

Revista de Derecho Público

No. 4

**Asociación Costarricense de
Derecho Administrativo**

**Julio-Diciembre
2006**



EDITORIAL JURÍDICA CONTINENTAL

Consejo Editorial

María Lourdes ECHANDI GURDIÁN
Óscar GONZÁLEZ CAMACHO
Ronald HIDALGO CUADRA
Manrique JIMÉNEZ MEZA
Ernesto JINESTA LOBO
Aldo MILANO SÁNCHEZ

Director

Aldo MILANO SÁNCHEZ

La Asociación Costarricense de Derecho Administrativo no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista.

La Revista de Derecho Público, está abierta al debate y admite, por lo tanto, variedad de ideas y enfoques. Envíe sus estudios, crónicas o reseñas al correo revista@ascoda.org. Se recomienda ajustarse a nuestra guía para autores antes de enviar sus contribuciones.

Suscripciones, venta directa y pedidos



Editorial Jurídica Continental
Tel. (506) 255-1921

Impreso por



Zeta Servicios Gráficos S. A.
Tel. (506)256-4895
jazcon@racsa.co.cr

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y LIBRE COMPETENCIA

MARIA LOURDES ECHANDI GURDIAN
DOCTORA EN DERECHO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN . I.- CONDUCTAS DE SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA 1.- Actos normativos restrictivos de la libre competencia 2.- Conductas administrativas restrictivas de la libre competencia II.- ACTOS DE LOS OFERENTES RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA 1.- Licitaciones concertadas por ofertas idénticas 2.- Licitaciones concertadas por ofertas de turno.

INTRODUCCIÓN

Al igual que en el caso del mercado privado, en la contratación administrativa debe velarse por el respeto del Principio de libre competencia.

No en vano, la legislación de la materia enuncia como uno de los principios que informan esa actividad, el de libre competencia, según se dispone en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa, disposición reglamentada por el artículo 2 del reciente Reglamento a la citada ley, que define ese principio de este modo:

“Se debe garantizar la posibilidad de competencia entre los oferentes. No deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes”

El enfoque tradicional en este tema, se ha reducido al control de legalidad de disposiciones cartelarias que introduzcan obstáculos a la libre competencia, para lo cual se acude al recurso de objeción al cartel.

De hecho, si bien ese recurso administrativo en realidad está previsto como remedio ante quebrantos a cualquiera de los principios que rigen la contratación administrativa, lo cierto es que, primordialmente, se ha visto como un instrumen-

to para “*remover cualquier obstáculo injustificado o arbitrario a la participación de eventuales proveedores, así como evitar que se confieran ventajas a un eventual oferente en perjuicio de otros (principios de libre competencia e igualdad de trato, consagrados en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa)*”¹.

El objetivo de este estudio, sin embargo, no es centrar la atención en ese ámbito, sino más bien, en otras manifestaciones del Principio de competencia en la contratación administrativa, usualmente inexploradas.

Estimo de interés, más bien, puntualizar dos distintas dimensiones en que conductas del Estado o bien de los oferentes, podrían relacionarse con quebrantos del Principio de libre competencia.

Se trata, por un lado, de los quebrantos ocasionados por el propio Estado mediante disposiciones normativas restrictivas de la competencia o bien producto de conductas activas u omisivas lesivas de esta norma no escrita del Derecho de la Constitución (I).

Por otra parte, es preciso hacer referencia a los quebrantos que pueden ocasionar acuerdos restrictivos de la competencia entre oferentes competidores, en el contexto de los procedimientos de contratación administrativa (II).

¹ Contraloría General de la República, resolución R-DAGJ-006-2000 de las once horas del siete de enero de 2000.

I.- CONDUCTAS DE SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO, RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Dos pueden ser las conductas de sujetos de Derecho público, restrictivas de la libre competencia: los actos normativos (1) y los actos concretos u omisiones (2).

1.- Actos normativos restrictivos de la libre competencia

Contrario a lo que usualmente se cree, el Principio de competencia vincula no sólo a los sujetos de Derecho privado, sino además a todos los poderes públicos.

De este modo, tanto los tratados internacionales, como las normas legales, así como los actos y contratos administrativos, han de ajustarse a la regla que cabe inferir de ese Principio, es decir: lo constitucionalmente permitido, es competir.

Esto ha dado lugar a que se afirme con razón, que el Principio de libertad de competencia, vincula los actos del legislador ordinario, del juez, de las autoridades públicas y de los sujetos económicos participantes en el mercado².

Por ahora, interesa examinar el modo en que el Principio vincula a los Poderes del Estado, en particular, con respecto a la contratación administrativa.

Una muestra de la fuerte vinculación del Principio, puede extraerse de lo resuelto por la Sala Constitucional, a propósito de los términos en que dos convenios internacionales regulaban procedimientos de contratación administrativa.

El primer caso fue resuelto mediante la Res. No. 1559-93 de las 14:57 horas del 30 de marzo de 1993, en la cual, la Sala examinó un Convenio de Préstamo aprobado mediante ley No. 7096 de 27 de junio de 1988.

En ese caso, la Sala encontró que una de las cláusulas del convenio, significaba "...colateralmente, una limitación irrazonable a la libertad de empresa (artículo 46 constitucional), puesto que se dificultará o hará imposible para empresas

costarricenses, participar en la licitación que se viene comentando".

El segundo caso se refiere a una consulta de constitucionalidad referida al Convenio de Crédito Oficial del Reino de España y la Caja Costarricense del Seguro Social.

La consulta fue finalmente resuelta mediante la Res. No. 3375-97, de las 16:03 horas del 18 de junio de 1997, en la cual se debió acudir al mecanismo de la interpretación conforme al Derecho de la Constitución, para eludir la inconstitucionalidad de una disposición del convenio sometido a consulta.

En concreto, se dijo en la resolución, lo siguiente:

"se resuelve que no es contraria al Derecho de la Constitución, siempre que se aplique exclusivamente a bienes y/o servicios de importación, de manera que los bienes o servicios de origen costarricense puedan participar en los concursos respectivos, y en su caso, ser adjudicados en condiciones de igualdad con los de origen español, aunque no puedan financiarse con los fondos empréstados, y así debe advertirse en la ley de aprobación."

Para la Sala:

"...la imposición de una determinada procedencia -en este caso, bienes y servicios españoles- para los productos que se importen con los fondos provenientes de un empréstito, resulta legítimo y no es inconstitucional, siempre y cuando no se excluya a empresas nacionales que pudiesen proveer servicios y productos equivalentes originados en el país. (...) Se evacua la consulta formulada en el sentido de que el artículo 5 del proyecto de ley consultado no es inconstitucional, dado que en el concepto de «legislación común» no está incluido el Derecho de la Constitución; de que la cláusula 2.3 del «Convenio de Financiación entre la Caja Costarricense de Seguro Social y el Banco Bilbao Vizcaya S.A.» no es contraria al Derecho de la Constitución, siempre que se aplique exclusivamente a bienes y/o servicios de importación, de manera

² Véase VICIANO PASTOR, Javier, Libre competencia e intervención pública en la economía. Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal... pág. 208 Vid. DELVOLLE, Pierre, Droit Public de l'Economie, ..., págs.115 y 116.

que los bienes o servicios de origen costarricense puedan participar en los concursos respectivos, y en su caso, ser adjudicados en condiciones de igualdad con los de origen español, aun que no puedan financiarse con los fondos empréstitados, y así debe advertirse en la ley de aprobación.”

En el Derecho comparado, es posible encontrar evidencias análogas, esta vez, relativas a disposiciones legales.

Es el caso de lo resuelto por el Consejo Constitucional francés, el cual decidió anular el párrafo 7 del artículo 3 del Code des Marchés Publics, por estimar que era contraria a las disposiciones de la directiva comunitaria No. 92/50/CEE, que somete los procedimientos de contratación administrativa a reglas de transparencia y de libre competencia. Se dijo en ese fallo, lo siguiente:

“Sur les conclusions dirigés contre le 7 de l’article 3 du code des marchés publics: Considérant que la directive no. 92/50/CEE susvisées soumet la passation des marchés publics de services à des règles de transparence et de mise en concurrence; que si le ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie soutient que les contrats de mandat qui ont pour objet exclusif de confier au mandataire mission de représenter une personne publique mandante n’entrent pas dans le champ d’application des annexes I A et I B de cette directive, el 7 de l’article 3 ne pouvait, sans méconnaître les objectifs de cette dernière, soustraire de façon générale et absolue tous les contrats de mandat à l’application des dispositions du code des marchés public prises pour assurer la transposition des dispositions de cette directive, y compris ceux qui, conclus à titre onéreux, sont passés en vue de la réalisation de prestations d’autres services; que, dès lors, l’Union nationale des services publics industriels et commerciaux, la Fédération nationale des activités de déchet et de l’environnement, le syndicat national des concessionnaires de parcs publics de stationnement, le syndicat national des activités du déchet, la chambre syndicale nationale des fabricants de matériel de nettoyage, de collecte et de traitement des déchets sont fondés à demander l’annulation du 7 de l’article 3”.

En términos análogos se pronunció la Sala Constitucional en la Res. No.998-98, de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, en el cual, como se sabe, se declaran parcialmente con lugar y se anulan por inconstitucionales varios artículos de la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de 2 de mayo de 1995, y varios artículos del Reglamento General de la Contratación Administrativa, número 25038-H de 7 de marzo de 1996.

En lo que acá interesa, la Sala estimó en ese fallo, lo siguiente:

“debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política se derivan todos los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado. Algunos de estos principios que orientan y regulan la licitación son: 1.- de la libre concurrencia, que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece”

En idéntico sentido, se han producido múltiples pronunciamientos, dentro de los cuales se encuentran las resoluciones No.4547-00, a las 15:45 horas del 31 de mayo del 2000, No.8195-00, de las 15:07 horas del 13 de setiembre del 2000 y la No.3816-02 a las 14:53 horas del 24 de abril del 2002.

En lo que a normas infralegales se refiere, es preciso hacer referencia a lo decidido por el Consejo de Estado francés, el cual dispuso la anulación de un decreto ejecutivo, al considerar que presentaba el vicio de exceso de poder, en el tanto restringía la libre competencia. La norma considerada ilegal por el Consejo, atribuía a un único proveedor de servicios, la posibilidad de prestar servicios a una entidad pública competente en el campo de pensiones complementarias.

El Consejo de Estado Francés resolvió en esa oportunidad, en estos términos:

*“Considérant qu'en l'espèce, constitue un abus au sens de l'article 86 le fait de réserver à l'organisme gestionnaire du régime d'assurance vieillesse de base des personnes non salariées des professions agricoles l'exclusivité de la gestion du régime complémentaire de retraite bénéficiant seul en vertu du III de l'article 42 de la loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 de la déductibilité du revenu professionnel imposable des cotisations versées, conduisant ainsi à fausser la concurrence; que l'exclusion ou la restriction de la concurrence sur le marché des produits de retraite complémentaire des chefs d'exploitation et d'entreprise agricoles ne peut être regardée comme justifiée par l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à la caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole.”*³

Para la doctrina francesa, dicho pronunciamiento deja en evidencia *“la inserción del Principio de competencia en el bloque de legalidad que utiliza el juez administrativo para controlar a la administración”*⁴.

También la Sala Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una disposición normativa restrictiva de la participación de interesados en licitaciones públicas.

Se trata de la Res. No. 8195-00, de las 15:07 horas del 13 de setiembre del 2000, en la cual se declara parcialmente con lugar, una acción de inconstitucionalidad planteada en contra de una norma del Reglamento de Contratación de Servicios de Instrucción Técnica del Instituto Nacional de Aprendizaje.

En el fallo se declaró inconstitucional, la frase *«con empresas de personas jurídicas»* contenida en el artículo 1 del *«Reglamento de Contratación de Servicios de Instrucción Técnica del Instituto Nacional de Aprendizaje»* por ser contraria a los artículos 33, 45, 46, 56 y 182 de la Constitución Política, por los siguientes motivos: *“Por infringir los principios constitucionales que*

rigen la actividad contractual del Estado, especialmente los de libre competencia e igualdad de trato- desarrollados por este Tribunal en la sentencia parcialmente transcrita supra-, la imposición de condiciones que restrinjan el acceso a la contratación resulta inconstitucional.”

Como puede verse, no hay duda de que el Principio de competencia, supone un acotamiento de la actividad de los poderes públicos. El Principio representa, en ese sentido, un límite en su actuación, que impide la introducción de disposiciones normativas de cualquier rango, limitativas de la libre competencia en los procedimientos de selección de contratistas por parte de las administraciones públicas.

Todo lo dicho permite señalar, con ALONSO SOTO, que *“...las Administraciones Públicas no podrán adoptar medidas legislativas o reglamentarias que generen restricciones de la competencia no justificadas en función de otros intereses generales o que obliguen o permitan a los operadores económicos la realización de prácticas anticompetitivas”*⁵.

El Principio es entonces, como se ha visto, tanto de un parámetro de legalidad como de constitucionalidad de la actividad normativa de los poderes públicos.

2.- Conductas administrativas restrictivas de la libre competencia

Como lo entiende DU MARAIS⁶, el Principio de competencia abarca en su campo de aplicación *ratione materiae*, *“todas las categorías de actos en todos los dominios de la vida administrativa”*.

Si bien para GONZÁLEZ-VARAS, *“el Derecho de la competencia no puede pretender erigirse en un sistema nuclear de control de la contratación administrativa, a diferencia de lo que han llegado a pretender voces autorizadas en el De-*

³ Conseil d'Etat statuant au contentieux N° 122644, du 8 de novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du décret du 26 novembre 1990 relatif au régime complémentaire facultatif d'assurance vieillesse des personnes non salariées des professions agricoles.

⁴ DU MARAIS, Bertrand, Droit Public de la Régulation Economique, ..., pág. 176. traducción libre.

⁵ ALONSO SOTO, Ricardo, El Interés Público en la Defensa de la Competencia..., pág. 40.

⁶ DU MARAIS, Bertrand, Droit Public de la Régulation Economique, ..., pág. 153. Traducción libre.

*recho comparado (Derecho alemán)*⁷, es lo cierto que al menos en el medio costarricense, la libre concurrencia se manifiesta como uno de los ejes del sistema.

Ese es el balance que resulta del examen de la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense, según la cual, queda prohibida desde la propia Constitución, toda posibilidad de restringir la participación de interesados en procedimientos de compras públicas, por estimarse que ello quebranta el Principio de libre competencia.

Así se ha pronunciado ese Tribunal, entre otras, en las resoluciones No. 1490-92, de las 16:09 horas del 3 de junio de 1992⁸; No.2633-93 de las 16:03 horas del 9 de junio de 1993⁹; No.7321-97, de las 14:54 horas del día 31 de octubre de 1997¹⁰ No.5701-98, de las 9:03 horas del 7 de agosto de 1998¹¹ y No.4547-00, de las 15:45 horas del 31 de mayo del 2000.

De igual forma, en la vía de amparo, la Sala Constitucional ha decidido en diversas ocasiones,

⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, "La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos...", pág. 262.

⁸ En recursos de amparo acumulados establecidos por agencias de servicios de carga aérea, se declararon con lugar y se ordenó sacar a licitación pública, y adjudicar la prestación del servicio aduanero de carga y descarga en las instalaciones aduaneras del Aeropuerto Juan Santamaría, con fundamento en que: «(...) si el recurrido no siguió este procedimiento, se infringió no sólo el artículo 182 constitucional, que preceptúa la licitación como instrumento de contratación del Estado, sino además, el principio de igualdad, en su connotación específica de igualdad de trato para los interesados y potenciales concursantes, limitándose además, indebidamente, la libertad de contratar (derivada de la de comercio), dispuesta por la Carta Política en su norma 46, y con todo ello, al no sujetarse a los procedimientos jurídicos aplicables, violó, también, el principio de legalidad.»

⁹ Se declara parcialmente con lugar el recurso de amparo y se ordena a la Comisión Técnica de Transportes contratar, por medio de los procedimientos de licitación pública, las líneas de transporte remunerado de personas que actualmente explotan mediante simples permisos, con fundamento en que «En relación con los particulares el procedimiento de licitación, en tanto caracterizado por el principio de «publicidad» que lo informa, busca garantizar a los administrados la más amplia garantía de libre concurrencia, en condiciones de absoluta igualdad, en el procedimiento de contratación. El sistema tiende a evitar tratos preferenciales e injustos y el procedimiento de licitación definido por la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, como el medio idóneo y el más deseado instrumento para el trámite de los contratos administrativos», se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones para la Administración Pública y de garantizar la libertad de oportunidades a los interesados y todo ello conforme el llamado principio de legalidad de la contratación administrativa, al que debe sujetarse todo el que quiera contratar con la Administración (véase el artículo 182 de la Constitución Política «[...] de los principios de la más amplia participación de los administrados y de la búsqueda de las mejores condiciones para la Administración, propicia y provoca, de hecho, la creación de monopolios de carácter privado, lo que el Estado está llamado a evitar. Y precisamente el camino para hacerlo, es permitiendo, como se indicó, la mayor participación posible de los particulares interesados, en condiciones de absoluta igualdad, en un procedimiento amplio y cristalino de contratación administrativa.»

