

Exp. 08-000955-1027-CA

Res. 000004-F-S1-2011

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas treinta y cinco minutos del trece de enero de dos mil once.

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **la actora**, representado por su apoderado generalísimo sin límite de suma, **P., [...]**; contra el **INSTITUTO NACIONAL DE APRENDIZAJE**, representado por su apoderado general judicial, Esteban González Maltes, vecino de Heredia. Las personas físicas son mayores de edad, y con las salvedades hechas, casados, abogado y vecino de San José.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor estableció proceso de conocimiento, cuya pretensión fue ajustada en audiencia preliminar de la siguiente manera, para que en sentencia se declare: *“...la disconformidad de la conducta administrativa consistente en la limitación de oferentes mediante la imposición de la marca “txpert” (sic) permitiendo que a futuro haya una apertura sin limitarlo a esa marca. No pretendiendo resarcimiento económico.”* Asimismo, solicitó la condenatoria en costas personales y procesales.

2.- El apoderado del instituto demandado contestó negativamente y no opuso

excepciones.

3.- Se señalaron las 8 horas 30 minutos del 5 de marzo de 2009 para realizar la audiencia de conciliación, a la que no comparecieron los representantes de las partes, por lo que se declaró fracasada.

4.- Al ser las 13 horas 30 minutos del 1 de junio de 2009, se efectuó la audiencia preliminar, oportunidad en que hicieron uso de la palabra los representantes de ambas partes. El Juez Alexander Castillo Aguilar declaró el asunto como de puro derecho por lo que se remitió a la Sección Sexta del Tribunal.

5.- El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, integrada por la Jueza Cynthia Abarca Gómez y los Jueces Otto González Vilchez y Roberto Garita Navarro, en sentencia no. 1371-2009 de las 13 horas del 8 de julio de 2009, resolvió: *“Se declara sin lugar la falta de legitimación activa, alegada por la parte demandada. Se declara con lugar la presente demanda interpuesta por **la actora** (sic) contra el **Instituto Nacional de Aprendizaje**, por lo que se dispone: **1)** Se declara disconforme la conducta administrativa del Instituto Nacional de Aprendizaje, con el bloque de legalidad, consistente en solicitar la compra del Programa English Discoveries Expert, como objeto principal dentro de un procedimiento ordinario de contratación como la Licitación Abreviada, al violar los principios de libre concurrencia e igualdad; **2)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 122, inciso j, del Código Procesal Contencioso Administrativo, se le ordena al Instituto Nacional de Aprendizaje, que en futuros procedimientos ordinarios de contratación administrativa, no introducir en los carteles restricciones técnicas como lo es la adquisición directa del Programa English*

Discoveries Expert; 3) Si desea dicha institución adquirir dicho software, podrá hacerlo mediante el procedimiento administrativo extraordinario o sustitutivo regulado en el artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa; 4) Se ordena a la parte demandada al pago de las costas procesales y personales de este proceso.”

6.- El representante de la parte demandada formula recurso de casación indicando las razones en que se apoya para refutar la tesis del Tribunal.

7.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado González Camacho

CONSIDERANDO

I.- El Instituto Nacional de Aprendizaje (en adelante INA) promovió la licitación abreviada no. 2008LA-000007-09, con el objeto de adquirir el *Programa English Discoveries Expert*. **La actora**, consideró que la especificación *Expert* que se incorporó al cartel, constituía una marca que sesgaba la adquisición hacia un determinado proveedor y, por ende, suprimía la competencia entre oferentes, razón por la cual objetó el cartel. Mediante resolución de las 10 horas del 18 de septiembre de 2008, el INA rechazó la objeción. **La actora** acudió a la vía contenciosa-administrativa inicialmente; pidió que se anule del cartel la descripción *Expert* como único bien a licitar y consecuentemente los requerimientos técnicos que aluden a ella y se condene en costas al INA. Como medida cautelar solicitó que no se llevara a cabo la apertura de las ofertas. El Tribunal, en resolución no.763-2008 de las 16 horas del primero de octubre de 2008, ordenó de manera provisionalísima la suspensión del acto de adjudicación

