

RELACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
RESPECTO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL
DEL CÓDIGO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
(ARTÍCULO 2o. a). CASO DE COSTA RICA

Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Legislación de lo contencioso administrativo en dos países.* III. *Alcance del artículo 2o. a de la Ley 8508.* IV. *Posición de la Universidad Nacional (UNA) respecto del artículo 2o. a de la Ley 8508.* V. *Otras opiniones diversas sobre el artículo 2o. a de la ley.* VI. *Criterios de profesores españoles.* VII. *Agotamiento de la vía administrativa.* VIII. *Tipología de leyes.* IX. *Conclusión.* X. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Se hará una relación entre el artículo 2o. a de la Ley 8508, llamada Código Procesal Contencioso Administrativo, y el tema de la contratación administrativa o pública.

Se expondrá esa relación y el criterio de juristas nacionales y extranjeros sobre este aspecto.

Al ser una normativa nueva, que se aplica a partir del 1o. de enero de 2008, se espera el resultado jurisprudencial respectivo para realizar el análisis correspondiente.

La pregunta que el tiempo responderá es si esta nueva normativa resultará en beneficio del bien común y de los administrados.

La experiencia con la derogada legislación en materia contencioso-administrativa fue que de cada diez procesos contra el Estado, los administrados perdían nueve procesos y la duración de los juicios fue de quince años.

II. LEGISLACIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN DOS PAÍSES

1. *Costa Rica*

A. *Ley anterior*

Artículo 2o. de la actual Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá también la jurisdicción contencioso-administrativa:

a) De lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por el Estado y demás entidades de derecho público, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

B. *Ley actual, vigente a partir del 1o. de enero de 2008*

Código Contencioso Administrativo de 2008, Ley 8508, artículo 2o. a:
La jurisdicción contencioso-administrativa y civil de hacienda también conocerá lo siguiente:

a) La materia de la contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Este numeral se puede vincular con el numeral 36, c, de la Ley 8508: “La pretensión administrativa será admisible respecto de los actos administrativos, ya sean finales, definitivos o de trámite con efecto propio”.

De acuerdo con el acta 5 del 2 de noviembre del 2004, de la subcomisión de la comisión legislativa permanente de asuntos jurídicos, p. 24, la redacción que tuvo este artículo 2o. a, decía:

También conocerá la jurisdicción contenciosa administrativa y civil de hacienda de la materia de contratación administrativa, incluyendo los actos preparatorios susceptibles de impugnación conforme al artículo 36, así como de la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

La procuradora general de la República hizo la observación de que ese numeral citado debía referirse concretamente al artículo 36, c y no a todo el numeral 36 (acta 5, *ibidem*, p. 30).

Al final, ese artículo 2o. a quedó sin la referencia al numeral mencionado 36 de la Ley 8508 (acta 6, *ibidem*, p. 13).

2. *España*

A. *Ley de 1956. Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa*

Artículo 3o. La jurisdicción contencioso administrativa conocerá de:

a) Las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

B. *Ley actual. Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*

Artículo 2o. El orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas.

Como puede observarse, los textos son similares.

III. ALCANCE DEL ARTÍCULO 2O. A DE LA LEY 8508

1. *Vida precontractual*

El alcance de la norma contenida en el numeral 2 a de la ley aprobada para 2008 comprende *los actos preparatorios con efecto propio*, relativos a la contratación administrativa.

Algunos de esos *actos preparatorios con efectos propios* podrían ser:

- Impugnación al cartel, que tiene contemplada la Ley de la Contratación Administrativa (artículos 81 y 82).
- Actos de precalificación de ofertas (Ley de la Contratación Administrativa —LCA—, artículo 53).
- Esta *precalificación* carece de impugnación en la LCA, en su carácter de acto propio.

2. *Vida contractual*

La materia de contratación administrativa referida a:

- La adjudicación
- Interpretación
- Efectos
- Extinción

El alcance de esta disposición cubre la materia de la contratación administrativa *cualquiera que sea su naturaleza*.

Actos preparatorios de efecto propio: aquellos actos que sin ser inicialmente actos administrativos se conviertan materialmente en tales, con plena autonomía e incidencia negativa o positiva en las situaciones jurídicas de los administrados.¹

IV. POSICIÓN DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL (UNA), RESPECTO DE ESTE NUMERAL 2O. A, DE LA LEY 8508

Esta norma alarga los periodos de los procedimientos de selección de contratista público. A la vez que haría imposible la ejecución de los contratos en un plazo razonable (*La Nación*, 26 de febrero de 2006, p. 14 suplemento *viva*).