¹⁰ Se declaró con lugar recurso de amparo al estimar la Sala que "Se quebranta no solo el artículo 33 de la Constitución Política, sino que también el artículo 46 y el artículo 50 párrafo primero de ese mismo cuerpo normativo. Los rebajos arancelarios otorgados por la Comisión recurrida a ciertos importadores, que no está contradicho, más bien son productores, no solo deben reflejarse en los precios finales al consumidor, sino que también, deben darse luego de ser divulgada la situación del desabastecimiento del arroz, para que cualquier interesado pueda tener oportunidad de participar. (...)no medió en forma alguna una publicación del desabastecimiento a los diferentes interesados como puede interpretarse analógicamente de los artículos 239 y 240 de la Ley General de la Administración Pública, lo que limitó la participación igualitaria de todos los interesados, y lesionó no solo lo dispuesto por el artículo 50 párrafo primero de la Constitución, sino que también el artículo 46 de la Carta Magna".

¹¹ Se declara con lugar el recurso y se ordena al Consejo Nacional de Producción a que defina y comunique al recurrente el tipo de procedimiento de contratación administrativa a seguir en la elección de la empresa que brinde el servicio de transporte de búnker a tal ente, con fundamento en que "debe recordarse el principio general contenido en el artículo 182 de la Constitución Política (ver acta número 164, página número 447 tomo III de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949) según el cual, toda contratación que

declarar la inconstitucionalidad de actos concretos de administraciones públicas, mediante los cuales se ha elegido proveedores, prescindiéndose de un previo procedimiento de selección en libre competencia.

Así se resolvió, por ejemplo, en la Res. No. 4018-95 de las 18:33 horas del 19 de julio de 1995.

En este caso se declaró con lugar el recurso de amparo planteado y se ordenó al Instituto Nacional de Seguros sacar a concurso la prestación de servicios de avalúos y reparaciones de los vehículos asegurados, con fundamento en que esa entidad pública, *“mediante un acto unilateral, prescindiendo del mecanismo concursal que permita, sobre la base de una mayor igualdad, una selección fundada en motivos objetivos, decidió que únicamente los talleres afiliados a las asociaciones ATEP, ACOTEPA Y ANSEA, participaran en el nuevo sistema de valoración y reparación de los daños ocasionados a vehículos asegurados. Así las cosas, independientemente de que no se requiera tramitar el procedimiento licitatorio, hasta tanto la Administración no decida contratar con los talleres, y que todos los talleres puedan participar en los otros sistemas que mantiene el INS para la valoración y reparación de vehículos asegurados, lo cierto es que el Instituto coloca a los talleres que participan en las alianzas en una situación más ventajosa, al convertirlos en la única opción dentro de ese mecanismo que actualmente se promociona con el objeto de corregir los problemas financieros que aquejan al seguro de automóviles..”*

También es el caso de lo resuelto en la Res. No. 7322-97 de las 14:57 horas del 31 de octubre de 1997, en el cual se declaró con lugar el recurso de amparo y se ordenó que a futuro la entidad recurrida debía publicar el desabastecimiento de productos de consumo nacional, tal y como lo impone la libre concurrencia, *“...para que cualquier interesado pueda tener oportunidad de participar”*.

En el medio europeo, idéntica postura se sostuvo en la Sentencia No. C-24/01-P de 7 de noviembre de 2002 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En esa decisión se desestimaron los recursos de casación interpuestos contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de noviembre de 2000, que desestimó a su vez, los recursos planteados en contra de la anulación de la decisión de la Comisión de 1 de abril de 1993, por la que se negaba, por no haber mediado competencia, la aprobación de los apéndices a los contratos que habían celebrado los recurrentes con Exportkhele.

Se señala al conocer el recurso, que en lo que respecta: *“a la obligación de que compitan al menos tres empresas para garantizar el respeto del requisito relativo a la libre competencia, basta recordar que tal requisito aparece expresamente mencionado en el artículo 5, apartado 1, del Reglamento n. 1897/92, disposición en cuyos términos «[los] contratos deben haber sido adjudicados según un procedimiento que garantice la libre competencia. Para ello, las organizaciones compradoras de las Repúblicas, al seleccionar las empresas proveedoras dentro de la Comunidad, tratarán de obtener al menos tres ofertas de empresas independientes entre sí y, al seleccionar las empresas proveedoras en los Países Proveedores no comunitarios, tratarán de obtener al menos tres ofertas de empresas independientes entre sí [...]» 58. Pues bien, en el caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia apreció soberanamente, en el apartado 68 de la sentencia recurrida, que «[los] apéndices a los contratos celebrados con las diferentes empresas comunitarias constituyen, unos con respecto a otros, contratos específicos, cada uno de los cuales debe ser objeto de una autorización por parte de la Comisión». De ello se deduce que el Tribunal de Primera Instancia llegó acertadamente a la conclusión de que se debían tratar de obtener tres ofertas independientes para cada uno de los contra-*

celebre el Estado, tiene que tramitarse por medio del procedimiento de licitación. Lo anterior significa que si bien en determinados casos el Estado está facultado para recurrir a la contratación directa -por ejemplo con respecto a la actividad ordinaria del ente dentro de los montos de ley-, lo cierto es que el procedimiento normal de la contratación administrativa es la licitación. A través de ésta se posibilita una mejor prestación del servicio licitado, por la elección del oferente con mayores ventajas para la Administración, en medio de un procedimiento caracterizado por la más amplia garantía de libre concurrencia en absoluta igualdad de condiciones, que evite tratos preferenciales e injustos.”

tos. A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia observó, en el apartado 74 de la sentencia recurrida, que no había sido así. 59. Por consiguiente, procede desestimar por infundada la primera parte del segundo motivo.”

La sujeción al Principio de competencia de los todos los poderes públicos es, entonces, indudable, de modo tal que se produce por su medio, también, un límite en la adopción de actos concretos de las administraciones públicas.

De hecho, es claro que los actos administrativos que obstaculicen la libre competencia en los procedimientos de contratación administrativa, sin que otros intereses generales de restrictiva interpretación lo justifiquen, vulneran el ordenamiento jurídico, permitiendo su anulación, tanto por razones de constitucionalidad, como de legalidad.

Esa posibilidad queda abierta, en tanto el carácter de Principio que se atribuye a la competencia, hace que integre, de lleno, el bloque de constitucionalidad y de legalidad a que están sujetos los poderes públicos, de modo tal que el acto normativo o concreto que implique, por su contenido, efectos o fin, un quebranto a la competencia, adolecerá de un vicio de nulidad absoluta.

Es claro que a ese vinculación no escapan los pliegos de condiciones que definen las administraciones públicas al dar inicio a los procedimientos de selección de contratistas.

De hecho, en ese sentido, interesa aludir a los términos del Manual de Buenas Prácticas en Contratación Administrativa, aprobado mediante el artículo quinto de la Sesión Ordinaria No. 22-2005 celebrada el 19 de julio de 2005 por parte de la Comisión para Promover la Competencia¹².

Entre otros temas, el Manual incluye unos “Criterios en la elaboración del cartel de licitación”, dentro de los cuales resaltan “evitar imponer condiciones restrictivas que dificulten el libre acceso e imposibiliten la introducción de una verdadera

competencia. Es decir, se deben evitar condiciones que operen como barreras de entrada tanto para agentes económicos nacionales, como para extranjeros, que eviten la competencia dentro del concurso entre agentes legitimados para participar”.

Queda de este modo en evidencia, que la eficacia del Principio de Competencia en materia de contratación administrativa, va mucho más allá del simple examen de los pliegos de condiciones, mediante el recurso de objeción al cartel.

Los alcances del Principio son, como se ha visto, mucho más amplios y se desplazan de modo transversal a lo largo y ancho de la pirámide normativa, en tanto se trata de una norma no escrita del Derecho de la Constitución, que por ello adquiere el carácter de parámetro de constitucionalidad y legalidad, con capacidad de vincular en su actividad a todos los poderes públicos.

II.- ACTOS DE LOS OFERENTES RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que al ámbito subjetivo del Derecho de la competencia se refiere, se estima que las reglas resultan aplicables “a todos los agentes u operadores económicos, es decir, a todas las personas físicas o jurídicas que intervienen en el mercado con posibilidad de incidir en el mismo”.

Esto involucra, entonces a los sujetos de Derecho privado, que deben respetar el Principio de Competencia en el mercado.

Al hacerse referencia a las denominadas prácticas restrictivas de la competencia¹³, la doctrina incluye una variada modalidad de acuerdos entre agentes económicos¹⁴.

Dentro de esa gama de prácticas restrictivas, resaltan, en lo que interesa a este estudio, las

¹² Véase el texto íntegro del Manual en este mismo número, Sección Documentos.

¹³ El concepto de prácticas restrictivas de la competencia “Se refiere a un amplio abanico de prácticas comerciales a las que pueden dedicarse una empresa o un grupo de empresas y que tienen como objeto restringir la competencia entre estas empresas, mantener o mejorar su posición relativa en el mercado y sus beneficios, sin que resulte necesariamente de ello una baja de los precios o una mejora de calidad para los bienes y servicios proporcionados.” CENTRO PARA LA COOPERACION CON LAS ECONOMIAS EUROPEAS EN TRANSICIÓN, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, 1995, pág. 72.

¹⁴ “Se caracterizan así los acuerdos expresos o tácitos concluidos en su mutuo interés por dos empresas normalmente competidoras. Los acuerdos con objeto de restringir la competencia pueden referirse a los

llamadas presentaciones concertadas o licitaciones colusorias, las cuales son *“una forma particular de fijación concertada de los precios, mediante la cual las empresas coordinan sus presentaciones para los mercados públicos y los contratos de suministros”*¹⁵.

En la legislación comparada, es común la tipificación de ese tipo de conductas, como práctica restrictiva de la competencia.

Tal es el caso, por ejemplo de la legislación antitrust de Costa Rica¹⁶, México¹⁷, Panamá¹⁸, Perú¹⁹ y Argentina²⁰.

Indistintamente de esa específica regulación, se ha estimado que conductas de esa naturaleza, también pueden ser objeto de sanción, con

base en la prohibición genérica de fijación de precios o de otras condiciones comerciales que de modo típico se incluye en la práctica totalidad de legislaciones antimonopolio, como sucede, por ejemplo, en España²¹.

Cabe identificar dos tipos de licitaciones concertadas. La primera se refiere a los casos en que las empresas acuerdan presentar ofertas idénticas (1), mientras que la segunda se refiere a los casos en que las empresas oferentes acuerdan que una de ellas presentará la oferta más baja, de tal manera que cada integrante del cartel, obtenga por turno un cierto número o un cierto volumen de mercado fijado de común acuerdo (2).

precios, la producción, los mercados y la clientela. Se asimilan a menudo a ‘ententes’ (cárteles) o a actos de colusión y constituyen, en la mayoría de los países, una infracción del derecho de la competencia, puesto que tienen como efecto aumentar los precios, limitar la producción y van acompañados de otras consecuencias perjudiciales desde el punto de vista económico.” CENTRO PARA LA COOPERACION CON LAS ECONOMIAS EUROPEAS EN TRANSICION, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, ..., pp. 11 y 12. Véase Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas, Ginebra, Naciones Unidas, 2000, p.14

¹⁵ OCDE, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, Madrid, coedición OCDE y ediciones Mundi Prensa, 1995, p.78. En igual sentido véase PASCUAL Y VICENTE, Julio, Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa, Madrid, Civitas, 1era. Ed. 2002, p.255.

¹⁶ Costa Rica

“Artículo 11. (...)

d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.”

¹⁷ México

“Artículo 9.- (...)

IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.”

¹⁸ Panamá

“Artículo 11. (...)

4. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, solicitud de precios, concursos o subastas públicas.”

¹⁹ Perú

«Artículo 6.- (...)

i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.”

²⁰ Argentina

“Artículo 2.- (...)

d) Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos”

²¹ España

“1. Conductas prohibidas.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.”

1.- Licitaciones concertadas por ofertas idénticas

En las licitaciones concertadas, *“las empresas se ponen de acuerdo para presentar ofertas idénticas, eliminando así cualquier competencia a través de los precios”*²²

De modo ilustrativo, interesa citar dos casos conocidos en el medio español, en donde se tuvo por probado que diversas empresas incurrieron en esa práctica anticompetitiva.

El primer caso, fue iniciado de oficio por el Tribunal de Defensa de la Competencia contra Sanofi-Winthrop S.A., Laboratorios Leti S.A., Instituto Berna de España S.A., Evans Medical de España S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A., Laboratorios Nezel S.A. e Instituto Llorente S.A., por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a las Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud.

En esa ocasión, el Tribunal resolvió:

“Primero.- Declarar que en el presente expediente resultan acreditadas las siguientes conductas prohibidas por el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en la concertación de precios de las vacunas antigripales con las que se concurría a los concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud:

- a) En el concurso 2028/92 Laboratorios Nezel S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A., Instituto Berna de España S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. e Instituto Llorente S.A. concertaron el precio de 400 ptas. por dosis.*
- b) En el concurso 2034/93 Laboratorios Nezel S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. y Evans Medical de España S.A. (antes Evans Biológicos S.A. y antes Llorente Evans S.A.) concertaron el precio de licitación de 389 ptas. por dosis.*
- c) En el concurso 2011/94 Laboratorios Nezel S.A., Rhône Poulenc-Rorer S.A. Instituto Berna*

de España S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. y Evans Medical de España S.A. concertaron la presentación al concurso al precio de 389 ptas. por dosis.

d) En el concurso 12010/95 Rhône Poulenc-Rorer S.A., Instituto Berna de España S.A., Laboratorios Leti S.A., Sanofi Winthrop S.A. y Evans Medical de España S.A. concertaron el precio de 462,7 ptas. por dosis.

Segundo.- Imponer las siguientes multas:

- a) A Laboratorios Nezel S.A una multa de 37.050.000 ptas.*
- b) A Rhône Poulenc-Rorer una multa de 14.400.000 ptas.*
- c) A Instituto Berna de España una multa de 18.375.000 ptas*
- d) A Laboratorios Leti una multa de 26.800.000 ptas.*
- e) A Instituto Llorente una multa de 1.050.000 ptas.*
- f) A Evans Medical España una multa de 10.500.000 ptas.*

Tercero.- Intimar a los condenados a que cesen en las conductas que se han declarado prohibidas y a que se abstengan de realizarlas en lo sucesivo.

*Cuarto.- Ordenar a los condenados la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos periódicos de máxima circulación, uno de ellos de ámbito nacional y el otro de Sevilla.”*²³

El segundo caso, iniciado por denuncia del INSALUD de Burgos contra la Asociación de Ortopédicos de Castilla-León y diversos empresarios del sector, se relaciona con acuerdos de concurrir de manera conjunta y con los mismos precios y condiciones, a un concurso para la adquisición de material ortopédico, convocado en régimen de concurrencia de ofertas.

Para el Tribunal de la Competencia español:

“Se trata de una decisión adoptada por una asociación de operadores económicos de un sector (FEDOP) que persigue la aplicación uniforme de precios en todo el país, evitando con ello la exis-

²² OCDE, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, Madrid, coedición OCDE y ediciones Mundi Prensa, 1995, p.78. El subrayado no es del original. En igual sentido véase PASCUAL Y VICENTE, Julio, Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa, Madrid, Civitas, 1era. Ed. 2002, p.255.

²³ Tribunal de Defensa de la Competencia, Expte. 395/97, Vacunas Antigripales.

tencia de competencia. Dicha conducta puede encuadrarse perfectamente entre las decisiones o recomendaciones colectivas que tienen por objeto y producen el efecto de restringir la competencia en todo el territorio nacional, prohibidas por el artículo 1. 1. a) de la Ley de Defensa de la Competencia."

De ahí que se resolvió:

"Primero Declarar que en el presente expediente se ha acreditado que la Federación Española de Ortesistas y Protésistas (FEDOP), al mantener en vigor durante los años 1990 y 1991 el documento «Nomenclatura y Lista de precios», ha incurrido en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en la puesta en práctica de una recomendación colectiva de precios que produce sus efectos en todo el territorio nacional." Intimar a su autor al cese de la misma, bajo apercibimiento de que su incumplimiento será sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Defensa de la Competencia. Imponer a FEDOP una multa de UN MILLON de pesetas.