dentro de la referida licitación y concedió audiencia a la parte contraria. Al responder a esa audiencia, el INA manifestó que la actora no tiene interés legítimo y actual, porque presentó su oferta de forma extemporánea, por lo cual no podía participar. En su criterio, la intención de **la actora** era entorpecer la labor de la Administración. Agregó, se licitó la compra del programa *English Discoveries Expert* porque así lo recomendó el criterio técnico de la Institución, mediante oficio USIT-635-2008. Posteriormente, al contestar la demanda, la Institución referida admitió algunos hechos y rechazó otros. El Tribunal, en resolución no. 909-2008 de las 9 horas 30 minutos del 27 de octubre de 2008, revocó la medida provisionalísima. En la audiencia preliminar, al enterarse la actora de que la licitación había sido adjudicada, varió su pretensión, solicitando que se declarara la disconformidad de la conducta administrativa, al darse una limitación en los oferentes mediante la imposición de la marca *Expert*. En sentencia se denegó la excepción de falta de legitimación activa. Se acogió la demanda, por lo que se declaró disconforme al ordenamiento jurídico la conducta realizada por el INA, al violar los principios de libre concurrencia e igualdad. Se le ordenó que en futuros procedimientos ordinarios de contratación administrativa, no introduzca en los carteles restricciones técnicas como lo es la adquisición directa del Programa English Discoveries Expert. Condenó al INA al pago de las costas personales y procesales. En la sentencia se indicó a la entidad demandada, que para adquirir ese específico software, podía acudir a un procedimiento extraordinario de contratación.

II.- El apoderado general judicial del INA formula recurso de casación. Alega los siguientes agravios: **primero**, acusa indebida valoración de las pruebas y argumentos

de su representada, ya que en la contestación de la demanda, grabaciones de la audiencia preliminar y conclusiones, no se hace referencia a ninguna defensa de falta de legitimación activa. Comenta, el Tribunal indicó con error que su representado adujo que la actora carecía de legitimación activa, por haber presentado su oferta en forma extemporánea. Después de ello, rechazó esa defensa, al estimar que cualquier potencial oferente, de acuerdo con el artículo 10 del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CPCA), podía impugnar el cartel. Tal excepción, resalta, nunca se interpuso, ni se mencionó en ninguna etapa. Admite que se hizo ver que la empresa actora presentó su oferta en forma tardía, pero no se dijo que se trataba de una falta de legitimación, sino para hacer ver al Tribunal que el argumento principal de la empresa era que con la característica *Expert*, se veían imposibilitados de participar, porque no tenían el programa. Sin embargo, señala, participaron de forma extemporánea, evidenciando la falta de interés y de seriedad de la empresa en vía administrativa, atrasando con ello el procedimiento licitatorio con argumentos infundados. **Segundo**, nuevamente acusa indebida valoración de las pruebas y argumentos de su representada expuestos en la contestación de la demanda, grabaciones de la audiencia preliminar y conclusiones. Menciona, los juzgadores concluyeron que el INA señaló que la característica *Expert* no era una marca, pero de las pruebas aportadas se determinó lo que sí lo era. Afirma que, en ningún momento se negó que se tratara de una marca, ya que desde un inicio se señaló que si lo era y que un criterio técnico justificaba ese requerimiento. Lo indicado por el Tribunal, menciona, corresponde a las conclusiones de la audiencia preliminar, donde se señaló

que no se darían a la tarea de probarle los hechos a la contraria, a quien correspondía acreditar si en efecto se trataba de una marca. **Tercero**, combate la tesis del Tribunal respecto a que en materia de contratación administrativa no se puede limitar la participación o libre competencia de los oferentes. Tal afirmación, estima, riñe con el ordenamiento jurídico y con diversos pronunciamientos de la Contraloría General de la República, quien por mandato constitucional, es el ente rector en materia de compras del Estado. Además, quien debe dar los lineamientos a las instituciones en este campo. Esgrime que el artículo 2 inciso d) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante Reglamento) admite la restricción a la libre competencia cuando exista una justificación para la conducta de la entidad, regla que aplicó el INA, pues atendió al criterio técnico de la Unidad de Informática y Telemática, quien en el documento USIT-635-2008, indicó que la especificidad requerida respondía a una ampliación de los equipos que se habían adquirido en el 2002, por lo que no eran recomendables otras marcas incompatibles con las bases instaladas. **Cuarto**, arguye, nunca mencionó su patrocinada que podían restringir la participación de una marca específica, al estar en una de las excepciones dispuestas en el artículo 2 bis inciso b) de la LCA. El fundamento para proceder de esa forma, apunta, era la justificación técnica dada por la Institución, la cual no fue de recibo para los jueces como forma de limitar la participación, pero sí para contratar de forma directa a una empresa por la excepción contenida en numeral mencionado. Señala que aún cuando el presente caso puede enmarcarse en el supuesto descrito en la citada norma, el Tribunal deja de lado que esa excepción no es facultativa de la Administración, sino que debe solicitarse permiso a la

