancias anormales, el cual admite que las competencias sean trastocadas y la creación de procedimientos –incluidos de contratación- sustitutivos especiales. Lo anterior no significa que tales actuaciones, adoptadas durante el estado de cosas excepcional, se sustraigan del control de legalidad ejercido por la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 49 constitucional) una vez que haya cesado.

La Sala Constitucional, en el Voto No. 3410-92 de las 14:45 hrs. de 10 de noviembre de 1992 (reiterado en los Votos Nos. 2011-98 de las 18:06 hrs. de 24 de marzo de 1998 y 1369-01 de las 14:30 hrs. de 14 de febrero de 2001), hace una distinción importante entre mera urgencia y estados de necesidad y urgencia, entendiendo que solo en el segundo supuesto el principio de legalidad puede verse desplazado y el orden de las competencias variado. Al respecto, señala lo siguiente:

“VII.- (...) el artículo 180 de la Constitución Política, se refiere a verdaderos “estados de necesidad y urgencia” y no a la mera urgencia, que no es otra cosa más que la pronta ejecución o remedio a una situación dada, que se ha originado en los efectos de cómo ha sido manejada ella misma, y, bajo este presupuesto básico, la Sala entiende que lo que el Constituyente plasmó en su norma, es la posibilidad jurídica de que la Administración mediante procedimientos administrativos excepcionales, expeditos y simplificados, enfrente el estado anormal en que se llegue a encontrarse ante un evento de esa índole, y no una simple justificación de los actos que emite. De manera que la norma constitucional bajo análisis, sanciona expresamente las circunstancias de “guerra”, “conmoción interna” y “calamidad pública”, como las que pueden ser objeto de su propio tratamiento de excepción y que deben entenderse dentro de la más rancia definición de fuerza mayor o, a lo sumo, del caso fortuito, es decir, sucesos que provienen de la naturaleza, como los terremotos y las inundaciones, o de la acción del hombre, como tumultos populares, invasiones y guerra, o de la propia condición humana, como las epidemias, eventos que son sorpresivos e imprevisibles, o aunque previsibles, inevitables; se trata, en general, de situaciones anormales que no pueden ser controladas, manejadas o dominadas con las medidas

ordinarias de que dispone el Gobierno. De manera que la “emergencia” que ha contemplado el artículo 180 constitucional resulta ser un concepto jurídico indeterminado, porque no se determinan exactamente sus límites, precisamente a causa de que se está refiriendo a un supuesto de la realidad, que permite concreción o precisión al momento de aplicarse y que se opone, frontalmente al concepto de la simple urgencia (...)

VIII.- (...) Constitucionalmente, lo único aceptable es que se permite un tratamiento de excepción ante la rigidez presupuestaria, con el fin de que el Poder Ejecutivo pueda obtener ágilmente suficientes recursos económicos, materiales o de otro orden, para acudir en socorro de las personas y bienes en inminente peligro, ya sea por guerra, conmoción interna o calamidad pública (...)”.

En este voto, la Sala declaró inconstitucional el artículo 1° de la Ley Nacional de Emergencia No 4374 del 14 de agosto de 1969 y sus reformas –actualmente derogada-, puesto que excluía los conceptos empleados por el constituyente en el ordinal 180 de “guerra”, “conmoción interna” y “calamidad pública” y los sustituía por otros tales como los de “fenómenos naturales”, “epidemia” y “acto humano”. En criterio de la Sala Constitucional, el artículo 180, párrafo 3°, de la Constitución Política es norma suficiente que no requiere desarrollo legislativo para que la Administración enfrente un estado de necesidad y urgencia, sin perjuicio de que la ley y el reglamento desarrollen el tema pero siempre dentro del “sentido unívoco y los límites dispuestos por la norma constitucional”