Segundo "Declarar que en el presente expediente se ha acreditado que la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León ha realizado una práctica restrictiva de la competencia, consistente en la adopción de una decisión para acudir conjuntamente y con un precio unitario al concurso de concurrencia de ofertas para la confección de corsés ortopédicos, convocado por la Delegación Provincial del INSALUD de Burgos, a fin de eliminar la competencia en el acceso, determinar los precios a pagar por el INSALUD y proceder a un posterior reparto del mercado."

Imponer a la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León una multa de UN MILLON de pesetas.

Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una práctica restrictiva de la competencia consistente en la adopción de un acuerdo entre las empresas INVER-

LID, S.A., Ortopedia CALZADA, Ortopedia MARTINEZ NATAL, Centro Ortopédico BURGALÉS, S.L. y CAÑAMARES, S.A. para acudir al concurso de concurrencia de ofertas para la confección de órtesis de tronco, convocado por la Delegación Provincial del INSALUD de Burgos, con idénticos precios y condiciones.

Imponer a las empresas que se indican las siguientes multas: a CAÑAMARES, S.A., 500.000 ptas.; a CENTRO ORTOPEDI-CO BURGALÉS, S.L., 500.000 ptas.; a ORTOPEDIA MARTINEZ NATAL, 500.000 ptas.; a INVERLID, S.A., 500.000 ptas.; y a ORTOPEDIA CALZADA, 500.000 ptas." Tribunal de Defensa de la Competencia Expte. 364/95, Ortopédicos Castilla-León.

En el medio costarricense, si bien no se conoce de caso práctico alguno, cabe destacar que una conducta como la descrita, podría ser sancionada por considerarse una práctica monopolística absoluta, en los términos del artículo 11 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472.

Se trata de una práctica de tipo horizontal, en tanto se da entre agentes económicos competidores, lo cual hace que se sancione duramente, vistos sus efectos altamente nocivos.

2.- Licitaciones concertadas por ofertas de turno

Se entiende por licitaciones concertadas, los acuerdos en que *"las empresas licitadoras designan a aquella que presentará la oferta más baja, de tal manera que cada empresa obtenga por turno un cierto número o un cierto volumen de mercado fijado de común acuerdo"*²⁴.

En este supuesto, *"los miembros del cartel participan en subastas y presentan "ofertas ficticias deliberadamente infladas" con el fin de asegurar que el miembro del cartel a quien según el turno corresponde que se le adjudique el contrato, haga finalmente la oferta más atractiva y quede así seleccionado"*²⁵.

²⁴ OCDE, Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, Madrid, coedición OCDE y ediciones Mundi Prensa, 1995, p.78. El subrayado no es del original. En igual sentido véase PASCUAL Y VICENTE, Julio, Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa, Madrid, Civitas, 1era. Ed. 2002, p.255.

²⁵ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, La Política de la Competencia y las prácticas comerciales restrictivas, Boletín No. 20, TD/B/RBP/INF.36 de 29 de enero de 1996.

De esta forma, resulta evidente que el adjudicatario podrá ofrecer un precio de cartel muy elevado, a diferencia de lo que sucedería en el caso de que existiera libre competencia.

Este tipo de conducta, bien podría calificarse, también, como una especie de la práctica restrictiva de la competencia consistente en la repartición de un determinado mercado.

En el medio español, es posible citar un antecedente en donde se debatió, precisamente, en torno a la existencia de una práctica restrictiva como la mencionada.

El procedimiento conocido por el Tribunal de Defensa de la Competencia español, inició por denuncia de la Funeraria Nuestra Señora de la Esperanza en contra la Asociación de Pompas Fúnebres de Santa Cruz de Tenerife, aduciendo-se que la última incurrió en supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en negarle la inclusión en el sistema de guardias de los hospitales de dicha ciudad.

Para el citado Tribunal, “El acuerdo para la prestación semanal de los servicios funerarios en los hospitales de Santa Cruz de Tenerife por las funerarias de esa ciudad constituye un reparto de mercado prohibido por el art. 1.1.c) de la LDC, de la que son responsables la Asociación de Pompas Fúnebres de Tenerife y las siguientes funerarias y hospitales de Santa Cruz de Tenerife y La Laguna”.

Al conocer de la denuncia, el Tribunal de Defensa de la Competencia español, resolvió:

“Primero.- Declarar acreditada la existencia y realización de una conducta colusoria restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.1 c) de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, **consistente en establecer un turno semanal, que constituye un reparto del mercado**, por parte de la Asociación de Pompas Fúnebres de Santa Cruz de Tenerife, que aprobó sus normas, las **quince empresas funerarias** responsables en concepto de autoras, y los **centros hospitalarios**, como cooperadores necesarios, según se citan seguidamente:

<i>Funerarias</i>	<i>Centros Hospitalarios</i>
<ul style="list-style-type: none"> - Funeraria Sampol - Funeraria El Carmen - Pompas Fúnebres de Tenerife S.L. - Funeraria Trujillo - Funeraria Hipólito Ventura - Funeraria Santa Cruz - Funeraria Teide - Funeraria Juan Delgado - Pompas Fúnebres San Jorge S.L. - Funeraria Ntra. Sra. de la Esperanza (desde 1995) - Funeraria Alianza Canaria - Funeraria Ntra. Sra. de la Victoria - Funeraria Ntra. Sra. de la Salud - Funeraria Ntra. Sra. de Fátima - SERVISA (desde 1991) 	<ul style="list-style-type: none"> - Residencia Candelaria - Hospital Universitario de Canarias - Clínica San Juan de Dios - Clínica La Colina S.L. - Centro Médico Quirúrgico S.A. - Clínica Parque S.A. - Clínica Capote S.L. - Clínicas Tenerife - Hospital Enfermedades del Tórax

Segundo.- Imponer las multas siguientes:

Asociación de Pompas Fúnebres de Santa Cruz de Tenerife	2.500.000 pesetas
Funeraria Santa Cruz	1.000.000 peseta
Funeraria Ntra. Sra. Salud	725.000 pesetas
Funeraria Hipólito Ventura	675.000 pesetas
Funeraria Sampol	500.000 pesetas
Funeraria Trujillo	225.000 pesetas
Funeraria Ntra. Sra. Fátima	475.000 pesetas
Funeraria Juan Delgado	137.000 pesetas
Funeraria El Carmen	100.000 pesetas
Pompas Fúnebres San Jorge	500.000 pesetas
Pompas Fúnebres Tenerife	450.000 pesetas
SERVISA	1.000.000 pesetas
Funeraria Teide	250.000 pesetas
Funeraria Alianza Canaria	250.000 pesetas
Funeraria Ntra. Sra. Victoria	250.000 pesetas

Tercero.- Declarar la existencia de una conducta restrictiva de la competencia del artículo 1.1 a) de la mencionada Ley, **consistente en realizar una recomendación colectiva de los precios de los servicios funerarios, y de su**

aplicación efectiva, de la que son autoras, respectivamente, la mencionada Asociación y las empresas funerarias siguientes: Sampol, Trujillo, Hipólito Ventura, Santa Cruz y Nuestra Señora de la Salud.

Cuarto.- Imponer las siguientes multas:

Asociación de Pompas Fúnebres de Santa Cruz de Tenerife	2.500.000 pesetas
Funeraria Santa Cruz	1.000.000 pesetas
Funeraria Ntra. Sra. Salud	725.000 pesetas
Funeraria Hipólito Ventura	675.000 pesetas
Funeraria Sampo	500.000 pesetas
Funeraria Trujillo	225.000 pesetas

Quinto.- Intimar a la mencionada Asociación y a todas las empresas citadas anteriormente para que cesen de inmediato en las conductas descritas y no vuelvan a realizarlas.

Sexto.- Ordenar la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en dos diarios de información general de máxima difusión, uno nacional y otro de Santa Cruz de Tenerife, a costa de los autores de las conductas, pudiendo hacerlo conjun-

tamente e imponiendo, en caso de incumplimiento, una multa coercitiva de veinticinco mil pesetas por cada día de retraso en la publicación." El resaltado y subrayado no es del original. Tribunal de Defensa de la Competencia Expte. 440/98, Funerarias Tenerife En Madrid, a 28 de septiembre de 1999.

Tal y como es posible comprobar, a partir de la genérica prohibición relativa al reparto de mercado prevista en el art. 1.1.c) de la Ley de

Defensa de la Competencia de España²⁶, se estimó que resultaba posible sancionar licitaciones colusorias por turno.

En el medio costarricense, se trata de una práctica expresamente prevista en el artículo 11 inciso d) de la Ley.

Como se ha estimado en el Manual de Buenas Prácticas en Contratación Administrativa de la Comisión para Promover la Competencia antes citado, son dos los elementos del tipo administrativo: por un lado, las empresas involucradas han de establecer, concertar, acordar o coordinar ofertas o la abstención de las mismas y por otro lado, debe darse una participación o postura de varios agentes económicos.

Como puede observarse, contrario al restringido efecto que se ha tradicionalmente dado al Principio de libre competencia en el ámbito de la contratación administrativa, en realidad, se trata de una norma no escrita del Derecho de la Constitución que está en capacidad de

vincular tanto a todos los poderes públicos, como a los sujetos de Derecho privado que intervienen en el sistema de compras, en calidad de oferentes de las administraciones públicas.

De este modo, el Principio sirve, por un lado, como parámetro de regularidad de la actividad del Poder Ejecutivo, en la negociación de instrumentos internacionales, en la actividad de Poder Legislativo, en su función legisladora y en general, en la actividad del Estado y sus instituciones, a la hora de adoptar actos administrativos concretos y pliegos de condiciones.

Sirve también el Principio, para acotar el campo de acción de los sujetos de Derecho privado, que ven restringida su autonomía de la voluntad, de modo que no podrán acordar con sus competidores en términos tales que frustren u obstaculicen la libre competencia en un procedimiento de selección de contratistas.

²⁶ España

"1. Conductas prohibidas.

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: (...)

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento."

Revista de Derecho Público

No. 4

**Asociación Costarricense de
Derecho Administrativo**

**Julio-Diciembre
2006**



EDITORIAL JURÍDICA CONTINENTAL

Consejo Editorial

María Lourdes ECHANDI GURDIÁN
Óscar GONZÁLEZ CAMACHO
Ronald HIDALGO CUADRA
Manrique JIMÉNEZ MEZA
Ernesto JINESTA LOBO
Aldo MILANO SÁNCHEZ

Director

Aldo MILANO SÁNCHEZ

La Asociación Costarricense de Derecho Administrativo no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de esta Revista.

La Revista de Derecho Público, está abierta al debate y admite, por lo tanto, variedad de ideas y enfoques. Envíe sus estudios, crónicas o reseñas al correo revista@ascoda.org. Se recomienda ajustarse a nuestra guía para autores antes de enviar sus contribuciones.

Suscripciones, venta directa y pedidos



Editorial Jurídica Continental
Tel. (506) 255-1921

Impreso por



Zeta Servicios Gráficos S. A.
Tel. (506)256-4895
jazcon@racsa.co.cr

EL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN EN EL NUEVO RÉGIMEN

ALDO MILANO SÁNCHEZ
Director de la Revista

Sumario.- INTRODUCCIÓN I.- EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA PRECEPTIVO 1.- La Res. No. 3669-2006 2.- El enfoque del Código Procesal Contencioso Administrativo 3.- Los ajustes del nuevo modelo de contratación administrativa en materia recursiva II.- EL RECURSO DE APELACIÓN 1.- Concepto y naturaleza jurídica 2.- Regulación 3.- Requisitos del recurso A.- Requisitos subjetivos B.- Requisitos objetivos C.- Requisitos de la actividad a) Lugar b) Tiempo c) Forma D.- Procedimiento y efectos a.- Procedimiento b.- Efectos

INTRODUCCIÓN

Recientemente, se han producido diversos hechos que hacen recomendable realizar un recuento en torno al actual régimen recursivo imperante en contratación administrativa, en específico, en lo que a la impugnación del acto de adjudicación en licitaciones públicas se refiere.

Dentro de esos hechos, se encuentra, por un lado, lo resuelto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el Res. No. 3669-2006 en materia de agotamiento de la vía administrativa, pronunciamiento que, junto con la aprobación del Código Procesal Contencioso Administrativo (No. 8508), representan un punto de inflexión en la materia (I).

Por otra parte, la reforma a la Ley de Contratación Administrativa (No. 8511) y el nuevo Reglamento de Contratación Administrativa (No. 33411), traen consigo múltiples ajustes normativos, dentro de los cuales se encuentran algunos referidos al trámite del recurso de apelación que merecen ser comentados detenidamente (II).

I.- EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ES PRECEPTIVO

La exigencia del agotamiento de la vía administrativa, que ocasiona la carga al justiciable de formular todos los recursos administrativos ordinarios disponibles, fue objeto de un oportuno cuestionamiento de constitucionalidad por parte de un juez contencioso administrativo, mediante una consulta a la Sala Constitucional.

Se trata de un tema que oportunamente había sido objeto de planteamiento a nivel doctrinal¹ y que, finalmente, vino a ser definido por el Alto Tribunal en términos tales que, hoy día, salvo en supuestos de excepción –uno de ellos, como se verá, la materia de contratación administrativa-, el agotamiento pasa a ser trámite de cumplimiento potestativo (1).

Un enfoque idéntico fue posteriormente acogido por el legislador, mediante el Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA) en los términos que se comentará de seguido (2).

¹ V. MILANO SÁNCHEZ (Aldo), Ensayos de Derecho Procesal Administrativo, San José, Universidad de San José, 1997, pp.94-120. JINESTA LOBO (Ernesto), El agotamiento de la vía administrativa y los recursos administrativos, IVSTITIA, No.s 16-170, enero-febrero, 2000.

1.- La Res. No. 3669-2006 de la Sala Constitucional

La Sala Constitucional, como se ha dicho, censuró el carácter de presupuesto procesal que la legislación contencioso administrativa le concedía al agotamiento de la vía administrativa.

En efecto, en decisión de mayoría, la Sala consideró que *“a la luz de los principios de la supremacía de la Constitución y de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, así como de su eficacia expansiva y progresiva e interpretación más favorable, se entiende que el carácter obligatorio o preceptivo del agotamiento de la vía administrativa riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida ex artículos 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igualdad, puesto que, sólo en el proceso contencioso-administrativo –y no así en el resto de las jurisdicciones- se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional, agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes”*.

La línea de pensamiento de la Sala en esta materia, sólo admite excepciones que dimanen, de modo directo, de la propia Constitución, lo cual se entendió que es lo que sucede, precisamente, en materia de contratación administrativa y municipal.

Se señaló al efecto, lo siguiente:

“VII.- AGOTAMIENTO PRECEPTIVO IMPUESTO POR EL TEXTO CONSTITUCIONAL. *El constituyente originario estableció varias hipótesis en que el agotamiento de la vía administrativa resulta preceptivo, al entender que el órgano o instancia que revisa o fiscaliza un acto administrativo determinado es una garantía de acierto, celeridad y economía para el administrado. En tales circunstancias, se encuentran los numerales 173 respecto de los acuerdos municipales, en cuanto el párrafo 2°, de ese numeral establece que si no es revocado o reformado el acuerdo objetado o recurrido, los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente y 184 en cuanto le reserva a la Contraloría General de la República la jerarquía impropia de los actos administrativos dictados en materia de contratación administrativa. En estos dos supuestos, al existir norma constitucional que le brinda co-*

bertura al agotamiento preceptivo de la vía administrativa no puede estimarse que sea inconstitucional ese presupuesto obligatorio de admisibilidad de un proceso contencioso-administrativo.”

En sentido estricto, bien podría decirse que el supuesto de la contratación administrativa, a diferencia de la materia municipal, no encuentra en la norma citada por la Sala, una expresa regulación. Es decir, no deriva de la letra de las disposiciones del artículo 184 constitucional, un designio manifiesto del Constituyente originario, que disponga la recurribilidad de los actos de adjudicación de licitaciones públicas, ante la Contraloría General de la República.

Desde esa perspectiva, la exigencia del agotamiento de la vía administrativa en materia de contratos públicos, ha sido derivada por la Sala, a propósito de una interpretación sistemática del Derecho de la Constitución, no así literal.

Ha de entenderse que para la Sala, la tarea de la Contraloría General de la República de examinar la legalidad de los actos de adjudicación en procedimientos de compras públicas, se infiere de diversas fuentes, a saber, el artículo 182 de la Constitución Política (CP), referido a los contratos administrativos, el artículo 183, en cuanto a la función de vigilancia de la Hacienda Pública atribuida a la Contraloría General de la República, el artículo 184.5 *ibidem*, en tanto le atribuye al mismo órgano, las competencias que la ley le asigne, una de las cuales es el control, en jerarquía impropia, de los actos de adjudicación de las licitaciones con determinada cuantía.

Ya la propia Sala había inferido como uno de los principios rectores de la licitación, el de control de los procedimientos, *“principio por el cual todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación de los siguientes controles: el jurídico, para comprobar que ninguna entidad o funcionario realice acto alguno o asuma conductas que transgredan la ley...”* (Res. No. 998-98).