De la administración pública nacional, esta posición crítica de la UNA fue la única publicada en los medios de comunicación.

Comparo esta preocupación, pues considero que lo que la citada norma establece hará más lentos los procedimientos y bloqueará la consecución final de la selección del contratista público y de la ejecución del respectivo contrato.

Una vez que esta Ley 8508 de lo contencioso administrativo se aplique, se verá en la práctica qué clase de problemas genera.

V. OTRAS OPINIONES DIVERSAS SOBRE EL ARTÍCULO 2O. A DE LA LEY 8508

1. *Paralización de las contrataciones*

Para algunos de los redactores del proyecto de lo contencioso administrativo (posteriormente, Ley 8508), la posibilidad de sujetar la firmeza de las

¹ Jiménez, Manrique *et al.*, *El nuevo proceso contencioso administrativo*, San José, Poder Judicial-Escuela Judicial, 2006, p. 56.

adquisiciones públicas a la intervención de un juez es un imperativo de rango constitucional. Esto no parece ser así, ya que es la propia Constitución, en los artículos 11 y 182, la que establece el mandato de eficiencia en toda forma de actividad pública y en especial en las compras estatales.²

2. *La supremacía de la ley*

Se contesta a Rodolfo Saborío en el sentido de que no solo para algunos de los redactores del proyecto, la posibilidad de sujetar la firmeza de las adquisiciones públicas a la intervención de un juez es un imperativo de rango constitucional. Es claro que el artículo constitucional 49 rechaza cualquier intento de inmunidad jurisdiccional de la conducta administrativa... en toda forma de actividad pública y en especial en las compras estatales, las decisiones que se adopten en ese campo son susceptibles de ser revisadas en la vía judicial... es una exigencia de transparencia y no de discriminación en las compras del Estado y no como obstáculo a su actividad.³

3. *Judicialización de compras públicas*

El artículo 2o. a de la ley 8508 dispone que será del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa la materia de la contratación administrativa, incluso los actos preparatorios con efecto propio, así como la adjudicación, interpretación, efectos y extinción, cualquiera que sea su naturaleza jurídica... Se abre la puerta para que se pueda entorpecer de una forma completamente irracional los procedimientos de compras públicas.⁴

4. *Judicialización de contrataciones*

Insiste Saborío en que el Código contencioso administrativo ocasionará un entorpecimiento de las compras públicas, ahora porque se admite impugnar actos preparatorios con efecto propio. Muy a pesar de que entienda que tal interpretación responde a una “literalismo constitucionalero”, lo cierto es que el artículo 49 constitucional rechaza cualquier intento de

² Saborío, Rodolfo, *La Nación*, 5 de diciembre de 2005, opinión.

³ Milano, Aldo, *La Nación*, 28 de diciembre de 2005, opinión.

⁴ Saborío, Rodolfo, “Proyecto procesal negativo”, *La Nación*, 21 de abril de 2006, opinión.

inmunidad jurisdiccional de la conducta administrativa, lo cual explica lo señalado por el artículo 2o. a del código.⁵

5. *Actos con efecto propio controlables*⁶

Hemos de manifestar que en esta materia el control de la jurisdicción contenciosa ha sido casi estéril. Conozco únicamente dos casos (resoluciones 17-2005 de las 10:50 horas del 17 de marzo de 2005, dictada por la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo y 106-2007 de las 11:20 horas del 28 de febrero de 2007, dictada por la Sección Segunda del Tribunal Contencioso Administrativo) en que la jurisdicción contenciosa haya anulado un acto adjudicatario ilegítimo, dictado por la administración pública.

Asimismo, incluso en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (a partir de 2008 derogada) se establecían plazos más cortos para resolver, pero nunca se lograron en la realidad, menos la suspensión de actos adjudicatorios por estar vedada expresamente por la Ley de Contratación Administrativa.

La innovación que presenta el Código Contencioso Administrativo es que los *actos con efecto propio* son controlables; por ejemplo, el cartel o su interpretación. Al efecto, el código está usando el giro de la Ley General de la Administración Pública, en el artículo 163, párrafo 2), que dice literalmente: “Los vicios propios de los actos preparatorios se impugnarán conjuntamente con el acto, salvo que aquellos sean, a su vez, actos con efecto propio”.

