

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

**PROMUEVE: CAMARA DE COMERCIO EXTERIOR DE COSTA RICA
Y DE REPRESENTANTES DE CASAS EXTRAJENRAS (CRECEX).**

**ARTÍCULOS 45, 82 y 84 DE LA LEY DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA NUMERO 7494 DEL 02 DE MAYO DE 1995 y
ARTÍCULOS 19.b, 98, 173, 186 DEL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN
ADMINISTRATIVA, DECRETO EJECUTIVO NUMERO 33411-H DEL 27 DE
SETIEMBRE DE 2006.**

SEÑORES

MAGISTRADOS DE LA SALA CONSTITUCIONAL.

El infrascrito, **ÁLVARO AGUILAR GONZÁLEZ**, mayor, casado, Ingeniero Industrial, con cédula de identidad número uno-cuatrocientos siete-mil ciento ochenta y cinco, en mi condición de **PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE COMERCIO EXTERIOR DE COSTA RICA Y DE REPRESENTANTES DE CASAS EXTRANJERAS (CRECEX)**, según consta en certificación que acompaño atento expongo:

A nombre de mi Representada y con fundamento en los artículos 10 de la Constitución Política, y 73 siguientes y concordantes de la Ley de la

Jurisdiccional Constitucional, **interpongo la presente ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD** en contra de los artículos **ARTICULOS 45, 82 y 84 DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA NUMERO 7494 02 DE MAYO DE 1995** y contra el **ARTICULO 19.b, 98, 173, 186 DEL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, DECRETO EJECUTIVO NUMERO 33411-H DE 27 DE SETIEMBRE DE 2006**, en el tanto y en el cuanto violan de manera flagrante los artículos 33, 39, 46, 143.b y 182 de la Constitución Política y los principios que informan la Contratación Administrativa, todos de rango constitucional, a saber: eficacia y eficiencia, igualdad y libre competencia y publicidad , así como la Jurisprudencia proveniente de esa Honorable Sala, tal como se pasa a explicar:

CUESTIONES DE FORMA

1.- Para interponer la presente Acción de Inconstitucionalidad no se requiere de un caso previo, judicial o administrativo, en virtud de que mi representada es titular de un interés legítimo, difuso de intereses corporativos tal y como lo dispone el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional **y lo ha reconocido esa Sala Constitucional en su resolución de las 16:18hrs. Del 22 de abril de 1997, Exp. 0929-P-94 N2243-97**. Concretamente el numeral 18 del Reglamento de Contratación Administrativa faculta al eventual oferente a

participar directamente o a través de un representante de casas extranjeras en los procedimientos concursales que promueva la Administración Pública.

2.- La normativa impugnada, es lesiva a los intereses de los agremiados a mi Representada, ya que constituye un obstáculo para que ellos puedan participar en los distintos procedimientos de contratación administrativa. Esta situación y lo dispuesto en el numeral 18 ibidem, confiere legitimación suficiente a la Cámara de Comercio Exterior de Costa Rica y de Representantes de Casas Extranjeras (CRECEX), en adelante CRECEX, para interponer la presente Acción y solicitar la inconstitucionalidad de dicha normativa.

3.- Ha dicho esa Honorable Sala en Voto número 1631 de 15:15 horas de 21 de agosto de 1991, que:

“... en el caso de marras no es necesario la existencia de un asunto pendiente, pues por la esencia del asunto, se trata de la defensa de intereses corporativos. El interés que detenta la Cámara de Comercio y que la legitima para interponer esta acción, es, en efecto, su carácter de entidad corporativa, caracterizada por la representación y defensa de un núcleo de intereses pertenecientes a los miembros de la determinada colectividad o actividad común, y, en cuanto los representa y defiende, la Cámara actúa a favor de sus asociados, la colectividad de comerciantes. De manera que estamos frente a un interés de esa Cámara y, al mismo tiempo, de cada uno de sus miembros, de forma no individualizada, lo que constituye un interés corporativo o que

atañe a esa colectividad jurídicamente organizada, razón por la que esta acción es admisible en los términos del párrafo segundo del artículo 75 de la ley de Jurisdicción constitucional”.

4.- Aplicando los principios antes **esbozados y jurisprudencia constitucional citada, se concluye que de acuerdo con sus fines, mi Representada, como Ente Corporativo, ostenta plena legitimación** para interponer la presente Acción de Inconstitucionalidad en defensa de los intereses de sus agremiados , quienes por su giro comercial participan constantemente en los procedimientos de Contratación Administrativa que promueve el Estado.

HECHOS

1.- El artículo 45 del Reglamento de la Contratación Administrativa en lo que interesa dice:

*“En la licitación abreviada, se invitará a participar un mínimo de **cinco proveedores del bien o servicio, acreditados en el registro correspondiente...***

Si el número de proveedores para el objeto de la contratación es inferior a cinco, la administración deberá cursar invitación, mediante una publicación en el diario oficial. La administración también queda facultada para que curse

invitación, mediante publicación en La Gaceta, cuando así lo estime conveniente para la satisfacción del interés público.