Parece posible entender entonces, que el control de legalidad en calidad de superior no jerarca que asume la Contraloría, podría relacionarse de algún modo con esta fuente no escrita del Derecho de la Constitución derivada de modo pretoriano, por la Sala Constitucional.

La duda aflora, sin embargo, en aquellos casos en que no corresponde al Órgano Contralor

conocer del recurso oponible a la adjudicación. Como se ha visto, para la Sala, la compatibilidad de la exigencia del previo agotamiento de la vía en esta materia, se relaciona con la “*garantía de acierto, celeridad y economía para el administrado*” que supone la intervención de un órgano administrativo de superior jerarquía impropia, todo lo cual no se produce, cuando es la propia administración que conoce de los recursos en contra del acto de adjudicación o del recurso de objeción al cartel.

A nivel doctrinal se ha estimado, precisamente, que “*No existe duda para las hipótesis en que debe intervenir ese órgano de fiscalización –la Contraloría General de la República– de relevancia constitucional. La cuestión puede caber para los supuestos en que es la propia administración pública la que debe conocer los recursos, puesto que, en estos supuestos no entra en juego la garantía de acierto y de objetividad del ente contralor. Sin embargo, sí deben considerarse, especialmente, la celeridad y agilidad que debe mediar en los procedimientos de contratación*”².

Desde mi perspectiva, en realidad, la exigencia del agotamiento preceptivo de la vía administrativa, solo prevalece en materia de contratación administrativa, cuando corresponde a la Contraloría General de la República, conocer de los recursos, situación que, mediante la vía de la interpretación sistemática, podría encontrar base constitucional, lo cual, sin duda, no sucede en el caso que sea la propia administración la que, en ejercicio de su poder de autotutela –apenas simbólico–, conoce de los recursos administrativos en contra de los actos de adjudicación o del cartel mismo.

En esos supuestos, no se produce, además, garantía alguna de acierto, celeridad y economía para el administrado, tal y como lo enseña la praxis administrativa, conforme a la cual, la posibilidad de que la propia administración anule su decisión, es casi equivalente a cero.

2.- El enfoque del Código Procesal Contencioso Administrativo

Siendo congruente con ese planteamiento de la Sala Constitucional, el legislador ordinario mantuvo la línea de pensamiento conforme a la

cual, sólo resulta legítimo el agotamiento de la vía administrativa, en tanto sea un trámite de carácter potestativo y ya no preceptivo.

En efecto, según dispone el artículo 31.1 del CPCA, “**1)** *El agotamiento de la vía administrativa será facultativo, salvo para lo dispuesto en los artículos 173 y 182 de la Constitución Política.*”

A esto cabe agregar que, por decisión del legislador, que no de los redactores del Código, se mantuvo inalterado el artículo 90 de la LCA, que dispone:

“Artículo 90.- Agotamiento de la vía administrativa. *La resolución final o el auto que ponga término al recurso dará por agotada la vía administrativa.*

Dentro de los tres días posteriores a la comunicación, el interesado podrá impugnar el acto final, sin efectos suspensivos, ante el Tribunal Contencioso Administrativo, por medio del proceso especial regulado en los artículos 89 y 90 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.

Si la contratación cuya adjudicación se impugna ha sido ejecutada o se encuentra en curso de ejecución, la sentencia favorable al accionante solo podrá reconocer el pago de los daños y perjuicios causados.”

De este modo, tanto por lo dispuesto en el artículo 31.1 del CPCA, como por lo señalado en el artículo 90 de la LCA, la exigencia del agotamiento de la vía administrativa, resulta de carácter preceptivo y tiene los efectos procesales usualmente asignados a ese trámite.

A este respecto, nada más queda por examinar, un aspecto que podría dar lugar a alguna discusión.

Conforme al artículo 31.2 del CPCA, “**2)** *En todo caso, si se opta por apelar la conducta administrativa ante un jerarca impropio, este deberá resolver el recurso administrativo planteado, dentro del plazo máximo de un mes.*”

Como se ha visto, la Contraloría interviene, en materia de contratación administrativa, en calidad de superior jerarca impropio (Res. 3669-2006). Visto el señalamiento recién citado del CPCA, podría entenderse que el recurso admi-

² V JINESTA LOBO (Ernesto), Agotamiento de la vía administrativa y otras gestiones prejudiciales, en El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo, Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006, p.129.

nistrativo de apelación planteado en contra de un acto de adjudicación, debería ser resuelto por el Órgano Contralor, en el plazo de un mes contado a partir de su interposición, operando en caso contrario, el silencio negativo y, de pleno derecho, el agotamiento de la vía administrativa (Art. 31.6 CPCA).

Sin embargo, cabe entender que en materia de contratación administrativa, prevalece una disposición especial y posterior en el tiempo, que atribuye a la Contraloría la potestad de resolver los recursos de apelación de su competencia, en un plazo de “cuarenta días hábiles siguientes al auto inicial” para el caso de las apelaciones de actos de adjudicación de licitaciones públicas y de “treinta días hábiles” cuando se trate de licitaciones abreviadas o de concursos promovidos de conformidad con el artículo 1º de la LCA, plazos prorrogables en casos especialmente complejos, todo ello según doctrina del artículo 89 de la misma Ley, modificado mediante la Ley No. 8511.

Ante todo ello, es posible concluir que en materia de contratación administrativa, no cabe acudir de modo directo al juez de lo contencioso-administrativo, en especial, cuando lo resuelto en fase de selección del contratista, tiene recurso para ante la Contraloría General de la República, de modo que en ausencia de tal trámite, operaría un supuesto de inadmisibilidad de la demanda, al extrañarse un presupuesto de forma del proceso.

Por otra parte, el agotamiento de la vía administrativa en esos casos, ocasiona el inicio del transcurso del plazo de tres días para formular el proceso, sin perjuicio de los plazos de carácter extraordinario, en el caso de que medie un vicio de carácter sustancial.

II.- EL RECURSO DE APELACIÓN

Corresponde de seguido examinar el recurso de apelación oponible al acto de adjudicación que se adopte en ciertos supuestos cuantitativamente dispuestos por el legislador.

Para ello, se deberá examinar, en primera instancia, la naturaleza de este recurso (1), lue-

go los términos en que se encuentra regulado (2) y finalmente, los requisitos de dicha actividad (3).

1.- Concepto y naturaleza jurídica

Voces autorizadas han definido los recursos administrativos, en estos términos:

“Los recursos administrativos son actos de impugnación de un acto administrativo anterior ante un órgano de este carácter, que dan lugar a un procedimiento de revisión. Como los llamadas procedimientos de revisión de oficio (...) también pueden incoarse a instancia de los interesados, la diferencia entre unos y otros radica en que los recursos administrativos constituyen vías de revisión a instancia siempre de interesado, sujetas a plazos, mientras que los procedimientos extraordinarios de revisión están previstos para volver sobre los actos administrativos una vez transcurridos los plazos normales.”³

En efecto, en el caso del recurso de apelación en contra de actos de adjudicación, se está frente a un acto de impugnación planteado ante un órgano de carácter administrativo –la Contraloría General de la República– que da lugar a un procedimiento de revisión de la legalidad de la selección del contratista por parte de la administración activa. Se trata, como se verá, de una actividad sujeta a un plazo ordinario expresamente previsto por el legislador para esta materia.

Se desencadena con ese acto, todo un procedimiento administrativo de carácter recursivo, sujeto a las formalidades previstas por la LCA y su reglamento, sobre todo lo cual se abundará más adelante.

Como se ha entendido con razón, el objeto de todo recurso administrativo “es la impugnación de un acto administrativo anterior”⁴, acto que en la materia que se examina, ha de contar con ciertas condiciones de tipo cuantitativo para ser pasible de dicha impugnación (Art.84 LCA).

Por otra parte, el recurso bajo estudio es un presupuesto de la impugnación procesal, es decir, sin su interposición, se genera un supuesto

³ V. GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús) y GONZÁLEZ NAVARRO (Francisco), Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 2514.

⁴ *Ibid.*

de inadmisibilidad del proceso judicial en lo contencioso administrativo.

Según se ha expuesto atrás, el fundamento del recurso reside para la Sala Constitucional, en la “*garantía de acierto, celeridad y economía para el administrado*” que asegura la intervención de un órgano de relevancia constitucional, en calidad de superior jerarca impropio de la administración autora del acto impugnado. Se trata, con todo, de un fundamento de raigambre constitucional.

Esta intervención de un superior jerarca impropio, hace que se deba calificar al recurso en estudio, como un recurso **de alzada**, al no interponerse ante el mismo órgano que adoptó el acto impugnado.

Se trata, además, de un recurso administrativo de carácter **ordinario**, en cuanto opera frente a cualquier “*infracción sustancial del ordenamiento jurídico*” (Art. 88 LCA), no así, frente a causales taxativamente dispuestas por el legislador, como en el caso del recurso de revisión de carácter extraordinario regido por los artículos 353 a 355 de la Ley General de la Administración Pública (No. 6227).

Para la Contraloría, “*por la vía del recurso de*

apelación es factible plantear tanto nulidades relativas como absolutas, que incidan en el acto de adjudicación o bien, que afecten el procedimiento en general, en otras palabras, que independientemente de la “gravedad de los hechos” el mecanismo a utilizar para solicitar la revisión de un acto de adjudicación es la vía recursiva, especialmente prevista en la Ley de Contratación Administrativa, pues en esta materia no existen “recursos” alternativos”⁵.

Finalmente, se trata de un recurso de naturaleza **especial**, al referirse a una materia en concreto –contratación administrativa–, lo cual hace que no se rija, en principio, por las normas del Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) en materia de recursos administrativos, sobre lo cual se entrará en detalle de seguido.

Sobre ese aspecto, la Contraloría se ha pronunciado en estos términos:

“Esta Contraloría General, mediante resolución No. 108-98 de las 8:00 horas del día 28 de abril de 1998, manifestó que: [...] el régimen recursivo en materia de contratación es especial y está expresamente excluido de la aplicación del Libro

⁵ V. RSL 194-99 de las 9:30 horas del 11 de mayo de 1999. En el mismo sentido, se ha señalado que: “*Este Despacho ha sostenido en forma reiterada que el régimen recursivo en materia de contratación constituye materia reglada a nivel de ley especial como lo es la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento General, y además, por disposición de la Ley General de la Administración Pública, artículo 367.2 inciso b), esta materia se encuentra excluida de la aplicación del libro segundo de esa ley. Así, en resolución R.S.L. N° 415-99 de las 13:00 horas del 23 de setiembre de 1999 se indicó: “La materia relativa a los contratos del Estado se encuentra regulada por la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento General. Dentro de este contexto, la Contraloría General ha manifestado en forma reiterada, que en dichas regulaciones se encuentran previstos los diferentes procedimientos para la concertación de los negocios que interesan a la Administración, las regulaciones básicas en cuanto a derechos y deberes, garantías, prohibiciones, etc., quedando reglado igualmente lo relativo a la impugnación de las resoluciones que emita la Contraloría General en procedimientos de objeción al cartel o de apelación en contra de actos adjudicatorios. Consecuentemente, la materia en cuestión, goza de un régimen recursivo de naturaleza especial, que excluye de su aplicación, los distintos recursos previstos por la Ley General de la Administración Pública. Ello queda de manifiesto del propio artículo 367.2 de la última Ley indicada, al señalar que se exceptúan de su aplicación, en lo relativo a procedimiento administrativo, “Los concursos y licitaciones”. Resulta innegable entonces, que por regla de principio, las resoluciones que se emitan en el trámite de recursos de objeción o de apelación a actos adjudicatorios, no pueden ser impugnados conforme a las regulaciones establecidas en la Ley General de la Administración Pública. Todo ello se confirma con el enunciado de los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, al señalar en su conjunto que los actos que se dicten en procedimientos de contratación administrativa no estarán sujetos al régimen común de impugnación de los actos administrativos, contenido en la Ley General de la Administración Pública y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dentro de los cuales se encuentran los recursos ordinarios de revocatoria y apelación.”(Véanse entre otras, las resoluciones No. 96-97, de las 8:30 horas del 12 de mayo de 1997, No. 147-97 de las 10:00 horas del 30 de julio de 1997, No. 255-97 de las 15:00 horas del 29 de octubre de 1997, No. 108-98 de las 8:00 horas del 28 de abril de 1998). De ese modo, con fundamento en lo anterior, resulta improcedente la admisión del recurso de revocatoria con apelación subsidiaria*

II, de la Ley General de la Administración Pública, conforme a lo dispuesto por el numeral 367, inciso 2, b). En la resolución N°96-97 de las 8:30 horas del 12 de mayo de 1997, este Despacho indicó en lo que interesa: "...En cuanto al recurso de revisión, su aplicación a los procedimientos de contratación administrativa está expresamente excluida, por el artículo 367.2. de la Ley General de la Administración Pública. La materia de recursos es reglada; por tanto este Despacho está inhibido de admitir recursos para los que no tiene competencia..." (en el mismo sentido, véase Resolución N°147-97, de las 10:00 horas del 30 de julio de 1997). Asimismo, en la resolución N°255-97, se indicó, en lo que interesa que "...de conformidad con lo dispuesto por las normas de referencia, en reiteradas oportunidades este Despacho ha manifestado que el régimen recursivo en materia de contratación administrativa es especial, con respecto al previsto para la impugnación de los actos administrativos por la Ley General de la Administración Pública. Conforme a la Ley de Contratación Administrativa, en los supuestos en que esta Contraloría General de la República sea competente para conocer del recurso de apelación, en grado de superior jerárquico impropio, nuestra resolución da por agotada la vía administrativa y abre la posibilidad, en caso de que subsista la inconformidad del apelante, de plantear el correspondiente recurso contencioso especial, previsto en los artículos 90, párrafo 2° de la Ley de Contratación Administrativa, 89 y 90 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La interposición de esos recursos debe ser ejercida dentro de los plazos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa." (ver Resolución N°255-97, de las 15:00 horas del 29 de octubre de 1997). Esa especia-

lidad recursiva, generalmente tratada en relación con el recurso de apelación, es plenamente aplicable a las inconformidades que se presenten en relación con el recurso de objeción, porque la Ley de Contratación Administrativa no prevé ningún recurso especial contra lo resuelto en este tipo de articulación, de modo que debemos estarnos a la normativa general que ha sido citada para el rechazo del recurso interpuesto⁶."

2.- Regulación

En todos los casos, sea que se trate de contrataciones de entes públicos no estatales, administración central o descentralizada, la regulación del recurso es la misma. Es decir, no impera un tratamiento distinto, si la licitación cuyo acto de adjudicación impugnado ha sido promovida por una autoridad municipal, la Proveeduría Nacional o la de una entidad descentralizada.

En todos los casos, imperan las disposiciones de la LCA (Arts. 84-90) y las de su reglamento (Arts. 174-184), únicas aplicables.

Podría agregarse a ese régimen normativo, las disposiciones de los artículos 162 y 181 de la LGAP, en tanto regulan el ejercicio de toda potestad de revisión no jerárquica, como la atribuida en este campo a la Contraloría General de la República, según se ha visto.

3.- Requisitos del recurso

Desde la perspectiva constitucional, se ha entendido con razón que al momento de formular un recurso administrativo, el justiciable hace ejercicio de su derecho de petición y pronta respuesta (art. 27 de la CP), así como de su derecho a una justicia administrativa pronta y cumplida (Arts. 39 y 41 de la CP)⁷.

en contra de lo resuelto por este Despacho, sin perjuicio de que el inconforme acuda a la revisión judicial ordinaria si así lo estima pertinente. Por tal motivo no se entra a conocer sobre el fondo de los recursos planteados." V. de%20Apelacion/R-DAGJ-145-99.DOC» R-DAGJ-145-99 de las 12:00 horas del 7 de diciembre de 1999.

⁶ V. RSL 180-99 de las 11:30 horas del 5 de mayo de 1999.

⁷ Se ha dicho al respecto, lo siguiente:

"III.- DERECHO A UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PRONTO Y CUMPLIDO. Las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades, competencias o atribuciones deben conocer y resolver en la sede administrativa o gubernativa previa, a través de un procedimiento, múltiples solicitudes de los administrados o usuarios de los servicios públicos a efecto de obtener un acto administrativo final, cuyo contenido psíquico puede ser volitivo, de juicio o de conocimiento. Ese acto administrativo conclusivo de un procedimiento administrativo puede otorgar o reconocer derechos subjetivos o intereses legítimos –situaciones jurí-

Esto explica que desde el propio momento en que se formula el recurso de apelación que se comenta, surja un deber jurídico a cargo del Órgano Contralor: dictar resolución expresa en el plazo dispuesto por la normativa aplicable, plazo que representa el parámetro constitucional considerado para determinar la eventual violación de derecho de petición y pronta respuesta.