Debe tomarse en consideración, que en este voto No. 3410-92, la Sala Constitucional le puso término a la práctica viciosa del Poder Ejecutivo de declarar como estado de necesidad o urgencia cualquier actividad ordinaria en la construcción, mantenimiento y rehabilitación de obras y servicios públicos (v. gr. acueductos para el

suministro de agua potable, alcantarillados para la disposición de aguas servidas y excretas, recolección, tratamiento y disposición final de desechos sólidos, electrificación rural, proyectos de vivienda popular, erradicación de tugurios, caminos municipales, puentes, etc.), para ese efecto, el Poder Ejecutivo llegó a emplear conceptos jurídicos tales como los de “contingencia social” o “necesidades impostergables de bien social”. Esa práctica viciada, tenía como propósito sustraer los recursos financieros invertidos y los procedimientos administrativos de la Ley de la Administración Financiera y, en ese momento, del Reglamento de la Contratación administrativa y, en general, eludir la fiscalización ejercida por la Contraloría General de la República. Al respecto la Sala Constitucional estimó lo siguiente:

“XII.- (...) El hecho que la Administración, frente a un desastre natural, no esté obligada a observar los trámites ordinarios de contratación para adquirir los bienes y servicios y adoptar las medidas imprescindibles para superarlo o para socorrer a los afectados, no la desliga del deber de rendir cuentas en los términos ordinarios, cuando el estado de emergencia haya cedido (...)”

Consecuentemente, en criterio de la Sala Constitucional, la prestación eficiente de los servicios públicos puede enmarcarse, a lo sumo, en el concepto de mera urgencia –no en los estados de necesidad y urgencia- el cual no puede excepcionar la aplicación de los procedimientos ordinarios. Sobre este particular, la Sala Constitucional estimó que las inversiones en servicios y obras públicas

“XIX.- (...) escapan al concepto de “estado de necesidad y urgencia”; y por el contrario, todas ellas conforman la materia que ordinariamente debe atender, por los cauces normales de nuestro ordenamiento jurídico, toda la Administración Pública. Si lo que en alguna forma ha incomodado a las diferentes autoridades encargadas, que han utilizado el recurso de la “emergencia nacional” para realizar sus proyectos de inversión pública, es el posible

entramamiento de los procedimientos ordinarios de contratación, lo que les correspondía hacer, era proponer las reformas necesarias para hacer de Costa Rica un Estado moderno en lo que a contratación administrativa se refiere. Pero sustituir el ordenamiento jurídico vigente y aplicable, por un medio expedito que permita sustraerse de la normativa de control, no sólo resulta contrario a lo que dispone el artículo 180 de la Constitución Política, sino además, al artículo 184 ibidem, en lo que atañe a las funciones ordinarias atribuidas a la Contraloría General de la República. La Sala está obligada a distinguir, por lo expresado, entre tres conceptos: “el estado de necesidad y urgencia”, tal cual lo concibe la Constitución Política; “la urgencia” en satisfacer necesidades colectivas, motivadas en razones metajurídicas y “la urgente necesidad” de mejorar los servicios públicos, que por la misma actividad de los entes públicos y por la forma como los ha administrado, se han colocado en estado de inminente necesidad de actualización y mejoramiento. Los dos últimos son problemas atinentes a la forma cómo los concibe y realiza el Poder ejecutivo, que debe resolverlos por los cauces jurídicos ordinarios; el primero, es la excepción constitucional que no puede ser alterada, ni por ley ordinaria, ni por simples decretos”.

La Sala Constitucional en el Voto No. 1557-07 de las 15:36 hrs. de 7 de febrero de 2007, nuevamente, hace referencia a que con fundamento en el artículo 180, párrafo 3°, de la Constitución, la Ley de la Contratación Administrativa en sus artículos 2 bis, párrafo 1°, inciso c), y 80 excepciona de los procedimientos ordinarios de concurso o contratación –o de algunas de sus formalidades-, los casos de urgencia para evitar lesiones del interés público, daños graves o irreparables a las personas y las cosas, con la posibilidad de crear procedimientos sustitutivos.