Por la naturaleza abreviada del procedimiento, la administración únicamente estudiará las ofertas de los proveedores que hayan sido invitados...”.

2.- De conformidad con el numeral 182 de la Constitución Política, uno de los principios fundamentales que rigen el procedimiento de Contratación Administrativa, entre otros, es el **principio de igualdad**.

El numeral transcrito permite **seleccionar solo a cinco oferentes**, en perjuicio del resto proveedores inscritos y no inscritos, lo que indudablemente crea desigualdad de trato y límites a la libre participación. También es violatorio de dichos principios el hecho de que la Administración, “ **por tratarse de un procedimiento abreviado**” solo pueda considerar las ofertas de los proveedores invitados a participar, y no de cualquiera que, aunque no haya existido publicación, presente la oferta en tiempo.

3.- Por su parte el **artículo 81** establece que el **Recurso de Objeción** al cartel podrá interponerse dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, ante la Contraloría General de la República en los casos de la Licitación Pública y en los demás casos (licitación abreviada) ante la propia administración.

En cuanto al Recurso de Apelación, regulado en el numeral 84, los montos para recurrir ante la Contraloría General de la República son considerablemente altos, lo que significa que el mayor número de recursos contra los actos de adjudicación y readjudicación, será el de revocatoria y tendrá que interponerse ante la propia Administración. Véase por ejemplo en el primer grupo, que impugnaciones interpuestas contra actos de adjudicación de licitaciones abreviadas cuyo monto asciende a ciento treinta y siete millones de colones serían resueltas por la propia Administración promotora del concurso. Ambos numerales (81 y 84) hacen nugatorio el derecho de defensa que consagra el numeral 39 de nuestra carta política, pues están impidiendo el ejercicio de una doble instancia.

4.- El artículo 19 inciso b) del Reglamento no solo va más allá de lo dispuesto por Ley y crea una sanción que carece de fundamento legal, sino además violenta groseramente el artículo 39 constitucional. El artículo 100 de la Ley de Contratación Administrativa establece los supuestos en que la Administración o la Contraloría General de la República, pueden aplicar la sanción de inhabilitación. Esta norma no establece que la sanción de inhabilitación impuesta por una Administración, aplique para todo el Sector Público. Todo lo contrario la Jurisprudencia dictada por el Órgano Contralor en esta materia claramente ha establecido que el impedimento de contratación lo es para

con la Administración contratante. En este sentido ha resuelto el Órgano Contralor:

“Efectivamente se ha tenido por acreditado que la Refinadora Costarricense de Petróleo impuso una sanción de inhabilitación por un periodo de veinticuatro meses a la empresa apelante de la línea 1 del concurso que se analiza (ver hecho probado número cuatro). Sin embargo, este Despacho considera que la pretensión de la adjudicataria de aplicar dicha inhabilitación a todas las contrataciones de la Administración Pública carece de asidero legal y, por consecuencia lógica, no es avalada en esta sede. El artículo 100 de la Ley de Contratación Administrativa desarrolla la figura de la inhabilitación como una sanción imponible a aquellas personas físicas o jurídicas que incurran en alguna de las causales debidamente tipificadas en dicho numeral. No obstante, en el encabezado introductorio no señala expresamente que la sanción sea aplicable a toda la Administración Pública por lo que considerar que sí se puede ampliar más allá del sentido de la norma sería un interpretación extensiva la cual en materia sancionatoria no es procedente. En realidad, la interpretación que más se apega a la literalidad de la norma citada, que conlleva un sano equilibrio entre las distintas entidades del sector público –no sería posible avalar que un determinado ente u órgano de la Administración pueda por sí mismo

*determinar cuáles empresas pueden contratar con otros entes- y que se ajusta a los principios interpretativos de la materia sancionatoria es aquella que considera que las sanciones de inhabilitación cubren únicamente a los procedimientos de contratación tramitados en la Administración en la cual se dieron los hechos generadores de la responsabilidad. La parte resolutive de la resolución que impuso la sanción que trae a colación la adjudicataria, así lo entiende ya que con toda claridad señala que la inhabilitación es para procedimientos concursales desarrollados en RECOPE, por lo que mal haría este Despacho en extender los efectos que el mismo acto no contempló. (**RC-630-2002 de las 10:00 horas del 30 de setiembre de 2002.**)*

El numeral indicado por el contrario es claro al establecer que **“La sanción impuesta por una administración, aplicará para todo el sector público...”**. Esta disposición viola los artículos 11, 39 y 143 de nuestra Carta Política, conforme se explica más adelante.

NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS

1.- ARTICULO 182: (Artículo 45 de la Ley de Contratación Administrativa (Nº 7494, reformada parcialmente por Ley Nº 8511 de 16 de mayo de 2006, publicada en *La Gaceta* Nº 128 de 4 de julio del 2006.) **y 98 de su Reglamento** (Decreto Ejecutivo Nº 33411-H del 27/09/2006).

Este artículo manda:

“Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamiento de bienes pertenecientes a las mismas se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”.

Vasta ha sido la Jurisprudencia de esa Honorable Sala en relación con éste numeral de nuestra Carta Política.

Transcribiremos aquí, en lo que interesa, el Voto 13910-2005, para demostrar que la violación de este numeral por el artículo 45 impugnado es incuestionable:

*“... De esa forma, se ha señalado que el artículo 182 de la Constitución Política, es la norma jurídica de derecho positivo de mayor rango en la que debe apoyarse cualquier decisión que se tome en esta materia. En dicha norma la Sala distingue un **“sistema ordinario”** de contratación administrativa que antes de la promulgación de la Ley de Contratación Administrativa vigente estaba conformado tanto por la **licitación pública** pero también por lo que se llamó en su momento **licitación privada**. Se afirma igualmente que luego de la reforma legal citada, ese sistema ordinario de contratación quedó conformado en forma similar, es decir, por la **licitación pública** por una parte, junto a la cual*

*subsisten mecanismos que la Sala entiende como equivalentes a la **licitación privada**, y que identifica –atendiendo en esto a su diseño legal- como **licitación por registro y la licitación restringida**... En este punto, interesa recalcar que no escapa a la Sala el hecho de que en algunas sentencias se expresó una tesis distinta sobre este punto, en las que se consideró a la licitación pública como única integrante del sistema ordinario, incluyendo erróneamente como excepciones al sistema de contratación a las modalidades de licitación restringida y por registro junto a la contratación directa, con lo cual se sostuvo una clasificación y agrupación diferentes. Tal ocurrió por ejemplo en una parte de la sentencia número 5947-98, (citada luego en las sentencias número 6754-98 y 2660-01)...Sin embargo, encuentra ahora la Sala con mejores elementos de juicio, que esta es una forma incorrecta de entender e interpretar el artículo 182 de la Constitución Política, no solo en apego a la doctrina establecida por ella, sino con el propio fundamento brindado líneas antes en la propia sentencia número 5947-98 en donde se ensayó una sistematización más acorde con el sentido y fines del texto constitucional como se demuestra con la siguiente cita:*

“II.- DE LOS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

ADMINISTRATIVA. Esta Sala se ha manifestado respecto de la contratación administrativa, el contenido del artículo 182 de la Constitución Política y los principios constitucionales que de esta norma se derivan (en este sentido, las sentencias número 2101-91, de las ocho horas cuarenta minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno, 2341-91, de las nueve horas del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y uno, 1490-92, de las dieciséis horas nueve minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y dos, 2864-92, de las quince horas del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y dos, 2202-93, de las quince horas treinta y nueve del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y tres, 2633-93, de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres, 078-7-94, de las quince veintiuno de ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, 3348-95, de las ocho horas treinta minutos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, y 1205-96, de las nueve horas del quince de marzo de mil novecientos noventa y seis, entre otras). En todas estas oportunidades se señaló que la contratación del Estado debe verificarse mediante el procedimiento de la licitación, por constituir el medio idóneo para la selección del cocontratante con la Administración, en aras de proteger el interés público, concretamente en lo que respecta al control de la hacienda pública,

*al promover una sana administración de los fondos públicos, en virtud de los principios de publicidad, igualdad y libre concurrencia - entre otros- que orientan el concurso. Más recientemente, en sentencia número 0998-98, de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero del año en curso, se concretaron estos principios bajo las siguientes consideraciones: "**primero:** en el artículo 182 de la Constitución Política, se enuncia la primera obligación constitucional en materia de contratación administrativa, en virtud del cual, toda contratación que celebre el Estado debe tramitarse por medio del procedimiento de la licitación; **segundo:** que el constituyente optó por el procedimiento de la licitación, por considerarlo el mecanismo más apto para el control de la hacienda pública y del correcto uso de los recursos financieros del Estado, con la finalidad de promover una sana administración de los fondos públicos; **tercero:** la licitación constituye el medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración, por ser un procedimiento de garantía del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados, para que la Administración seleccione la mejor opción para la satisfacción del interés público; **cuarto:** por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado -en el sentido más amplio-, para poder*

*realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre concurrencia, igualdad de trato entre todos los potenciales oferentes, publicidad, legalidad o transparencia de los procedimientos, seguridad jurídica, formalismo de los procedimientos licitatorios, equilibrio de intereses, principio de buena fe, mutualidad (sic)del contrato, y control de los procedimientos a cargo y en última realizado directamente por la Contraloría General de la República; **quinto:** del principio "toda contratación administrativa se hará por el procedimiento de la licitación", contenida en el artículo 182 de la Constitución Política, derivan con rango constitucional, todos los principios de derecho público que informan la contratación administrativa, en la medida en que resulten razonables y proporcionados a los fines que se persiguen; **sexto: el sistema de contratación administrativa está conformado por los principios constitucionales que emanan de la propia Constitución, y como complemento, por el sistema de control ejercido directamente por el órgano constitucional encargado y vigilancia de la hacienda pública, -Contraloría General de la República, según se dispone en los artículos 183 y 184 constitucionales-, que se establece como garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la***

satisfacción del interés público. sétimo: la obligación constitucional que deriva del artículo 182 de la Carta Fundamental comprende toda la actividad contractual del Estado; por lo que no puede distinguirse para exceptuarse en el tipo de contrato a realizar -de servicios, ejecución de obras, ventas o arrendamientos de bienes, compras- o en razón de la materia de que se trate; **octavo:** el constituyente definió que el procedimiento más apto para realizar la contratación administrativa sería la licitación pública, y reservó la licitación privada únicamente para las contrataciones cuantitativa y cualitativamente menores".

Es esta tesis recién transcrita la que a juicio de la Sala que debe prevalecer, de modo tal que se entienda que si bien, la licitación pública, resulta ser un medio favorecido por el Constituyente, ello no implica la necesidad jurídica de excluir que -de forma igualmente ordinaria- pueda acudir a las demás modalidades de licitación establecidas, las cuales, también forman parte del conjunto de modos normales de contratación administrativa amparados por el artículo 182 Constitucional, aún cuando por su propia dinámica conlleven una atenuación -que resulta ser constitucionalmente válida- de los principios constitucionales que informan la contratación administrativa. La contratación directa no encaja en este sistema

*porque los tipos de **licitación privada** son mecanismos donde el rigor de los principios constitucionales de contratación se ven atenuados, pero existen y se conservan y se busca que se respeten en la medida máxima que sea compatible con el tipo de contrato. La contratación directa por el contrario constituye una categoría separada y aparte, **una excepción al sistema ordinario**, o como se dijo, un mecanismo excepcionado del sistema ordinario de contratación, que no nace del texto del artículo 182 pero que ha sido constitucionalmente admitido...”*

De lo expuesto se colige con meridiana claridad que la **LICITACIÓN ABREVIADA**, viene a ser la Licitación Privada a que se refiere la Sala, lo que implica, como también lo indica el artículo 44 de la Ley de Contratación Administrativa, que es un procedimiento ordinario y forma parte del conjunto de modos normales de contratación administrativa amparados por el artículo 182 Constitucional. Lo anterior significa que se debe cumplir con los principios constitucionales de la contratación administrativa, que derivan del artículo 182 subexamine, y que son: libre concurrencia, igualdad de trato para los oferentes, publicidad, transparencia de los procedimientos, seguridad jurídica, formalismo, equilibrio de intereses, buena fe, mutabilidad del contrato, intangibilidad patrimonial y control de los procedimientos.

El artículo 45 de la citada ley y el artículo 98 de su Reglamento violan de manera flagrante el numeral 182, al irrespetar los principios anteriormente señalados. El procedimiento de Licitación abreviada (procedimiento con el que se realizan la mayoría de las contrataciones, en virtud de la amplitud de sus márgenes económicos) impide una participación igualitaria, impide también la libre competencia y la publicidad de un concurso ordinario y no es un procedimiento excepcional.

Este numeral no solo infringe el artículo 182 constitucional, que establece la Licitación como instrumento de contratación del Estado, sino además, el principio de igualdad de trato para los interesados y potenciales concursantes, limitándoles además, indebidamente, la libertad de contratar (derivada de la de comercio), dispuesta por la Carta Política en su norma 46.

Tal como se ha dicho supra el principio de publicidad busca, según lo ha dispuesto esa Honorable Sala, garantizar la más amplia garantía de libre competencia, en condiciones de absoluta igualdad en el procedimiento de contratación, a fin de evitar tratos preferenciales e injustos. La norma impugnada es contraria a dichos principios pues restringe el principio de publicidad, impide la libre competencia, con lo que pueden ocasionarse tratos preferenciales, discriminatorios e injustos.

2.- ARTÍCULO 33 DE LA CONSTITUCION POLITICA: Artículo 45 de la Ley de Contratación Administrativa (Nº 7494, reformada parcialmente por Ley Nº 8511 de 16 de mayo de 2006, publicada en *La Gaceta* Nº 128 de 4 de julio del 2006) **y 98 de su Reglamento.** (Decreto Ejecutivo Nº 33411-H del 27/09/2006).

Dicho artículo dice así:

“Todo hombre es igual ante la Ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana “.