Se ha señalado que para que ese deber jurídico resulte realmente exigible, han de darse ciertos requisitos. En concreto, se ha dicho al respecto, lo siguiente:

“...para que la Administración, al resolver un recurso, examine la cuestión de fondo que en él se plantea, es necesario que concurren una serie de circunstancias, que son los requisitos del recurso. De no darse esas circunstancias, no será admisible el recurso; pero no en el sentido de que pueda ser rechazado ad limine por el órgano ante el que se presente, sino en el sentido de que la resolución declarará la inadmisibilidad, sin entrar en el fondo”⁸.

dicas sustanciales- (actos favorables) o bien suprimirlos, denegarlos o imponer obligaciones (actos de gravamen o ablatorios). Es lógico y sensato que no puede haber una justicia administrativa inmediata, puesto que, la administración pública y sus órganos requieren de un plazo prudencial para tramitar de forma adecuada la respectiva petición y dictar la resolución administrativa más acertada y apegada a la verdad real de los hechos que constituyen el motivo del acto final. Lo anterior significa que entre el pedimento inicial formulado por el administrado y su resolución final debe mediar un tiempo fisiológicamente necesario (vacatio o distantia temporis), impuesto por la observancia de los derechos fundamentales de aquel (debido proceso, defensa, bilateralidad de la audiencia o contradictorio) y la mejor satisfacción posible de los intereses públicos. No debe perderse de perspectiva que el procedimiento administrativo se define como un conjunto de actos –del órgano administrativo director, decisor y del propio gestionante- concatenados y teleológicamente vinculados o unidos que precisan de tiempo para verificarse. Consecuentemente, la substanciación de las solicitudes formuladas por los administrados requiere de un tiempo necesario que garantice el respeto de los derechos fundamentales de éstos, una ponderación adecuada de los elementos fácticos, jurídicos, del interés particular, de terceros y de los intereses públicos involucrados. Sin embargo, lo anterior no legitima jurídicamente a las administraciones públicas para que prolonguen indefinidamente el conocimiento y resolución de los asuntos que los administrados les han empeñado, puesto que, en tal supuesto los procedimientos se alargan patológicamente por causas exclusivamente imputables a éstas, siendo que los administrados no tienen el deber o la obligación de tolerar tales atrasos y dilaciones indebidas. El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política o a un proceso en un plazo razonable prescrito en el artículo 8, párrafo 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se limita, en el Derecho Administrativo, al ámbito jurisdiccional, esto es, a los procesos que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa creada en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo supremo, sino que se proyecta y expande con fuerza, también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es un imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, pronto, oportuno y cumplidos en aras de valores constitucionales trascendentales como la seguridad y la certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores todos los administrados. Precisamente por lo anterior, los procedimientos administrativos se encuentran informados por una serie de principios de profunda raigambre constitucional, tales como los de prontitud y oportunidad (artículo 41 de la Constitución Política), más conocido como de celeridad o rapidez (artículos 225, párrafo 1º, y 269, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), eficacia y eficiencia (artículos 140, inciso 8, de la Constitución Política, 4º, 225, párrafo 1º, y 269, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), simplicidad y economía procedimentales (artículo 269, párrafo 1º, ibidem). Estos principios rectores de los procedimientos administrativos, le imponen a los entes públicos la obligación imperativa de substanciarlos dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es decir, sin retardos graves e injustificados para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sustanciales invocadas por los administrados por el transcurso de un tiempo excesivo e irrazonable. El privilegio sustancial y posicional de las administraciones públicas, denominado autotutela declarativa y que, a la postre, constituye una pesada carga para los administrados, no debe invertirse y ser aprovechado por éstas para causarle una lesión antijurídica al administrado con la prolongación innecesaria de los procedimientos administrativos.” Res: 2002-08548 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas con veintiocho minutos del tres de setiembre del dos mil dos, entre muchas otras.

⁸ V. GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús) y GONZÁLEZ NAVARRO (Francisco), op.cit., pág. 2521.

Conforme a la normativa aplicable (Art. 86 de la LCA y 178 RLCA), el examen de si se dan o no los requisitos subjetivos y objetivos exigidos por la normativa, ha de hacerse de oficio por parte del Órgano Contralor y en una oportunidad procesal determinada, a saber, “en los primeros diez días hábiles” –art.86 LCA-, “siguientes al vencimiento del plazo para apelar” –art.178 párrafo tercero-.

A propósito de esa disposición, la Contraloría ha entendido estar en capacidad de decidir la inadmisibilidad por carecer el recurso de alguno de los requisitos exigibles al efecto, e inclusive, rechazarlo *ad limine*.

Se ha considerado para ello, lo siguiente:

“Este Órgano Contralor, en aras de evitar el entorpecimiento indebido de la actividad administrativa, está legalmente obligado “...a analizar con todo detenimiento, dentro del plazo de los diez días hábiles posteriores al vencimiento del plazo para apelar, su admisibilidad (la del recurso) y procedencia general, procurando detectar en esta etapa las gestiones manifiestamente improcedentes...”; en términos de la Ley de Contratación Administrativa, sería la valoración y aplicación en tres sentidos; veamos: “La Contraloría General de la República dispondrá, en los primeros diez días hábiles, la tramitación del recurso o, en caso contrario, su rechazo por inadmisibilidad o por improcedencia manifiesta. Esta facultad podrá ejercerse en cualquier etapa del procedimiento en que se determinen estos supuestos” (según artículo 86 de la Ley citada). Sea, deriva de la norma que el Órgano Contralor podrá, en punto al recurso de apelación: a) Rechazar ad portas por improcedencia manifiesta, dentro del plazo dado (ver artículo 93 del Reglamento General); b) rechazar por inadmisibilidad un recurso, que, de conformidad con la línea que desarrolla este despacho se daría cuando del mismo recurso y de la documentación que obra en expediente se estime que existen suficientes elementos de juicio en sentido contrario a las argumentaciones del apelante (Ver, entre otras, la R-DAGJ-453-2003, de las 11:00 del 23 de octubre del 2003) y, c) que, aunque en el plazo para admisibilidad no se haga ejercicio de los aspectos indicados, no existe impedimento para que, una vez cursada la audiencia inicial, se pueda determinar la aplicación de alguno de los dos parámetros (a y b)

ya señalados. Para el caso que nos ocupa, nos quedaremos solo con los criterios de improcedencia manifiesta y de inadmisibilidad. Sobre lo primero, resulta que la Ley de la materia esboza los supuestos existentes. En ese sentido, haciendo una lectura de las normas de rigor, tenemos que el numeral 86 dispone la posibilidad de rechazar el recurso de apelación por improcedencia manifiesta. Luego, el artículo 95 del Reglamento de la Ley dispone los criterios de improcedencia manifiesta. En ese tanto, los indicadores de rechazo ad portas por ese motivo son: a) Cuando el recurso se interpone por una persona carente de interés legítimo, actual, propio y directo. La misma norma explica que carece de legitimación el recurrente que: i) no resulte apto para resultar adjudicatario por ser su plica ilegible o ii) porque aún en el caso de prosperar por el fondo sus alegatos, no sería válidamente beneficiario del negocio de interés por el sistema de calificación utilizado; en otras palabras, se impone una suerte de probanza de la aptitud (mejor derecho) para ganar el procedimiento concursal (valga acotar que dentro de este supuesto del artículo 95.1 del Reglamento General de Contratación Administrativa se pueden dar otros desarrollados básicamente por la doctrina y la jurisprudencia, por ejemplo, la imposibilidad de recurrir contra actos preparatorios, preclusión procesal, entre otros); b) cuando la argumentación del recurrente se base sobre criterios donde la Contraloría General ya haya adoptado una posición en sentido contrario a los intereses de quien apela y no haya mérito para modificarla; c) el recurso se presente sin la fundamentación exigida por el numeral 88 de la Ley de Contratación Administrativa. Tal falta de fundamentación sería cuando no se indica con precisión la infracción sustancial del ordenamiento jurídico o cuando se discrepa de las valoraciones técnicas o apreciaciones que sirven de sustento al acto de adjudicación, mas no se rebate de manera razonada, de ser posible mediante prueba (dictámenes o estudios), los estudios o la fundamentación legal, técnica o de conveniencia que utiliza la administración para adjudicar; d) cuando se previene el mantener vigente la rendición de la garantía de participación y/o la vigencia de la oferta, y no se obre de conformidad y, finalmente, e) cuando el recurso se presenta fuera de tiempo. Por otro lado, solo por reiterarlo, la normativa establece (en el artículo 86 de la Ley

de Contratación Administrativa) la posibilidad de rechazar ad portas cuando el recurso es inadmisibile. Para este supuesto este Despacho ha señalado: "el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa establece una doble obligación al realizar el análisis de las gestiones interpuestas, distinguiendo dos supuestos que serían la inadmisibilidad y la improcedencia manifiesta. Al respecto indica ese numeral (...) Ahora bien, las gestiones recursivas pueden resultar inadmisibles entre otros casos, cuando de la lectura de los argumentos del apelante y de la revisión del expediente administrativo pueda desprenderse que no le asiste razón en el fondo de lo reclamado, de tal suerte que pueda determinarse que su recurso no podría ser declarado con lugar en la resolución final sin perjuicio de que ostente la legitimación para recurrir. (...) rechazando por inadmisibles entre otros, aquellos supuestos en que la Contraloría General determine que el recurrente no llevaría razón en el fondo de sus alegatos aun cuando se procediera a tramitar el recurso; esto implica incluso que se pueda superar el análisis de improcedencia manifiesta por falta de legitimación previsto por el artículo 95.1 del Reglamento General de Contratación Administrativa, pues bien puede ocurrir que el recurrente la ostente y aun así su recurso sea inadmisibile"⁹.

A.- Requisitos subjetivos

Es preciso examinar, a propósito de los requisitos subjetivos que imperan en este tipo de impugnación, cuál es el órgano administrativo competente para resolverlo (a) y quienes los sujetos legitimados para incoarlo (b).

a.- El órgano competente para conocerlo

Como se ha visto, inclusive a propósito de disposiciones de carácter constitucional, no queda duda que en todos los casos, el órgano competente para resolver el recurso, siempre será la Contraloría General de la República.

Dicha competencia dimana de las disposiciones contenidas en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política; artículos 1, 34, y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 84 de la LCA.

Mediante el Reglamento Orgánico de la Contraloría General de la República dispuesto por el Despacho de la Contralora, mediante resolución de las ocho horas del veinticuatro de enero de dos mil seis, se distribuyó a lo interno de la entidad, la competencia de resolución de los recursos de apelación.

De este modo, según se señala en el artículo 42.1 del citado Reglamento, corresponde a la División de Contratación Administrativa, "Atender las competencias que en materia de compras del Estado y actividad contractual tiene asignadas a la Contraloría General de la República de conformidad con los supuestos establecidos por el ordenamiento jurídico, promoviendo desde sus competencias la eficiencia y adecuado control de dichos procesos como mecanismos para mejorar la gestión pública."

A partir de esta regulación, se le reconoce a dicha División, entre otras atribuciones, la de "Conocer y resolver en condición de superior jerárquico impropio las impugnaciones que se presenten en los distintos procedimientos de contratación, de acuerdo con la ley vigente".

Interesa destacar, en ese sentido, que según el artículo 45 del mismo Reglamento, "Los recursos de apelación de mayor relevancia y trascendencia a nivel nacional, serán resueltos por una instancia colegiada compuesta por tres funcionarios, necesariamente abogados, de acuerdo con la reglamentación que al respecto se emitirá mediante resolución del Despacho de la Contraloría General".

Dicha reglamentación, se dispuso mediante resolución de Despacho de la Contraloría General de las diez horas del veinticinco de enero de dos mil seis, la cual, en lo que interesa, dispone:

"Artículo 3°—Funciones colegiadas en materia de contratación administrativa.

1) El cumplimiento de las funciones que le encomienda el ordenamiento jurídico en materia de contratación administrativa lo realiza la Contraloría General de la República a través de la División de Contratación Administrativa, sin perjuicio de las potestades de la Contraloría y Subcontraloría Generales.

2) Serán resueltos colegiadamente los actos que pongan fin a los recursos de apelación interpues-

⁹ V. R-DAGJ-598-2003, de las 14:00 horas del 19 de diciembre del 2003.

tos en procedimientos de contratación administrativa. Los demás actos en la materia citada serán dictados por los funcionarios designados para esos efectos, según la distribución interna de funciones de la División, sin perjuicio de lo que disponga el Contralora General.

3) El colegio estará integrado por el Gerente de División y dos Gerentes Asociados, que deberán ser profesionales en Derecho. El Gerente de División presidirá el colegio, y en sus ausencias será sustituido por otro integrante del colegio que él designe. Los tres integrantes del colegio tendrán igualdad en voz y voto. El quórum para la validez de las deliberaciones del colegio lo constituyen sus tres miembros. Las decisiones del colegio se adoptarán por mayoría simple. Los votos salvados se consignarán por escrito y se notificarán con la resolución de fondo, la cual deberán suscribir todos los integrantes del colegio. El Gerente de División definirá la lista de suplentes para la integración del colegio, en caso de ausencia de alguno de sus integrantes titulares.

4) Los integrantes del colegio tendrán a su cargo un equipo de profesionales, quienes podrán suscribir las resoluciones de trámite que se dicten en los procedimientos bajo su conocimiento. La conformación de los equipos de profesionales la hará el Gerente de División.”

b.- Sujetos legitimados para interponer el recurso

El artículo 85 de la LCA y 176 del RLCA, regulan la legitimación desde una perspectiva de naturaleza subjetiva, no así objetiva.

El artículo 85 de la LCA, atribuye legitimación para incoar el recurso, a “toda persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo”. Se dice además, que “...estará legitimado para recurrir quien haya presentado oferta en nombre de un tercero, que ostente cualquier tipo de representación”.

Sobre el último supuesto, el artículo 176 del RLCA entra en mayor detalle, al señalar que “Dentro de este último supuesto, se entenderá en todo caso a quien haya sido acreditado regularmente dentro del expediente de licitación como representante de casas extranjeras”.

En cuanto a ese tema, la Contraloría se había venido pronunciando antes de la reforma del RLCA, en estos términos:

“De una lectura de lo dispuesto en el artículo 95.1 del Reglamento General de Contratación Administrativa dispone que se entiende carente de legitimación el apelante que no resulte apto para ser adjudicatario, sea porque su propuesta resulte ilegible o porque aun prosperando su recurso no sería beneficiado con la adjudicación; es decir, el recurrente siempre debe acreditar su aptitud para resultar adjudicatario (véase en ese sentido las resoluciones RC-362-2002 de las 14:00 horas del 7 de junio de 2002, RC-601-2002 de las 12:00 horas del 18 de setiembre de 2002) y como en este caso, siendo excluido la elegibilidad de su oferta (véase al respecto la resolución No. RC-749-2002 de las 14:00 horas del 13 de noviembre de 2002);” R-DAGJ-213-2004 de las catorce horas del veintitrés de abril de dos mil cuatro.

A propósito de la reforma de reglamentaria que operó en la materia, se ha establecido el vicio de falta de legitimación activa como un supuesto de improcedencia manifiesta, que podría dar lugar, “en cualquier momento”, al rechazo de plano del recurso (Art. 180.a) del RLCA).

En efecto, como lo entendió en su oportunidad la más autorizada doctrina nacional,

“Es no legitimado quien, pese a su oferta, no puede reputarse oferente, por adolecer su persona o su proposición de requisitos legalmente necesarios al efecto. Esos defectos son básicamente los que provienen del desajuste de la oferta con el pliego de condiciones (generales o particulares), y, en general, con el régimen jurídico que la regula (ley, reglamentos, etc.), pero pueden aludir también al oferente...”¹⁰

Con sustento en todo ello, se ha negado legitimación, por ejemplo, a quien no fue oferente en el concurso cuyo acto de adjudicación se impugnó¹¹; a quien no cuestiona la calificación que

¹⁰ ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Tesis de Derecho Administrativo, Tomo III, Editorial Stradtman-Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2002, pág. 144.

¹¹ Se ha dicho al respecto,

“Por consiguiente, rechazamos la “acción de nulidad” interpuesta por AUTOCHIC, Sociedad Anónima, que erróneamente la accionante entendió admitida al contestar la prevención formulada al respecto, por tratarse

se le atribuyó a su plica, la cual era inferior que la de la adjudicataria¹², así como a aquellas oferentes que no alcanzan el puntaje necesario para aspirar a ser adjudicatarias¹³.

B.- Requisitos objetivos

Es preciso examinar, de seguido, los requisitos objetivos que imperan en esta materia, en concreto, cuáles son los actos impugnables (a) y los motivos del recurso (b).

a) Actos impugnables

En materia de contratación administrativa, el recurso de apelación, como se ha venido señalando, cabe, tan sólo, en contra de la adjudicación decidida en determinados concursos.