Contraloría General de la República, así que mal hizo el órgano decisor al atribuirse funciones del ente contralor, violentando el principio de división de poderes.

III.- La Sala entrará a analizar primero la supuesta infracción al principio de división de poderes, ya que se cuestiona en el fondo la competencia del juez contencioso administrativo. Partiendo del concepto moderno que expone la doctrina, de que el poder es uno sólo y no se divide, surge el concepto de “distribución de funciones” entre diferentes órganos del Estado, tesis que prevé la necesaria coordinación entre los órganos y entes estatales para la satisfacción del bien común de los habitantes de la República. Es importante destacar que la Contraloría General de la República, no es un Poder del Estado, sino un órgano de rango constitucional, cuya competencia es la vigilancia de la Hacienda Pública, y sus deberes están señalados en el apartado 184 de la Constitución Política. La parte recurrente alega, que el Juez no puede indicarle a la Administración Pública -en este caso al INA-, cuál era el procedimiento licitatorio que debió aplicar, pues en su opinión, esa es una competencia exclusiva y excluyente del órgano contralor de la Hacienda Pública. Esta Sala estima necesario, para la resolución del motivo invocado por la parte demandada, referirse al contenido del numeral 49 de la Constitución Política, con el fin determinar claramente el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa y así verificar si se produjo la vulneración al principio de división de poderes que alega el casacionista. En el artículo 49 del texto constitucional, se establece el control de la función administrativa del Estado, la cual es ejercida por los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa; ésta tiene por objeto garantizar la legalidad de la función administrativa

del Estado, en sentido amplio. Es decir, ese control de legalidad sobre la conducta administrativa no sólo incluye a los Supremos Poderes, sino también a los entes descentralizados -sea en razón de las funciones que desarrollan (instituciones autónomas y semi-autónomas), o bien, en razón del territorio (municipalidades)-, a los entes públicos no estatales, a las empresas públicas. Por lo que nada impide a los tribunales especializados del Poder Judicial en materia contenciosa administrativa que en temas de contratación administrativa, le señalen a la Administración las conductas que deben realizar para ajustarse a los parámetros de legalidad. Por lo anterior, yerra la parte recurrente al considerar que le está vedado al juez de lo contencioso administrativo, corregir las actuaciones del Estado respecto a la legalidad de las conductas en contratación administrativa. Todo lo contrario, es un deber constitucional de los jueces de la materia ejercer el control de legalidad sobre las actividades que realizan los diferentes entes y órganos de la Administración Pública, el cual se ejerce tanto sobre la actividad reglada como la discrecional y en los casos en que se produzcan violaciones a normas -tanto escritas como no escritas- del ordenamiento jurídico costarricense. Lo anteriormente expuesto no debe ser tergiversado como una usurpación en las funciones que desempeña la Contraloría General de la República, -por parte de los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa- y en consecuencia, como un quebranto al principio de división de Poderes, toda vez que, la Constitución Política ha establecido con toda claridad tanto las funciones del ente fiscalizador de la Hacienda Pública (artículos 183 y 184 de la Carta Fundamental), que como órgano de la Administración Pública (en función de fiscalización y control), en tanto realice función

administrativa, o participe en ella, está también sometida, en todo, al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo. Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo, como última instancia del control de la legalidad, tiene la potestad de desplegar su función directamente sobre el ente u órgano activo; sobre los pronunciamientos del órgano contralor, o sobre ambos. Ni ente ni órgano, activo o contralor, están por encima ni inmunes al control del juez. Por lo anteriormente indicado, es evidente, que la alegada violación al principio de división de poderes, a la que se refiere la parte casacionista no se produce en el caso particular, motivo por el que deberá rechazarse el agravio invocado.