En esta materia ha dicho esa Honorable Sala:

“El desarrollo que la jurisprudencia constitucional ha dado al principio de igualdad y no discriminación ha sido constante y extenso, motivo por el que es importante rescatar lo que la Corte Plena señaló respecto de este principio cuando fungió como tribunal constitucional:

*“El Principio de Igualdad ante la ley solamente se viola si una ley otorga un trato distinto, sin motivo justificado, a personas que se encuentren en igual situación, o sea, **que para una misma categoría de personas las regulaciones tienen que ser iguales.**”*

(Sesión extraordinaria del once de agosto de mil novecientos ochenta y tres). (Lo resaltado no es del original).

Asimismo en sesión extraordinaria de veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y cuatro consideró:

“Igualdad ante la ley significa no solo trato igual en condiciones iguales, pues resultaría contrario a este principio aplicar una misma medida en condiciones diferentes. Pero debe hacerse hincapié en que no toda diferencia constituye causa legítima para establecer un distinto trato, menos aún, sin restricción alguna, pues la diferencia puede referirse a aspectos irrelevantes, que no afectan lo medular del caso además de que el quebranto constitucional también podría producirse por exceso, es decir, cuando se adopten medidas exorbitantes en relación a las diferencias que pudieren justificar algún distinto trato”

De esta manera, surgen dos elementos para determinar o no la violación del principio de igualdad: en primer lugar el parámetro de comparación que permite establecer que entre dos o más personas existe una situación idéntica, y que por lo tanto, produce un trato discriminatorio desprovisto de toda justificación objetiva y razonable; y en segundo lugar, la razonabilidad de la diferenciación, como parámetro de constitucionalidad....”. (Sala Constitucional, Voto 00618 de 15:15 horas de 24 de enero de 2001).

En el caso que nos ocupa es clara la violación a este numeral.

El artículo 45 crea un trato discriminatorio al autorizar a la Administración a invitar **solo a cinco proveedores** (con solo el hecho de que existan 5 o más

proveedores inscritos) invitar a más o hacer público el concurso es una potestad discrecional.

Además, la autoriza a no revisar ni tomar en consideración las ofertas presentadas por proveedores no invitados. Es claro que este trato discriminatorio carece de toda justificación objetiva y razonable, lo que lo torna contrario a esta norma constitucional.

3.- ARTÍCULO 39: Artículo 81 y 84 de la Ley de Contratación Administrativa (Nº 7494, reformada parcialmente por Ley Nº 8511 de 16 de mayo de 2006, publicada en *La Gaceta* Nº 128 de 4 de julio del 2006) **y 173 y 186 del Reglamento de Contratación Administrativa.** (Decreto Ejecutivo Nº 33411-H del 27/09/2006)

Este numeral en lo que interesa dice así:

“A nadie se hará sufrir pena sino por delito , cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa mediante la necesaria demostración de culpabilidad ...”.

“La Constitución reconoce otra serie de “ *derechos instrumentales* “ o “*garantías*”, que son más bien medios de tutela de los “ *de goce*” o contenido inmediatamente útil para la vida humana, y que, en síntesis, puede cobijarse bajo el concepto de “ *debido proceso*” ; el cual no se refiere únicamente a la tutela de la libertad e integridad personales o a las garantías procesales en vía

judicial y administrativa, sino que entraña también, para todas las categorías citadas – propietario, consumidor, empresario, trabajador , contribuyente, etc.- , la protección al marco de racionalidad , razonabilidad y proporcionalidad a que se ha aludido, el cual comprende , a su vez, el contenido sustancial de los derechos y libertades que el ordenamiento no puede menoscabar o alterar, ni permitir que se menoscaben o alteren, aún por ley o , menos aun por normas o actos de rango anterior.

En todo caso, la supresión, disminución o sustitución de las situaciones jurídicas favorables particular, puede y debe únicamente producirse mediante declaración – jurisdicción – de un Tribunal Judicial y mediante las necesarias garantías del debido proceso” (Sala Constitucional, Voto 3495-92).

Los numerales indicados supra violan el artículo 39 de nuestra Carta Política, impiden el ejercicio del derecho de defensa al negar la doble instancia en la mayoría de las contrataciones ordinarias que tiene la Administración.

De conformidad con **LOS RANGOS EN LOS LÍMITES ECONOMICOS CONTEMPLADOS** en el numeral 27 de la Ley de Contratación Administrativa **Y ACTUALIZADOS ANUALMENTE POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, la Licitación Abreviada se convierte en el procedimiento de contratación ordinario mayormente utilizado para la adquisición de bienes y servicios.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81, en la Licitación Abreviada, el **recurso de objeción al cartel se interpondrá ante la propia administración.**

Esto significa la negación de la doble instancia constitucional y por ende una violación al derecho de defensa que tiene el administrado.