La adjudicación, se ha entendido, *“Es la aceptación de la oferta mejor, que perfecciona el con-*

*trato con ésta y que, eventualmente, contiene la proclamación definitiva de la misma”*¹⁴.

Ahora bien, el régimen costarricense opta por definir como impugnables por la vía del recurso de apelación, tan sólo algunas decisiones de adjudicación, según sea la cuantía del presupuesto para compra de bienes y servicios de la administración licitante (Art. 23 LCA) y la cuantía del renglón o renglones impugnados (Art. 84 LCA).

De este modo, indistintamente de si se trata de una adjudicación decidida en una licitación pública (Arts. 41 a 43) o una licitación abreviada (Arts. 44 a 46) o en un concurso promovido conforme al párrafo segundo del artículo 1º de la LCA, lo determinante es si se está dentro de los supuestos cuantitativos –límites- previstos en el artículo 84 de la LCA en relación con los artículos 174 y 175 del RLCA.

No resulta admisible el recurso, entonces, en contra de decisiones de adjudicación que se en-

de un acto para cuya revisión existe un procedimiento especial y por carecer la empresa de interés legítimo, al no ser –por sí misma- oferente en la licitación de marras”. V. RSL 194-99 de las 9:30 horas del 11 de mayo de 1999.

¹² Sobre el punto, la Contraloría ha resuelto:

“La impugnante no cuestiona en su recurso el puntaje que se le asignó a su plica, por lo que debemos concluir que, en caso de que prosperara la apelación por ella interpuesta, no podría ser válidamente beneficiada con una eventual readjudicación. [...] A mayor abundamiento de razones, procede declarar que en el recurso que por este medio se conoce, la impugnante no adujo ni mucho menos demostró la existencia de vicios capaces de producir la nulidad absoluta del acto de adjudicación dictado o del procedimiento concursal seguido. Así las cosas, se concluye que la apelante no acreditó en su recurso su aptitud para resultar readjudicataria, por lo que procede revocar la audiencia inicial concedida por este Organo Contralor, mediante auto de las 15:30 horas del día 4 de febrero de 1999, y rechazar de plano, por improcedencia manifiesta, la apelación instaurada [...]”. V. ado/Resoluciones%20de%20Recursos%20de%20Apelacion/RL85-99.DOC» RSL 85-99 de las 11:00 horas del 12 de marzo de 1999.

¹³ Entre muchos otros casos, se ha entendido al respecto, lo siguiente:

“Tenemos que solicita la firma impugnante [...], en síntesis, que se le acrediten un total de 20 puntos respecto de distintos rubros, pero este Despacho, una vez analizado el expediente administrativo del presente concurso, ha verificado que a la oferta de la firma adjudicataria el INS le asignó un total de 93.73 puntos, y a la plica base de esta recurrente le otorgó un total de 68.00 puntos y a sus propuestas alternativas números 1, 2 y 3 les asignó un total de 67.31, 67.17 y 66.50 puntos, respectivamente (ver el “DETALLE DE LA EVALUACION DE LOS OFERENTES LICITACION PÚBLICA N°76-98 ‘ESTACIONES DE TRABAJO’”, en expediente administrativo), por lo que, de sumarse los 20 puntos que la apelante echa de menos en los puntajes aludidos, no alcanzaría al puntaje obtenido por la oferta de la adjudicataria. Así las cosas, debemos concluir que, en caso de que prosperara el recurso de apelación interpuesto por la firma [...], no podría ser válidamente beneficiada con una eventual adjudicación –en este caso readjudicación-, de acuerdo con los parámetros de calificación que rigen el presente procedimiento licitatorio, en tanto no alega –ni mucho menos demuestra- que a la oferta de la adjudicataria haya que restarle puntos, ni que, al sumarle los 20 puntos a la calificación de la impugnante, ocupe un lugar por encima de aquella propuesta. Asimismo, tenemos que, aparte del alegato arriba referido, relativo a la puntuación, la recurrente no adujo en su apelación la existencia de vicios esenciales o significativos capaces de excluir la plica de la adjudicataria, del presente concurso, por lo que se concluye que la impugnante no acreditó en su recurso su aptitud para resultar readjudicataria. Por lo anteriormente expuesto, procede rechazar de plano, por ser manifiestamente improcedente, la apelación instaurada por la empresa arriba referida.” V. RSL 39-99 de las 13:00 horas del 4 de febrero de 1999.

¹⁴ V. ORTIZ ORTIZ (Eduardo), op.cit., pág. 195.

cuentren fuera de los límites cuantitativos previstos por la normativa, como tampoco, si se trata de un acto de carácter preparatorio. En efecto, se ha entendido al respecto, que

“De la letra de los numerales 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 90 y siguientes del Reglamento General de Contratación Administrativa, deriva la posibilidad de que los actos de adjudicación en materia de contratación administrativa puedan ser recurridos por quienes ostentan un interés legítimo, actual, propio y directo. Tal aspecto de orden procesal debe, irremediablemente, relacionarse, para determinar la procedencia del recurso ante el órgano contralor, con la cuantía adjudicada. En ese sentido, dispone la resolución de las ocho horas del dieciséis de diciembre del dos mil dos del Despacho del Contralor General: “V.- El parámetro a utilizar para definir la procedencia del recurso de apelación, es el de los montos vigentes al momento de la adjudicación” (ver La Gaceta n.º 1 del jueves 2 de enero del 2003), por lo que se puede afirmar, entonces, que es el monto adjudicado el que define la instancia que debe conocer de un determinado recurso en contra de un acto de adjudicación. Así las cosas, el escrito puede proceder ante Contraloría General como recurso de apelación o, en su defecto, ante la propia entidad que tramita el procedimiento de compra pero como recurso de revocatoria. Ahora, como en la especie se recurre en contra de un “acto administrativo” en aras de evitar que se declare desierto el concurso, según las palabras del señor recurrente, conviene delimitar que se comprende por acto de adjudicación que es el posible de ser recurrido. Así, se trata del “... acto por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual que completa el ciclo generador del acuerdo de voluntades.” (ver reseña citada por DROMI (Roberto). Licitación Pública, Argentina, 2 da edición, 1999, p. 419). Nótese, enfatizamos, que el acto de adjudicación pone fin al procedimiento concursal desarrollado. Por otro lado, una vez dictada esa adjudicación, surgen una serie de consecuencias jurídicas; de esta manera, nace un de-

recho subjetivo del adjudicatario de frente a la administración pública, se da el deber de pactar el objeto licitado solo con ese oferente, el cartel seguirá siendo ley de partes, está la posibilidad de pagar daños y perjuicios por desistimiento de la licitante antes de la perfección del contrato o su rescisión ulterior por su culpa, paralelamente, los otros cotizantes pueden retirar sus plicas, pero, sobretodo, las garantías de participación, surge la posibilidad de impugnar el acto dictado por parte de quienes posean legitimación, entre otros. Ahora, en doctrina se conoce que, previo al dictado de la adjudicación, pueden darse etapas consultivas que ayudan a madurar la última decisión. En ese sentido señala el autor supra citado la existencia de la calificación, la preselección y la preadjudicación, los tres denominados como actos preparatorios que no pueden ser entendidos como el acto de adjudicación posible de ser recurrido, aunque en el caso argentino, por ejemplo, se reconoce la impugnación de la preadjudicación pero ante la misma entidad que tramita el concurso (ver el libro citado en página 414). Para esto, valga conocer que: “...los recursos tienen como presupuesto la existencia de un acto de carácter decisorio y los actos preparatorios de decisiones finales –que no deciden adjudicaciones, por ejemplo– solamente son impugnables si fueren susceptibles de ocasionar un gravamen irreparable. La preadjudicación, si bien no es susceptible de ser revisada por la vía recursiva, sí lo es por medio de la impugnación”. Y agrega “la preadjudicación es uno de los actos preparatorios de la voluntad de la Administración, que se opera dentro de una sucesión de pasos que conducen desde la presentación de ofertas hasta la adjudicación final...” (ver el mismo supra indicado, página 415). Sobre el procedimiento que nos ocupa: el recurrente se dirige en contra de un acto administrativo surgido en la tramitología propia del concurso pero no en contra del acto de adjudicación porque este aún no se ha dictado. Por lo anotado, el procedimiento que nos ocupa aún no posee la configuración final de la voluntad administrativa, sea el acto de adjudicación por lo que, técnicamente no podemos considerar el documento técnico-legal recurrido como el acto dicho”¹⁵.

¹⁵ V. R-DAGJ-356-2003 de las 15:30 horas del 16 de setiembre de 2003. En sentido análogo, se ha resuelto lo siguiente:

“Más bien pareciera que el término aplicable es el de preadjudicación, donde ya hay un estudio técnico y falta

Ahora bien, una de las más importantes innovaciones del RLCA en cuanto al recurso de apelación, se encuentra en el hecho de que, mediante el artículo 174 párrafo segundo, se dispone que el recurso cabe, ya no sólo en contra de la adjudicación que se encuentre dentro de los límites cuantitativos establecidos por el artículo 84 de la LCA, sino también, en contra del “acto que declare infructuoso o desierto el concurso”, con lo cual se acoge la tesis esgrimida por la Contraloría, en el oficio No. 1756 de 25 de febrero de 2003¹⁶ y se descarta la que la contradice que era mayoritaria.

Aún en estos casos, sin embargo, imperan los límites cuantitativos previstos para el caso del recurso de apelación, para lo cual se estableció que “Cuando se haya declarado desierto o infructuoso la totalidad de un concurso, o bien, algunas de sus líneas, para determinar el recurso a interponer, se considerará el monto ofertado por quien decide recurrir” (Art. 175 párrafo tercero).

b) Motivos del recurso

Tal y como se ha venido señalando, el recurso de alzada en comentario, se plantea ante un superior no jerárquico.

De conformidad con el artículo 180 de la LGAP, “Será competente, en la vía administrativa, para anular o declarar la nulidad de un acto el órgano que lo dictó, el superior jerárquico de mismo, actuando de oficio o en virtud de recursos administrativo, o el contralor no jerárquico, en la forma y con los alcances que señale esta ley”.

Acto seguido, el artículo 181 *ibídem*, dispone que “El contralor no jerárquico podrá revisar

la legalidad de acto y en virtud de recurso administrativo, y decidirá dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente, pero podrá aplicar una norma no invocada en el recurso”.

A propósito de estas disposiciones, se ha entendido que el recurso en estos casos presenta un carácter limitado al examen de aspectos de legalidad, quedando excluidos los referidos a la oportunidad o conveniencia del acto administrativo¹⁷. Esto excluye, entonces, toda aquella alegación que no se ciña a un análisis de legalidad pura y se introduzca en el ámbito de la oportunidad y conveniencia, circunstancia de por sí inverosímil en el marco de un recurso de apelación.

Efectivamente, desde que en un ejercicio discrecional de la potestad de la administración de definir las reglas de juego, se generan las reglas de selección del contratista, la impugnación de la adjudicación, siempre ha de referirse a aspectos de pura legalidad: se aplicó o no la norma prevista en el cartel a la hora de calificar la oferta elegida o la de la parte que formula el recurso. Es decir, una vez establecido el cartel, la administración ha vaciado de contenido discrecional su actividad, para pasar a ser ésta, netamente reglada. Sucesivamente, toda discusión en torno a su actividad de selección de contratista, pasa a ser de legalidad y no de oportunidad y conveniencia.

Por otra parte, de modo reiterado se ha entendido que priva en la materia, el Principio de Preclusión, de modo que, por ejemplo, aquellas alegaciones que atañen al recurso de objeción al cartel, no son de recibo en un recurso de apelación¹⁸.

por abrir, por ser el sistema así, el segundo sobre, sea el que contiene la propuesta económica. Solo una vez que se publica o da a conocer el resultado de la negociación en punto al precio llevado a cabo entre la administración y la empresa que ocupa el primer lugar en el orden de mérito, es que podemos hablar de acto de adjudicación, antes no ya que pueden presentarse anistas como que el precio sea excesivo o supere el presupuesto destinado y deba la administración desistir de ese oferente, pasando a considerar a la segunda empresa mejor puntuada. Por lo anotado, el procedimiento que nos ocupa aún no posee la configuración final de la voluntad administrativa, sea el acto de adjudicación por lo que, técnicamente no podemos considerar el documento técnico no objetado por el Banco Interamericano y comunicado a los oferentes, como el acto de adjudicación. Es hasta con la apertura del segundo sobre y la negociación final que lleve a cabo la administración, en punto al precio por adjudicar, que esa voluntad puede darse y, allí sí, presentarse la posibilidad de recurrir el acto”. V. R-DAGJ-46-2003 de las 15:00 horas del 30 de abril de 2003.

¹⁶ Al respecto, véase *in totum*, HIDALGO CUADRA (Ronald), ¿Declarar desierta una licitación es una alternativa libre para la administración? Comentario al Oficio No. 1756 del 25 de febrero de 2003 de la Contraloría General de la República, pp.45-54, Revista de Derecho Público, No. 2, Julio-Diciembre 2005.

¹⁷ V. ORTIZ ORTIZ (Eduardo), op. cit., pág. 141.

¹⁸ Al respecto, se ha señalado, de modo reiterado, lo siguiente:

“Estima este Despacho que en ese plazo, amplio en consideración al negocio tramitado, bien pudo el poten-

Priva también el señalado Principio, en los supuestos en que lo recurrido no es una adjudicación, sino una readjudicación del concurso, según dispone el párrafo último del artículo 177 del RLCA. Se trata de la acogida normativa de una tesis que había establecido la Contraloría, según la cual:

“En ese sentido, en contra de los actos de readjudicación, únicamente proceden los recursos que ataquen, precisamente los nuevos elementos de juicio que condujeron a la Administración a adoptar su nueva decisión. Así, los demás elementos que no hubieran sufrido variaciones, es decir, que constan a la parte inconforme desde la adopción del acto de adjudicación que fuera anulado, no pueden ser nuevamente traídos a discusión, por cuanto la oportunidad para hacerlo ya ha precluido”¹⁹ 20.

C.- Requisitos de la actividad

De seguido es preciso evaluar cuáles son los requisitos a que queda sujeto el recurso de apelación, en el nuevo régimen.

Para ello, interesa examinar las reglas imperantes en cuanto al lugar y tiempo en que debe plantearse la impugnación (a) así como la forma exigida (b).

a) Lugar y tiempo

En lo que al lugar de la actividad de impugnación se refiere, interesa señalar que en materia de contratos del Estado, no impera la regla conforme a la cual, cabe formular de modo potestativo, tanto el recurso horizontal de revocatoria, como el vertical de apelación o alzada ante el superior no jerárquico.

cial oferente manifestar cualquier inconformidad con el cartel y de ese modo, coadyuvar con el éxito de su posible contratación. Por otra parte, pese a que el plazo de objeción hubiera precluido, debemos también advertir que al potencial oferente le asiste derecho de plantear solicitudes de modificación o de aclaración ante la propia Administración, siempre antes de que las ofertas sean abiertas, con la finalidad de tener una cabal comprensión del objeto licitado y de esa forma poder someter correctamente su propuesta. Así las cosas, para este Despacho el cartel de la licitación pública internacional 01-98, está “consolidado”, es decir, el tiempo para pedir su revisión ya concluyó, procesalmente hablando, de manera que el estudio y selección del contratista se rigió por las reglas aceptadas por todos los oferentes. [...] Así las cosas, en vía de recurso de apelación no son de recibo los alegatos referidos a cuestionar el sistema de evaluación, por cuanto, llegados al momento de apertura de las ofertas, el cartel se consolida y pasa a constituir el conjunto de reglas que rigen la selección y adjudicación del negocio y la fuente principal de derechos y obligaciones, durante la fase de ejecución contractual. Por tanto, lo recurrible en este momento es la aplicación que del sistema haya hecho la Administración, en el evento de que se estime contraria a los parámetros consignados en el cartel o incluso arbitraria.” V. R-DAGJ-069-99 de las 15:00 horas del 3 de noviembre de 1999.

¹⁹ V. RC-280-2000 de las 11:00 horas del 21 de julio de 2000.