Recordemos que el acto adjudicatorio también es un *acto con efecto propio*.

También encontramos otros principios, como transparencia, publicidad, eficiencia, igualdad, reciprocidad, razonabilidad y proporcionalidad.

En razón de lo anterior, esta materia de selección del contratista, que culmina en la adjudicación y los efectos de la ejecución contractual, no es materia civil de hacienda, sino que es materia contencioso-administrativa. No obstante, al indicar el artículo en comentario “cualquiera sea su naturaleza jurídica”, entonces puede comprender los contratos privados de la administración pública, o sea, se trata de la materia civil de hacienda, pero conocida por el juez contencioso administrativo.

⁵ Jinesta Lobo, Ernesto *et al.*, “Proyecto procesal muy positivo”, *La Nación*, 25 de abril de 2006, opinión.

⁶ Rojas, Enrique, *Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo*, San José, Editora-ma, 2008, pp. 30-33.

VI. CRITERIOS DE PROFESORES ESPAÑOLES

1. *Doctor Jesús Leguina Villa, catedrático de derecho administrativo, Universidad de Alcalá*

La ley mantiene el criterio tradicional de incluir en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, como competencia de atribución, las cuestiones que se susciten en relación con los “contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las administraciones públicas”.

Con acertado criterio, la ley remite en bloque al conocimiento de este orden jurisdiccional todos los litigios que suscite la contratación administrativa, eliminando tanto las menciones específicas que de tales cuestiones litigiosas se hacían en el artículo 3o. a de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1956 (cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos) como la referencia, hoy ya carente de interés, a la naturaleza y finalidad de tales contratos.

La ley extiende la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa a los actos separables de preparación y adjudicación de los “demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las administraciones públicas”.⁷

2. *Doctor Jesús González Pérez, catedrático de derecho administrativo Universidad Complutense de Madrid*

Respecto de los contratos administrativos, la jurisdicción de los tribunales contencioso administrativos es plena. Cuantas cuestiones deriven de los mismos, cuantos litigios se susciten en relación con ellos, serán conocidos por los tribunales de este orden jurisdiccional. No será admisible la impugnación ante la jurisdicción civil.

La regla general es que para que las cuestiones derivadas de un contrato en que sea parte una administración pública queden atribuidas a los tribunales contencioso administrativos es indispensable que tales contratos sean de naturaleza administrativa.⁸

⁷ Leguina, Jesús y Sánchez Morón, Miguel (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 55 y 56.

⁸ González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 29 del 13 de julio de 1998*, Madrid, Civitas, 1999, t. I, pp. 166 y ss.

Aunque la lentitud es, sin duda, el más grave de los defectos de que adolece la justicia administrativa, existen otros determinantes, asimismo, de que el ciudadano español se encuentre sin una protección jurisdiccional eficaz frente a las arbitrariedades de administraciones públicas cada día más gravosas.⁹

VII. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

De acuerdo con la Ley 8508, el agotamiento de la vía administrativa es voluntario para los administrados, excepto en la materia municipal y de contratación administrativa.

Al respecto, el voto 3669-06 de la Sala Constitucional afirmó:

Considerando VI: debe entenderse que el agotamiento de la vía administrativa, debe quedar a la libérrima elección del administrado, de modo que éste sea quien, después de efectuar un juicio de probabilidad acerca del éxito eventual de su gestión en sede administrativa, decida si interpone o no los recursos administrativos procedentes.

Cuando el administrado opta por no agotar la vía administrativa, empezará a correr el plazo respectivo, a partir de la notificación del acto final no impugnado. En suma, el carácter electivo de la vía administrativa, resulta absolutamente congruente con los derechos fundamentales de los administrados de acceso a la jurisdicción, a una justicia pronta y cumplida (artículo constitucional 41), a la igualdad (artículo constitucional 33) y a controlar la legalidad de la función administrativa (artículo constitucional 49).

Debe resaltarse que tan constitucional es que el administrado opte por acudir directamente a la vía jurisdiccional, sin agotar la vía administrativa, como cuando elige hacerlo.

Artículo 31 de la Ley 8508: “1) El agotamiento de la vía administrativa será facultativo, salvo lo dispuesto en los artículos constitucionales 173 y 182”.

Artículo constitucional 173: referente a la materia municipal.

Artículo constitucional 182: referente a la materia de la contratación administrativa.