El derecho a recurrir es la posibilidad que tiene el administrado para que un Órgano diferente ORDENE LA ENMIENDA DE VIOLACIONES AL ORDENAMIENTO JURIDICO que contenga el Cartel y que atenten contra los principios que informan la Contratación Administrativa. La doble instancia, lo ha dicho esta Honorable Sala, es un elemento integrante del debido proceso. La doble instancia lo que busca es que se dé una revisión plena de las pruebas y los hechos por un tribunal, ente u órgano, **diferente** al que dictó el acto recurrido u objetado. Debe existir plena posibilidad de discutir los hechos y la valoración de la prueba, como requisito para tener como válidamente cumplida la exigencia de una doble instancia, situación que no se presentaría si la objeción se presenta ante el mismo ente u órgano que lo dictó.

Esa Honorable Sala al declarar contrarios a la Constitución la totalidad de los párrafos 1° y 2° del artículo 31, la frase “(...) o por no haber sido recurridos en tiempo y forma (...) del inciso a) del párrafo 1° del artículo 21, la frase del artículo 18, párrafo 1°, en cuanto establece “(...) que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa (...)” ; el inciso d) del párrafo 1° del artículo 41 en cuanto dispone “d) Que no está agotada la vía administrativa”; el

párrafo 3° del artículo 33 al preceptuar “3. La falta de agotamiento de la vía administrativa dará lugar a su alegación, por vía de defensa previa, si el Tribunal no apreciare el defecto en la oportunidad prevista en el artículo 41” ; la frase final del párrafo 4° del artículo 33 al señalar “(...) por no haber sido recurridos administrativamente en tiempo y forma” ; el inciso c) del artículo 50 de al indicar “c) La falta de agotamiento de la vía administrativa”, todos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Voto 3669-226) ,esbozó una serie de argumentos en relación con el actuar de la Administración, los que nos permitimos transcribir por tener relación directa con el tema que nos ocupa:

*“... La infracción al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida deviene de los siguientes aspectos: **a) Normalmente, cuando el administrado interpone los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o de reposición –entendido este último como el recurso horizontal que cabe contra los actos del jerarca o superior jerárquico supremo-, no logra que el propio órgano o su superior lo modifique o anule, de modo que el agotamiento de la vía administrativa es como sacar agua de un pozo seco, al no lograrse obtener nada de la interposición de los recursos, transformándose así en una pesada carga o especie de vía crucis para el administrado;...** lo anterior constituye una clara y*

*evidente ventaja relativa para los entes públicos de la cual, en ocasiones, se prevalen, puesto que, el administrado o ciudadano pasa –por su condición ordinaria de persona física- y la administración pública permanece prolongadamente en el tiempo. ... En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados. ... **Es de esperar que las posibilidades del administrado se refuercen cuando se trata de los denominados “tribunales administrativos” (v. gr. Tribunal Ambiental, Tribunal Fiscal Administrativo, Tribunal Aduanero Nacional, Tribunal del Servicio Civil, Tribunal de Carrera Docente, Tribunal Registral Administrativo, Tribunal de Transportes, etc.), puesto que, como los mismos han sido constituidos, casi de forma usual, como órganos desconcentrados en grado máximo, se obtiene una mayor garantía de especialidad técnica, imparcialidad y objetividad, al difuminarse la relación de jerarquía y diluirse cualquier criterio político.** (Lo resaltado no del original).*

Esta situación dicha por la Sala es la que sucede en sede administrativa. Como quedó explicado, la Licitación Abreviada es un procedimiento ordinario de

contratación, y de conformidad con los márgenes económicos establecidos por el numeral 27 de la Ley de Contratación Administrativa y actualizados por el Órgano Contralor, se constituye en el más usado, lo que implica que al impedir la Ley que el Recurso de Objeción la Cartel sea conocido por un Órgano ajeno a la Administración contratante, se **está** haciendo nugatorio el ejercicio del derecho de defensa, dado que no se está garantizando la especialidad técnica, imparcialidad y objetividad, al no difuminarse la relación de jerarquía y diluirse cualquier criterio político.

Por su parte el artículo 84 señala la doble instancia, verbigracia en el grupo primero, para contrataciones **superiores** a ciento treinta y siete millones de colones. Es lo cierto que por tratarse de un procedimiento ordinario, el más utilizado, no se está garantizando el derecho de defensa al administrado, por las razones expuestas supra.

No podemos afirmar que con este numeral se cumpla el derecho de los administrados de pedir revisión del acto de adjudicación. Como se dijo atrás, la doble instancia lo que busca es que se dé una revisión plena de las pruebas y los hechos por un tribunal, ente u órgano diferente al que dictó el acto recurrido. Debe garantizarse la posibilidad de discutir los hechos y la valoración de la prueba, cosa que no ocurre en el seno de la propia Administración por lo que no se cumple con los requisitos para tener como válidamente cumplida la

exigencia de la doble instancia. Véase que la propia Sala es conciente del actuar de la Administración al decir, en el voto transcrito, que el Administrado “no logra que el propio órgano o su superior lo modifique o anule, de modo que el agotamiento de la vía administrativa es como sacar agua de un pozo seco, al no lograrse obtener nada de la interposición de los recursos, transformándose así en una pesada carga o especie de vía crucis para el administrado”.