²⁰ Sobre el mismo tema, se ha dicho:

“El rechazo debe darse en razón de la cuantía del contrato o, finalmente, por operar la preclusión procesal. Sobre este último tema, este órgano ha indicado: “Mediante resolución de esta Contraloría General R-DAGJ-149-99 de 12:30 horas del 8 de diciembre de 1999, se declaró parcialmente con lugar un recurso de apelación interpuesto en contra del acto de adjudicación de la presente licitación pública y se previno al (...) a requerir la demostración de experiencia de la firma adjudicataria que ha llamado a confusión y de ser el caso, proceder con una nueva valoración de las ofertas que ostenten interés legítimo (hecho probado 4). Con fundamento en lo anterior, la Administración procedió a realizar una nueva valoración, pero lo fue exclusivamente de la experiencia de las empresas, siendo este el único aspecto que podría ser traído a discusión en el caso de un recurso contra el acto de readjudicación. Por ende, el debate sobre la capacidad financiera de la empresa readjudicataria se encuentra precluido, toda vez que éste tuvo que ser alegado en el momento procesal anterior (es decir, al interponer el recurso en contra del acto de adjudicación), por lo que en este estadio las partes no pueden pretender abrir la discusión de un aspecto que escapa abiertamente del campo de la experiencia de las empresas, encontrándose precluidos los alegatos relacionados con la capacidad financiera. Al respecto, la doctrina señala: “El principio de la preclusión está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados.” (COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 194.) / De igual forma, esta Contraloría General en R.S.L. No. 216-97 de 10 horas del 22 de setiembre de 1997, R-DAGJ-046-99 de las 15 horas del 15 de febrero de 1999 y RC-059-2000 de las 15:50 horas del 6 de

Impera más bien la regla según la cual, el único recurso oponible, es el de apelación, el cual debe plantearse, de modo directo, ante la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.

De este modo, no cabe plantear el recurso, ante el órgano que dictó el acto de adjudicación, sino de modo directo, ante la aludida División, regla que impera para todos los escritos posteriores.

Se ha admitido, sin embargo, que en aplicación supletoria del artículo 6 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el recurso se presente mediante fax.²¹

En cuanto a la variable temporal, la lógica en que se mueve la reforma en esta materia, consiste en distinguir, en lo fundamental, dos distintas reglas. Una rige el plazo para las licitaciones públicas y otra el de las licitaciones abreviadas y los concursos regidos por el párrafo primero del artículo 1 de la LCA.

En el primer caso, el recurso debe ser presentado en el plazo de diez días hábiles siguientes a la notificación del acto de adjudicación (Art.84 párrafo 5 LCA), mientras que para los otros casos, el plazo se reduce a la mitad, es decir, a cinco días hábiles (*ibidem*).

Se trata de un plazo en días hábiles, de modo que no han de contabilizarse días feriados. Sobre el punto, se ha señalado:

"... este Despacho ha sido del criterio que los días hábiles, para todos los efectos, sean estos feriados, asuetos o vacaciones generales de una ins-

*titución del Estado, son aquéllos en que los administrados pueden llevar a cabo sus actuaciones (trámites) relacionadas con la contratación administrativa ante la entidad que corresponda. En este sentido, no podríamos concluir, de modo alguno, que los días 27 y 28 de diciembre de 1999, que fueron establecidos como días de vacaciones para todos los funcionarios de esta entidad, pueden considerarse días hábiles, pues en el evento de que alguna gestión tuviese que haber realizado el administrado ante el Órgano Contralor, se hubiera visto imposibilitado de efectuarla, y esta imposibilidad material no puede entenderse en su perjuicio. Por lo tanto, no pueden calificarse los días 27 y 28 de diciembre de 1999 como días hábiles, y por ende, no deben tomarse en cuenta para computar el plazo para la interposición del recurso de apelación que se conoce. En consecuencia, la apelante goza de interés legítimo en este negocio y procede entrar a conocer los argumentos de su apelación"*²².

La extemporaneidad del recurso, ha sido prevista como causal de inadmisibilidad en el artículo 179 inciso b) del RLCA. Ésta podría presentarse, ya sea porque el plazo transcurrió y se planteó el recurso el día siguiente o varios días después, o bien, de presentarse —inclusive por fax— el último día del plazo, fuera de las horas hábiles del despacho contralor²³.

Como se ha entendido con razón,

"La fijación de horarios para el recibo de peticiones está establecida tanto en el orden adminis-

marzo de 2000, entre otras se ha referido al punto de la preclusión procesal. (RC-134-2000 de las 12:00 horas del 17 de abril de 2000." Además, "Es así importante resaltar que al estar en presencia de una readjudicación, los aspectos que pueden ser traídos a discusión son aquellos hechos nuevos que se suscitan entre la resolución de esta Contraloría General que conoció el recurso de apelación y el acto de readjudicación, ya que la discusión sobre aspectos que conocían las partes con anterioridad debieron ser expuestos desde el momento en que se planteó el primer recurso de apelación, cosa que en este caso sucedió y sobre los que ya se dio criterio, por lo que constituyen aspectos precluidos. Sobre el principio de preclusión, la doctrina señala: "Está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiendo el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados. La preclusión es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal" (PACHECO, Máximo, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p.263). (RC-514-2001 de las 15:30 horas del 13 de setiembre del 2001)." V. r.g.o.cri/sad_docs/2003/R-DAGJ-368-2003.DOC» R-DAGJ-368-2003 de las 14:00 horas del 22 de setiembre de 2003.

²¹ V. Resolución R-DAGJ-19-2000. En el mismo sentido, véanse las resoluciones RC-410-2000 de las 9:30 horas del 3 de octubre del 2000 y RC-722-2002 de las 15:00 horas del 5 de noviembre del 2002, entre muchas otras.

²² V. RC-071-2000 de 9:00 horas del 9 de marzo del 2000.

²³ V. R.DAGJ-98-99 de las 15:30 horas del 16 de noviembre de 1999; RC-722-2002 de las 15:00 horas del 5 de noviembre del 2002.

trativo como judicial y es sobre la base del reloj del Despacho donde se presenta que se establece la admisión de los recursos y gestiones. Con ello se busca conseguir seguridad jurídica para todos los operadores del sistema y en este caso de los recursos de apelación, se busca un fin primordial de dar firmeza a los actos de adjudicación, si pasados los diez días hábiles que la Ley de Contratación Administrativa confiere para apelar, éstos no han sido impugnados ante este Despacho²⁴.

c) Forma

En cuanto a la forma del recurso, de conformidad con el artículo 179 inciso d) del RLCA, se ha establecido que un supuesto de inadmisibilidad del recurso, consiste en que "...no se cumpla con los requisitos formales previstos en el ordenamiento para interponerlo, tales como la firma del recurso".

Se trata de una regla que deriva de la postura oportunamente asumida por el órgano contralor al respecto y que se plasma en resolución RC-410-2000 de las 9:30 horas del 3 de octubre del 2000. En esa oportunidad, se dijo al respecto, lo siguiente:

"En el caso bajo análisis, tenemos que el plazo máximo de ley para interponer el recurso de apelación venció el diecinueve de setiembre pasado. Ese mismo día, a las quince horas con cuarenta y dos minutos fue presentado un documento de impugnación a nombre de la empresa [...]. el cual no estaba firmado. Horas después (a las dieciocho horas con cuarenta y tres minutos), vía fax, ingresó a esta Contraloría General copia del libelo de apelación, esta vez rubricado por el señor [...], cuyo original se remitió al día siguiente. Ante esta situación fáctica cabe analizar si el recurso de marras es admisible. Como principio procesal básico es reconocido que toda actuación (en este caso los recursos de apelación) deberá ser presentada en el tiempo de ley y suscrita por el sujeto que cuente con la capacidad y la legitimación para ello. Así las cosas, como primer punto a determinar, dentro del análisis de la admisibilidad del recurso (artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa) es si el primer escrito de

apelación presentado ante este Despacho en el plazo de ley, es válido pese a carecer de la firma del representante de la sociedad apelante. Al respecto, conviene destacar que, si bien es cierto la normativa que rige el recurso de apelación en contra de los actos de adjudicación de concursos públicos (tanto la Ley de Contratación Administrativa como el Reglamento General de la Contratación Administrativa) no contempla un norma expresa que se refiera a esa situación, en virtud de la integración del ordenamiento jurídico administrativo, artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa y 3 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, es procedente aplicar el supra mencionado principio procesal de obligatoriedad de firma de las peticiones, contemplado en los artículos 285, incisos 1 y 3, de la Ley General de la Administración Pública, los cuales en su literalidad señalan: "1. La petición de la parte deberá contener: ...e) fecha y firma. 3. La falta de firma producirá necesariamente el archivo y rechazo de la petición." Incluso, a mayor abundamiento, cabe resaltar que el derogado artículo 143 del Reglamento de la Contratación Administrativa disponía que "cuando el recurso de apelación adolezca de defectos graves, tales como falta de firma... será rechazado de plano". Así las cosas es claro que el primer escrito de apelación presentado el 19 de setiembre del año en curso, dentro del horario del despacho, no es válido por adolecer de firma del interesado."

Este antecedente, así como la comentada disposición del nuevo reglamento, permite colegir que "salvo que se puedan inferir claramente del escrito o de los documentos anexos", podría decidirse el rechazo por inadmisibilidad de aquel recurso que no incluya la firma de quien lo formula o representa al apelante, así como el nombre, apellidos, residencia y lugar para notificaciones de la parte y de quien la representa (inciso b) del párrafo 1 del artículo 285 de la LGAP), o bien, la pretensión (inciso c) del párrafo 1 del artículo 285 de la LGAP).

Podría inferirse, también, como exigencia formal de todo recurso de apelación, que indique "con precisión, la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alegue como fundamen-

²⁴ V. R-DAGJ-589-2003 de las 12:00 horas del 16 de diciembre de 2003.

to de la impugnación” (Art. 88 LCA, en relación con el art. 177 del Reglamento), así como “*individualizar las líneas que se recurren*” (Art. 177 *ibídem*).

En cuanto a lo primero, se ha establecido lo siguiente:

“Este Órgano Contralor estima que este alegato es impreciso, pues conforme al artículo 92 del Reglamento no se indicó “con precisión las infracciones sustanciales que se le imputan al acto de adjudicación o a los actos de procedimiento”. Por lo tanto, al no configurarse una imputación concreta, este Despacho desestima dicho alegato”²⁵.

Todo indica, sin embargo, que la potestad de rechazar de plano un recurso, por ausencia de alguno de los requisitos formales previstos por el ordenamiento, debe ser ejercida de modo prudente y hasta excepcional, considerando que ha de imperar en la materia, tanto el Principio de Formalismo Moderado²⁶, como el Principio *Pro Actione*, de modo que vicios de mera forma, no han de impedir verter un pronunciamiento de fondo. Al fin y al cabo, también es de interés público y no sólo privado –aunque la reforma parece no compartir ese criterio– controlar la legalidad de las actuaciones de la administración activa que comprometen la hacienda pública.

D.- Procedimiento

Como lo ha señalado un muy ilustre autor, “*el procedimiento administrativo es también un sistema –lo que implica interrelación de los elementos que lo componen–, pero es, además, un sistema precisamente lineal, en el que, por tanto, pasado, presente y futuro se hallan recíprocamente relacionados*”²⁷.

El procedimiento que rige el trámite del recurso de apelación en materia de contratación administrativa, es, también, un sistema de tipo lineal, compuesto por distintas fases, recíprocamente relacionadas.

Cabe distinguir, a mi juicio, una primera fase de iniciación (a), una segunda de tramitación, que como se verá, se descompone en subfases (b) y una última de terminación (c).

a.- Iniciación

La fase de iniciación se encuentra regida por los ya aludidos artículos 88 de la LCA y 177 del RLCA.

Cumplida la comunicación del acto de adjudicación, normalmente mediante publicación en el Diario Oficial La Gaceta, al día siguiente empieza a correr el plazo de diez o cinco días hábiles, según sea el caso, para incoar el recurso de apelación.

Se dispone al efecto, que el recurso debe formularse por escrito, en memorial debidamente firmado, en el cual se señale, “*con precisión*”, las infracciones sustanciales que se aduzcan, así como las líneas que se recurren.

En cuanto a esta última consideración, es claro que resulta de interés definir las líneas objeto de impugnación, a efecto de valorar la admisibilidad de recurso *ratione quantum*.

Se señala, además, que el recurrente “*deberá*” aportar la prueba en que se apoye el recurso, así como “*rebatir en forma razonada*” los estudios que han servido de motivo para adoptar la decisión. A ese efecto, deberá “*aportarse los dictámenes y estudios técnicos emitidos por profesionales calificados en la materia que se impugna*”, según dispone el artículo 177 del RLCA.

En ese aspecto, se muestra una diferencia con relación a lo que antes disponía el artículo 92 del Reglamento General de la Contratación Administrativa (No.25038). Según esa norma, el recurrente debía aportar “*en la medida de lo posible*” (92.1) tales estudios. Es decir, se trataba de una disposición en clave potestativa, no así imperativa como la actual.

Interesa destacar, en este punto, lo relativo a la prueba. El párrafo segundo del artículo 177 del RLCA, dispone de modo errático, lo siguiente:

²⁵ V. R-DAGJ-206-2003 de las 15:00 horas del 8 de julio de 2003.

²⁶ V. ESCOLA (Héctor), Tratado General de Procedimiento Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1981, pp.132-135. BREWER-CARÍAS, Allan, Principios del Procedimiento Administrativo, Civitas, Madrid, 1990, pp. 147-149.

²⁷ V. GONZÁLEZ NAVARRO (Francisco), Derecho Administrativo Español, Tomo III, Navarra, EUNSA, 1997, p.521.

“El ofrecimiento de prueba que no pueda presentarse al momento de la interposición del recurso, deberá contemplarse en el escrito de apelación, con indicación expresa de los motivos por los cuales no puede ser aportada en ese momento. En todo caso, la presentación de dicha prueba debe realizarse dentro del primer tercio del plazo con que cuenta la Contraloría General de la República para resolver el recurso.”

La regla sentada por norma, en realidad, debió redactarse de modo diverso. Todo indica que lo que se quiso señalar es que, en vista de la regla según la cual, toda la prueba debe aportarse con el escrito de apelación, sin perjuicio de que aquella que no pueda ser aportada, se ofrezca con indicación de los motivos que han impedido aportarla, en el entendido, de que deberá hacerse llegar al expediente dentro del primer tercio del plazo con que cuenta el Órgano Contralor para resolver el recurso.

b.- Tramitación

Considerando los términos de la actual regulación, es posible identificar diversas subfases en la fase de tramitación del recurso.

La **primera subfase** se refiere al trámite de admisibilidad del recurso, la cual está regida por el artículo 86 de la LCA y 178 de su Reglamento.

En esta subfase, además de la solicitud de remisión del expediente administrativo y otras gestiones de mero trámite, se debe valorar por parte del Órgano Contralor, *“la admisibilidad y procedencia general del recurso, procurando detectar en esta etapa las gestiones inadmisibles o manifiestamente improcedentes, para proceder a su rechazo inmediato”* (Art.178 párrafo tercero).

Sobre el tema, la Contraloría se había pronunciado en estos extremos:

“Al respecto, debemos aclararle a la Universidad Licitante que el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa establece la obligación de la Contraloría General de la República de determinar la tramitación o no de un recurso de apelación en una fase denominada de admisibilidad, en donde de acuerdo con ese numeral el recurso

puede ser rechazado por inadmisibile o bien por improcedencia manifiesta (sobre la distinción de ambos supuestos puede verse la resolución No. R-DAGJ-453-2003), en el caso de la improcedencia manifiesta los supuestos de aplicación están contemplados en el artículo 95 del Reglamento General de Contratación Administrativa a diferencia de la inadmisibilidat que no tuvo un amplio desarrollo reglamentario. Sobre esta fase hemos indicado que: “Como bien puede desprenderse de la lectura de ese numeral existe un plazo de 10 días en el cual la Contraloría General dispone sobre la tramitación del recurso o bien de su rechazo de plano por inadmisibile o por improcedencia manifiesta, en este último sentido se orienta también el artículo 95 del Reglamento General de Contratación Administrativa que regula todos aquellos casos de improcedencia manifiesta entre los que podemos encontrar la falta de legitimación, la jurisprudencia reiterada y la falta de fundamentación del recurso. Así entonces, el análisis de esta Contraloría General en esta etapa de admisibilidat se centra en revisar aquellas gestiones abiertamente improcedentes a la luz de las previsiones del artículo 95 del Reglamento General de Contratación Administrativa, ya sea exigiendo acreditar a los apelantes su elegibilidat y posibilidades de resultar adjudicatario, o bien que se aporte la prueba necesaria para desvirtuar o imputar incumplimientos, entre otras posibilidades.” (véase la resolución No. R-DAGJ-453-2003). Como se puede ver, la Ley de Contratación Administrativa y su respectivo reglamento, establecen un plazo de 10 días hábiles para advertir aquellas gestiones abiertamente improcedentes, sea por legitimación, falta fundamentación, plazo y aquellas que por monto no deba conocer esta Contraloría General. Este lapso de tiempo como bien señala el artículo 93 del Reglamento General de Contratación Administrativa, se cuenta a partir del vencimiento del plazo para apelar, lo cual es bastante razonable en la medida que no podría el Órgano Contralor tener certeza de la cantidad de recursos interpuestos sino a partir de ese momento”²⁸.