⁹ González Pérez, Jesús, *La reforma de la jurisdicción contencioso administrativa*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas-Consejo General del Poder Judicial, 1997, p. 11.

VIII. TIPOLOGÍA DE LEYES

Se da una relación de comparación, a la vez que contextual, entre una ley especial o específica y una ley general.

1. *Especial*

La Ley de la Contratación Administrativa es la ley especial en esta materia.

2. *General*

La ley relativa a la jurisdicción contencioso-administrativa, respecto de la ley de la contratación administrativa, es la ley general.

Igualmente, esa relación de comparación, con respecto a... y en un contexto determinado, permite fijar correspondencias entre una ley sustantiva y de procedimiento.

3. *Sustantiva*

Dentro del marco de esta argumentación, la ley sustantiva es la de contratación administrativa.

4. *Procedimental*

La ley que regula la jurisdicción contencioso-administrativa es de carácter procedimental.

IX. CONCLUSIÓN

Será el futuro el que dirá el rumbo real de esta ley 8508, vigente a partir del 1o. de enero de 2008.

Considero que, efectivamente, la posibilidad de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa los actos administrativos preparatorios con efecto propio de la contratación administrativa, como lo establece el numeral 2o. a de la Ley 8508, provocará más lentitud y obstáculos en el trámite de la selección del contratista público, ya que —objetivamente— es una etapa agregada a lo ya existente, en la sede de dicha jurisdicción judicial.

El comportamiento de la aplicación de la norma en la realidad nos informará acerca de la distancia entre la norma, como papel impreso o formato digital y los hechos.

La mentalidad mágica de creer que la realidad se comporta como dice lo escrito en el papel o en la expresión digital significa ceguera ante los hechos.

X. BIBLIOGRAFÍA

- BENAVIDES, José Luis, *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2004.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005.
- y RIVERO YSERN, Enrique, *La contratación pública*, Buenos Aires, Hammurabi-Depalma, 2007.
- CASTILLO, Fernando y ALVARADO, Esteban, *Código Procesal Contencioso Administrativo. Anotado con las actas legislativas*, San José, Procuraduría General de la República-Colegio de Abogados, 2007.
- DUSSÁN, Jorge, *Elementos del contrato estatal*, Bogotá, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005.
- FERNÁNDEZ-RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo. Contratos*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999.
- GIMENO, José, *El control de la contratación pública*, Madrid, Civitas, 1995.
- GUIRIDLIAN, Javier, *Contratación pública y desarrollo de infraestructura*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2004.
- JIMÉNEZ, Manrique *et al.*, *El nuevo proceso contencioso administrativo*, San José, Poder Judicial-Escuela Judicial, 2006.
- LINARES, Mario, *El sistema internacional de protección de la inversión de la inversión extranjera y los contratos públicos*, Lima, Grijley, 2006.
- LUCERO, Manuel, *La licitación pública*, México, Porrúa, 2004.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La reforma de la jurisdicción contencioso administrativa*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas-Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- , *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 29 del 13 de julio de 1998*, Madrid, Civitas, 1999, t. I.

- HERNÁNDEZ, Magally, *Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de derecho y el derecho público*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1997.
- Hines, César, *La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica*, San José, Mundo Gráfico, 2006.
- JINESTA LOBO, Ernesto, *Manual del proceso contencioso administrativo*, San José, Iusconsultec SA-EJC, 2008.
- LEGUINA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (dirs.), *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa*, Valladolid, Lex Nova, 1999.
- NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Madrid, Ariel, 2008.
- PÉREZ, Alejandro, *Renegociación de contratos públicos*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2002.
- ROJAS, Enrique, *Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo*, San José, Editorama, 2008.
- RAMOS, Daniel, *Licitación pública*, México, Escuela Nacional de Administración Pública, 2004.
- ROMERO-PÉREZ, *La contratación administrativa*, San José, EUNED, 2002.
- , *Derecho administrativo*, San José, EUNED, 2002.
- , *La contratación pública*, San José, Universidad de Costa Rica, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Derecho, 2003.
- , *Contratos públicos y aeropuertos*, San José, Editorial Lex, 1999.
- SANTAMARÍA, Juan, *Fundamentos del derecho administrativo*, Madrid, Ramón Areces, 1991.
- URREA, Martín, *La contratación internacional de las administraciones públicas*, Madrid, Dykinson, 1999.