Siendo esta situación clara no puede impedirse al Administrado recurrir ante la Contraloría General de la República tratándose de contrataciones **de tan considerable importancia económica** - pues ello también significa desvirtuar el procedimiento de compra ordinario. Es cierto que en el pasado los actos de adjudicación resultantes de la Licitación Privada no se recurrían ante el Órgano Contralor, tampoco la **los derivados de la** licitación por registro **en algunos casos, ni de la licitación restringida**, pero obsérvese que los montos de tales actos no eran tan exorbitantes como lo son en la actualidad.

4.- ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCION POLITICA

Este artículo dice así:

“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles responsabilidad penal de sus actos es pública”.

Este numeral consagra el Principio de Legalidad, en virtud del cual todos los funcionarios públicos son simples depositarios de la ley y por tanto deben actuar sometidos a la Constitución, a la Ley y en general al Ordenamiento Jurídico.

El artículo 19.b del Reglamento de Contratación Administrativa establece como impedimento para contratar con la Administración el haber sido sancionado conforme el artículo 100 de la Ley. No obstante este numeral va más allá de la Ley, pues establece que la sanción impuesta por una Administración **aplicará para todo el sector público.**

Dice el Maestro Eduardo García De Enterría:

“Con mucha frecuencia la Ley contrae su regulación a enunciar unos principios básicos, en la que puede marcar sistemáticamente las grandes líneas directivas, dejando a la Administración que por medio de un Reglamento precise todo el casuismo de desarrollo que puede exigir la situación o la compleja actuación administrativa sobre ella. Dos razones concurren a explicar este proceso: por una parte, los tecnicismos de la actuación administrativa no son conocidos por el órgano legislativo y por ello se remiten a la determinación de la Administración; por otra parte, el concurso de las normas paralelas puede permitir a la más solemne de ambas La Ley, una concentración de principios más inmune al paso del tiempo, en tanto que el casuismo reglamentario puede ser objeto de adaptaciones constantes. De este modo se dota al conjunto normativo de una mayor flexibilidad.

Cuando esto sucede se habla de Reglamentos ejecutivos de las Leyes. La relación de ejecución puede tecnicarse con bastante precisión al estudiar las distintas formas de delegación legislativa... Normalmente suele reservarse el calificativo de ejecutivos a los Reglamentos que se dictan en virtud de lo que allí llamaremos remisiones normativas de la Ley a favor del Reglamento. Por el momento, baste con dejar subrayada la idea esencial a que los Reglamentos ejecutivos responden, que no es otra que la de completar y desarrollar la Ley en que se apoyan... el criterio del complemento indispensable permite al Reglamento ejecutivo incluir normas de organización y procedimiento que no afecten el contenido normativo sustancial de la Ley que desarrolla, precisar los preceptos de ésta en lo que tengan de vago e incompleto, explicitar las reglas enunciadas en la Ley solo a nivel de principios e, incluso, paliar las deficiencias eventuales de la propia ley...". (Eduardo García De Enterría, Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editoria Civitas, Madrid, 1975, Pág. 125, 183 y 185).

El Reglamento Ejecutivo se dicta para complementar la Ley o asegurar su ejecución, por lo cual están directamente subordinadas a ella. No puede ir contra lo dispuesto en la Ley, ni regular aspectos no contemplados en la misma.

“La facultad reglamentaria está reducida a parámetros muy definidos que la condicionan y limitan, puesto que la misma en ningún caso puede violentar la dinámica propia e inmanente que deriva de la división de

poderes y que constituye, por así decirlo , la esencia misma del sistema democrático . Uno de esos parámetros fundamentales de la facultad reglamentaria es el hecho de que dentro del sistema democrático, los poderes públicos tienen claramente definidas sus funciones, sin que pueda ninguno de ellos asumir las propias de los otros, pues tal trasgresión viola flagrantemente el concepto mismo de la división de poderes que recogen de diversa manera lo artículos 9, 11, 121 inciso 1) y 140 incisos 3) y 18) constitucionales “. (Voto 0031-95 y en sentido similar 243-93, 1876,1635, 1130 del 90).

“Dentro de los reglamentos que puede dictar la Administración, se encuentra el que se denomina “Reglamento Ejecutivo”, mediante el cual ese Poder en ejercicio de sus atribuciones constitucionales propias, el cual se utiliza para hacer posible la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento, sino también los fines que se propuso el legislador, fines que nunca pueden ser alterados por esa vía. Ejecutar una ley no es dictar otra ley, sino desarrollarla, sin alterar su espíritu por medio de excepciones, pues si así no fuere el Ejecutivo se convierte en legislador...”. (Voto 2934-93).