Como se ve, según se señala en este pronunciamiento, en el anterior régimen, los supuestos de inadmisibilidat no presentaban un “amplio desa-

²⁸ V. R-DAGJ-516-2003 de las 13:00 horas del 17 de noviembre de 2003.

rollo reglamentario”, circunstancia que explica que en el actual Reglamento, el artículo 179 haya entrada en mayor detalle al respecto.

En torno a la distinción que se hace con relación a los supuestos de inadmisibilidad y los de improcedencia manifiesta, en su oportunidad el órgano contralor había señalado lo siguiente:

“II.- De la admisibilidad del recurso. En el presente caso es necesario realizar algunas consideraciones previas sobre la fase de admisibilidad de los recursos de apelación prevista en el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa. Como bien puede desprenderse de la lectura de ese numeral existe un plazo de 10 días en el cual la Contraloría General dispone sobre la tramitación del recurso o bien de su rechazo de plano por inadmisibile o por improcedencia manifiesta, (...). Así entonces, el análisis de esta Contraloría General en esta etapa de admisibilidad se centra en revisar aquellas gestiones abiertamente improcedentes a la luz de las previsiones del artículo 95 del Reglamento General de Contratación Administrativa, ya sea exigiendo acreditar a los apelantes su elegibilidad y posibilidades de resultar adjudicatario, o bien que se aporte la prueba necesaria para desvirtuar o imputar incumplimientos, entre otras posibilidades. No obstante en el presente caso, el recurrente tiene una oferta elegible y cuestiona la experiencia calificada a la firma adjudicataria, sin embargo, no puede perderse de vista que en virtud del mandato impuesto por los artículos 86 de la Ley de Contratación Administrativa y 93 del Reglamento General de Contratación Administrativa, la labor del Órgano Contralor no se constriñe únicamente a una revisión de la procedencia del recurso, sino que el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa establece una doble obligación al realizar el análisis de las gestiones interpuestas, distinguiendo dos supuestos que serían la inadmisibilidad y la improcedencia manifiesta. (...). Ahora bien, las gestiones recursivas pueden resultar inadmisibles entre otros casos, cuando de la lectura de los argumentos del apelante y de la revisión del expediente administrativo pueda desprenderse que no le asiste razón en el fondo de lo reclamado, de tal suerte que pueda determinarse que su recurso no podría ser declarado con lugar en la resolución final sin perjuicio de que ostente la legitimación para recurrir.

De tal manera que, el análisis de la fase de admisibilidad no se agota o limita a la improcedencia manifiesta, sino que, en los casos de la inadmisibilidad de los recursos se realiza justamente, una revisión de los alegatos, prueba ofrecida y del expediente administrativo (cartel, ofertas, recomendación para adjudicación, entre otros); rechazando por inadmisibles entre otros, aquellos supuestos en que la Contraloría General determine que el recurrente no llevaría razón en el fondo de sus alegatos aun cuando se procediera a tramitar el recurso; esto implica incluso que se pueda superar el análisis de improcedencia manifiesta por falta de legitimación previsto por el artículo 95.1 del Reglamento General de Contratación Administrativa, pues bien puede ocurrir que el recurrente la ostente y aun así su recurso sea inadmisibile. Por otro lado, la improcedencia manifiesta como segundo supuesto de rechazo de un recurso se refiere a todas causales previstas en forma expresa en el artículo 95 del Reglamento General de Contratación Administrativa. Esta doble revisión que realiza el Órgano Contralor en la fase de admisibilidad es necesariamente consecuente con el mandamiento del artículo 93 del Reglamento General de Contratación Administrativa, que como ya se indicó pretende un análisis detenido del recurso para evitar el entorpecimiento indebido de la actividad administrativa y congruente con las competencias constitucionales que la propia Sala Constitucional le reconoció a la Contraloría General en materia de contratación administrativa señalando que: “...de manera que la Contraloría, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico -según se anotó anteriormente-, se encarga de ejercer un control financiero y de legalidad en el manejo de los fondos públicos, que comprende las diversas operaciones de ejecución del presupuesto del Estado, control que consiste en fiscalizar la coincidencia entre la acción administrativa financiera y la norma jurídica, por lo que, como lógica consecuencia, no escapa a este control de la Contraloría, la actividad referente a la contratación administrativa, según lo indicado por esta Sala en sentencia número 2398-91, de las quince horas veinte minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno: “En primer término, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de la Administración Financiera de la República y el

Reglamento de la Contratación Administrativa, corresponde a la Contraloría General, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a los procedimientos de contratación administrativa” (...) VIII.- CONCLUSIÓN GENERAL INICIAL. Con fundamento en las anteriores consideraciones resulta evidente, a juicio de esta Sala, que los principios derivados del artículo 182 de la Constitución Política, y como tales, de rango constitucional, han sido amplia y repetidamente confirmados por su propia jurisprudencia. Pero además, que en esa misma dirección, tradicionalmente, desde que entró en funciones, los ha protegido la propia Contraloría General de la República en el ejercicio de sus funciones constitucionales, según sus propios precedentes administrativos. En razón de lo afirmado, se concluye que en ese sentido ha sido el desarrollo, tanto por la jurisprudencia administrativa como de la judicial, desde la promulgación de nuestra Carta Fundamental en el año de mil novecientos cuarenta y nueve, del tema de la contratación administrativa.” (Voto No. 998-98). Así en otra oportunidad el Tribunal Constitucional indicó sobre el mismo tema que: “DE LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA (...) se indicó en los considerandos VII. y VIII. de esta sentencia, a éste órgano constitucional le corresponde, por disposición expresa de la Carta Política, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a la Hacienda Pública, lo que consecuentemente implica, que directamente le conciernen, como parte de su competencia, los procedimientos de la contratación administrativa, como competencia contenida en lo dispuesto expresamente en los artículo 182 y 183 de la Constitución Política y en su Ley Orgánica, específicamente en los artículos 11, 12, 14, 17, 20, 25, 30 y 37 inciso 3)...» (resolución N° 998-98). De la relación de normas que cita esa sentencia, conviene hacer especial énfasis en el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, cuyo texto dispone que tendrá la facultad, en materia de contratación administrativa, de intervenir de acuerdo con la ley, por lo que no podría afirmarse que la atribución otorgada en las normas impugnadas sea ajena a su esfera competencial. Por otra parte, en la resolución N° 5445-99 de las catorce horas con treinta minutos del catorce

*de julio de mil novecientos noventa y nueve, referida al nuevo Código Municipal, en relación con los controles en materia de contratación administrativa, se dijo lo siguiente: «El cuarto gran principio se refiere al control que ejerce la Contraloría General de la República en la contratación administrativa; el cual constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se conforma el sistema, de manera tal que deriva directamente de lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, en tanto se trata del órgano constitucional encargado de la vigilancia de la hacienda pública, de manera que se constituye en la garantía de la correcta utilización de los fondos públicos, en aras de la satisfacción del interés público. Y en este sentido, «[...] aún cuando no existiera normativa legal específica que desarrollara las competencias propias de esta institución -Contraloría General de la República-, la misma estaría legitimada para ejercer actuaciones tendentes a vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública, precisamente por estar basada su competencia en normas de rango constitucional» (sentencia número 0998-98, supra citada). Lógica consecuencia de lo anterior, es que mediante ley común no pueden rebajarse, disminuirse, suprimirse o atribuirse a otro órgano público las atribuciones propias del órgano contralor, de manera que la normativa en general tiene que reconocer estos principios, para no ser contraria a estos parámetros y valores constitucionales. La legitimidad y constitucionalidad de este control ha sido reconocido con anterioridad por este Tribunal, así, en sentencia 2398-91, de las quince horas veinte minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en que indicó: «En primer término, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, **corresponde a la Contraloría General, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a los procedimientos de contratación administrativa...**” (Voto No. 2660-01). Adicionalmente puede decirse también que, tanto la verificación de inadmisibilidad como de la improcedencia manifiesta, no solo tienen un sustento normativo, sino que incluso el artículo 93 del Reglamento General de Contratación Administrativa consagra un principio de tutela a los intereses de la Administra-*

ción, en tanto pretende evitar el entorpecimiento indebido de la actividad administrativa. Así entonces, esa obligación de la Contraloría General de la República de realizar un análisis del recurso de previo a su aceptarlo para su trámite y conocimiento, tiene asidero no solo en el interés público implícito en cada concurso licitatorio y la pronta satisfacción de las necesidades de la Administración, sino a su vez en el sustento con que debería contar un recurrente para cuestionar un acto de adjudicación válido”.

Cumplida la subfase de examen de admisibilidad del recurso, cabría entrar a la **segunda subfase**, esta vez, de trámite de procedencia de la impugnación, por virtud de lo dispuesto por el ordinal 182 del RLCA.

La subfase inicia, según esa norma, mediante el “*auto inicial que admite a trámite el recurso*”, el cual deberá dictarse “*a más tardar al décimo día hábil después de vencido el plazo para apelar*”.

Este “auto” –técnicamente en realidad, es un acto administrativo de mero trámite-, desencadena una audiencia a la administración y a la parte adjudicada –por diez días o cinco días hábiles, según sea el caso- para que se manifiesten sobre los alegatos del apelante y aporte pruebas.

Una de las innovaciones en el trámite del recurso que introduce el Reglamento vigente, consiste en que, conforme al párrafo tercero del artículo 182, “*Cuando al contestar la audiencia inicial, las partes argumenten en contra de la oferta del apelante, se concederá una audiencia especial por cinco días hábiles en el caso de la licitación pública y tres días hábiles para la licitación abreviada para que el recurrente se refiera exclusivamente a lo alegado*”. En el régimen anterior, esa “audiencia especial” no tenía expresa regulación normativa.

Otra actuación prevista en la subfase bajo examen, consiste en la exigencia de que la Contraloría se manifieste, antes de la resolución final, “*sobre las solicitudes de prueba de las partes, cuando lo hubiere, admitiéndolas o denegándolas, mediante resolución motivada*”. Se trata de una manifestación del deber de impulso de oficio que recae sobre la entidad contralora.

Como producto de los ajustes introducidos con el nuevo Reglamento, conforme al párrafo

sexto del artículo 182, la audiencia final -antes de trámite imperativo, conforme al artículo 98 del Reglamento derogado-, pasa a ser de trámite contingente y eventualmente oral, caso en el que se tramitaría una audiencia pública y contradictoria.

c.- Terminación

Resta por analizar la fase final del procedimiento recursivo bajo examen. Se trata de una fase regida por los artículos 89 y 90 de la LCA, 183 y 184 del RLCA.

Conforme a la primera disposición, se establece que la decisión final debe adoptarse en un plazo determinado: cuarenta días hábiles siguientes al auto inicial, en el caso de la licitación pública y treinta días hábiles para el caso de licitaciones abreviadas.

Según señala el párrafo tercero del artículo 183, en la decisión final, corresponde a la Contraloría, confirmar o anular, total o parcialmente, el acto de adjudicación.

E.- Efectos

Resta por examinar los efectos del recurso, sea porque no se interponga (a), o porque se interponga (b). Además, se evaluarán los efectos de su resolución(c).

a.- De la no interposición del recurso

Es claro que la no interposición del recurso, ocasiona la firmeza de la selección del contratista.

Se ha entendido que “*Firme la adjudicación, nacen para ambas partes todos los derechos y obligaciones del contrato*”, circunstancia que debe relacionarse con la consideración de que “*En CR es necesario distinguir entre la eficacia de la adjudicación, de la eficacia del contrato que se forma con ella. En virtud del artículo 20 de la LO-CGR, un contrato adjudicado en firme no es un contrato ejecutable*”²⁹.

Desde el punto de vista procesal, la no interposición del recurso cierra la vía judicial, al configurarse el acto administrativo consentido.

²⁹ ORTIZ ORTIZ (Eduardo), op.cit. págs. 138-139.

b.- De la interposición del recurso

No está claro en la normativa especial en comentario, si la interposición del recurso suspende o no suspende la eficacia de la adjudicación.

A nivel práctico, lo cierto es que la suspensión opera de hecho. Planteado el recurso, la administración suspende el trámite de compra, a la espera de lo que sea resuelto por parte del Órgano Contralor.

c.- De la resolución

Los efectos de la resolución final que se adopte en el trámite de recurso de apelación, han sido evaluados a nivel doctrinal en estos términos: *"conduce eventualmente a la anulación de la adjudicación pero no a su reforma ni sustitución"*³⁰.

La tesis seguida por el Reglamento no es otra. Como se ha dicho, el párrafo tercero del artículo 183 autoriza, tan sólo, la anulación total o parcial del acto, no así su reforma o sustitución.

Se ha entendido en la doctrina, también, que el órgano contralor *"carece de la potestad de sustituir al órgano adjudicante, sea haciendo una distinta adjudicación por su cuenta, sea declarando desierta la licitación, actos ambos que suponen una potestad propia de acción de tipo discrecional. La competencia de la Contraloría nace con el recurso y se agota con la decisión de éste, razón por la cual dicha decisión es definitiva, según el artículo 90 de la LCA y no puede ser revocada o anulada por la Contraloría. Dictada la decisión, sólo es impugnabile por la acción contencioso administrativa (artículo 49 de la CP)"*³¹.

Una tesis similar ha sido la expuesta por el Tribunal Contencioso Administrativo, en alusión al recurso de apelación en materia municipal, que resulta aplicable al recurso en examen. En efecto, señaló el Tribunal:

«II.- (...) No obstante, el tribunal debe hacer una observación formal importante. La municipalidad es una entidad jurídica de carácter político independiente, que toma sus decisiones en función

de gobierno local autónomo, sin relación jerárquica con este Despacho que conoce de sus decisiones sólo en virtud del recurso de apelación establecido en el artículo 173 de la Constitución Política, reducido a conocer la legalidad de sus decisiones formales. Es lo que se conoce como recurso jerárquico impropio, regulado en la Ley General de la Administración Pública, que en su numeral 181 dispone: «El contralor no jerárquico podrá revisar sólo la legalidad del acto y en virtud del recurso administrativo, y decidirá dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente, pero podrá aplicar una norma no invocada en el recurso.» Por su parte el 184 ibídem agrega: «No podrá anular de oficio el órgano que ejerce contralor jerárquico impropio, ni en general el que pierde su competencia con la primera decisión sobre la validez del acto.» (La negrilla no es del original). Lo anterior significa que la competencia de este Despacho está limitada a que haya un recurso contra un acto determinado y sólo podrá resolver respecto de ese acuerdo en particular, en otras palabras, para poder conocer de una decisión municipal es fundamental que el administrado haya presentado un recurso y este sea admitido ante el Tribunal, el cual solo puede resolver sobre lo recurrido, pero es legalmente inadmisibile que conozca de cualquier otro acto o situación, lo que ocurre en el presente caso. Así consta que la única decisión respecto de la cual se ha admitido recurso ante esta instancia es sobre el oficio de la señora alcaldesa número «D.Alc-e-504-04», pero no en relación con las resoluciones «D.ALC 14-2005» y «D-ALC-27-2005», que son las que formalmente disponen el cierre del negocio. De ellas consta que se presentaron los recursos ante la Alcaldía, pero nada más, por lo que la gestión de suspensión de estos dos últimos se debe rechazar de plano»³².

Dentro de los efectos de la resolución final que da término al procedimiento recursivo bajo examen, se encuentra, conforme al artículo 184 del RLCA, el agotamiento de la vía administrativa. De rechazarse el recurso, se genera la firme-

³⁰ *Ibidem.*, pág. 141.

³¹ *Ibidem.*, págs. 198 y 199.

³² V. Res. No. 171-2006, Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo, de las quince horas diez minutos del treinta y uno de marzo del dos mil seis.

za del acto de adjudicación, con lo cual queda autorizada la formalización del respectivo contrato y en su caso, la gestión del refrendo.

Ahora bien, de declararse con lugar el recurso, se ocasionará la anulación total o parcial del acto de adjudicación, causándose con ello, el envío de la decisión de readjudicación a la administración activa.

Cabe atribuir, en ese sentido, una ultractividad a la resolución contralora, en tanto obliga, por un lado, al examen de aquellas ofertas elegibles y de ser así, a que se proceda a adoptar un nuevo acto, debiéndose respetar, para ello, "*...las consideraciones y la parte dispositiva de la resolución*".

Se impone, en la norma reglamentaria, un plazo para el ejercicio de la potestad de readjudicación, prorrogable bajo ciertas hipótesis.

No se dispone medida alguna en caso de que ese plazo transcurra sin que se adopte el nuevo acto de adjudicación.

Surgen al respecto, diversos cuestionamientos que deberán ser esclarecidos pronto: ¿es válido limitar la competencia por razón del tiempo mediante una norma meramente reglamentaria –art. 59.1 LGAP-? ¿Se intenta extinguir la competencia de adjudicar la mejor oferta, en caso del transcurso del plazo señalado para ejercerla – Art. 63 LGAP-?