Los votos transcritos demuestran que la Sala Constitucional, ha sido consistente en sostener el principio esencial de la potestad reglamentaria de

las leyes en manos del Poder Ejecutivo, tal como lo dispone el artículo 140 inciso 3 de la Carta Política.

Al adicionarse la disposición legal (art.100) contemplando los alcances de los efectos de la sanción y estableciéndolos para la generalidad del sector público, no solo está regulando materia reservada a la ley, sino adoptándose una interpretación ampliativa de la norma sancionatoria haciéndola surtir efectos no solo respecto de la Administración que la aplica sino a la generalidad del sector público, restringiendo el derecho del adjudicatario de ejercer su actividad comercial en sector público, se viola claramente el principio de “reserva de ley” contenido en el artículo 39 , de la Constitución, así como los artículos 59.1 y 124, ambos de la Ley General de la Administración Pública.

En relación con este principio, la Procuraduría General de la República ha dicho, en lo que interesa:

“El tema del principio de legalidad es tema pacífico en la doctrina, en el sentido que tal exigencia, no solamente referida a la pena, es pilar indiscutible de todo Estado de Derecho”.

“El artículo 39 de la Constitución Política recepta el principio de reserva de ley mediante el cual todos los actos gravosos para los ciudadanos, provenientes de autoridades públicas, deben ser acordados en una ley formal. Dicho principio adquiere marcada importancia en materia penal, pues tratándose de delitos y penas, la

ley es la única fuente creadora. En esta materia es de común aceptación el contenido del aforismo latino "nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege".

Voto de la Sala Constitucional, N° 1877-90 de las 16:02 hrs. del 19 de diciembre de 1990.

"bb) La función garantizadora de la ley penal. La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. Esa función suele expresarse en la máxima nullum crimen, nulla poena sine lege. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal. La jerarquía constitucional de este precepto es hoy en día indiscutida...

De esta manera el principio nulla poena sine lege o principio de legalidad adquirió carácter fundamental en el derecho penal como principio constitucional y como principio propiamente penal, independiente de cualquier teoría de la pena.

La consecuencia práctica de este principio es la siguiente: ninguna sentencia condenatoria puede dictarse aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena". (Véase, entre otros, dictamen C-115-94, del 12 de julio de 1994).

Resulta indiscutible que la materia sancionatoria (penal o administrativa) resulta ser de regulación reservada a la ley, calificada de “odiosa”, y por tanto de interpretación restrictiva, exigencias que se han violentado al incluir en el nuevo Reglamento de Contratación Administrativa, una interpretación ampliativa de los efectos de la sanción, que implica ni más ni menos que agravar mediante reglamento la sanción contemplada en el artículo 100 de la Ley sobre la materia.

Mediante reglamentos **no pueden limitarse los derechos de los ciudadanos y, mucho menos cuando esos derechos están referidos al ejercicio de la libertad de comercio.**

Es clara pues la inconstitucionalidad del numeral 19.b del Reglamento de Contratación Administrativa.

PETITORIA

Con fundamento en lo expuesto solicito se acoja esta Acción de Inconstitucionalidad y se declaren contrarios a la Constitución Política los ARTICULOS 45, 82 y 84 DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA NUMERO 7494 DEL 02 DE MAYO DE 1995 y ARTICULOS 19.b, 98, 173 y 186 DEL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, DECRETO EJECUTIVO NUMERO 33411-H DE 27 DE SETIEMBRE DE 2006, por ser contrarios a los artículos 33, 39, 46, 143.b y 182 de la Carta Política, a los principios que informan la Contratación Administrativa y que son: eficacia y eficiencia, igualdad y libre competencia y publicidad y a la Jurisprudencia proveniente de esa Honorable Sala .

DOCUMENTOS QUE SE ACOMPAÑAN

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley de Jurisdicción Constitucional se acompañan los siguientes documentos:

- a) Original y 7 juegos de copias.
- b) Certificación de mi personería

CUESTIONES PROCESALES

Solicito se ordene la publicación del aviso respectivo en el Boletín Judicial. Solicito se tenga como parte a la Procuraduría General de la República, a quién se le notificará en sus oficinas centrales en San José.

Ruego resolver de conformidad.

Notificaciones: Las oiré en el **casillero 289** sito en el Primer Circuito Judicial de San José y en el **FAX 224- 9836 y 234-2557.**

San José, 28 de marzo de 2007.

Ing. Álvaro Aguilar González
Presidente
Cámara de Comercio Exterior de Costa Rica
y de Representantes de Casas Extranjeras (CRECEX)

Autentican:

Licda. Aracelly Pacheco Salazar

Licda. Ana Victoria Mora Mora

Lic. Giulio Sansonetti Hautala.