IV.- Respecto a la indebida valoración de la prueba efectuada al analizar la excepción de falta de legitimación activa, el casacionista alude que de la contestación de la demanda, las grabaciones de la audiencia preliminar y las conclusiones, se colige que su representado nunca opuso aquella defensa, por ende, el Tribunal se equivocó cuando la señaló de esta forma. En efecto, la parte demandada no aludió a la falta de legitimación activa en los momentos que enlista, pero se logra colegir de lo dicho al contestar la audiencia para referirse a la medida cautelar, "la empresa recurrente no tiene interés legítimo y actual dentro del proceso (...) debe excluirse del procedimiento de contratación, no por el requerimiento del "Programa English Discoveries Expert", sino por su propia actuación..." (folio 42), así que el Tribunal no cometió error alguno al pronunciarse en sentencia sobre ese tema. A mayor abundamiento de razones, la legitimación es un presupuesto de fondo que debe analizarse de oficio a efectos de dictar la sentencia, por lo que no existe ningún error al efectuar ese examen. Pero a

más de lo dicho, habrá de notarse que el agravio no se refiere al fondo de lo resuelto, ni a su inconformidad, ni refleja perjuicio, ni mucho menos quebranto de la sentencia recurrida, toda vez que se limita a realizar la observación de que no interpuso la defensa que se le atribuye, sin mostrar –se repite-, inconformidad al respecto. Al no encontrarse el vicio acusado, el cargo deberá desestimarse.

V.- Tocante al segundo motivo por indebida valoración de la prueba, combate que se le atribuya a su representado haber negado que *Expert* era una marca; debe aclararse que el Tribunal indicó que se acreditó que era una marca, así que “*se desacredita lo dicho por el representante de la parte demandada durante el trámite de este proceso de que la actora no había demostrado que el Programa English Discoveries Expert fuera una marca...*” (folio 91). En tal afirmación no existe ningún yerro de los juzgadores, el recurrente admitió en el recurso que no iban a acreditarle los hechos a la contraria, pues a ella le correspondía hacerlo. En realidad, ambas partes reconocen que se trataba de una marca de un programa específico de computación, así lo indica en su propio recurso, de modo que se convierte en un argumento vano frente a la sentencia recurrida, que aceptó la tesis de la naturaleza del objeto licitado. Al no observarse el yerro endilgado al fallo, el motivo deberá rechazarse.

VI.- Como tercer reparo, ataca lo dicho supuestamente por el Tribunal respecto a que en materia de contratación administrativa no se puede limitar la participación o libre competencia de los oferentes. El casacionista saca de contexto lo expuesto por el Tribunal, ya que en realidad la sentencia indica que existen procedimientos ordinarios de contratación, dentro de los que se encuentra la licitación abreviada (supuesto que se

utilizó en este asunto), en los cuales se deben respetar los principios generales de contratación administrativa, como el que menciona el recurrente. Además, admite que hay casos de excepción a los procedimientos ordinarios, *"...son también excepciones a la aplicación plena y estricta de los principios que rigen la contratación administrativa"* (folio 89). Es decir, nunca negó el Tribunal que en algunos casos podría limitarse la participación, más bien reconoció dicha posibilidad, así que no desconoció lo dispuesto en el artículo 2 inciso d) del Reglamento, que dispone que no pueden darse restricciones que injustificadamente limiten la participación. Sin embargo, en este caso el principio de libre competencia debía respetarse, ya que para la compra se utilizó como se dijo un procedimiento ordinario, la licitación abreviada, por lo que no existe ningún error en tal exigencia.

VII.- Por último, aduce que su patrocinado nunca mencionó que podían restringir la participación de una marca específica, al estar en una de las excepciones dispuestas en el artículo 2 bis inciso b) de la LCA, sino que ello respondía al criterio técnico. Esa situación la admite el Tribunal y en ese sentido indicó, *"Este criterio técnico, evidencia que los motivos para adquirir el Programa English Discoveries Expert, por parte de la institución demandada, son totalmente atinentes a las necesidades institucionales. Sin embargo, son motivos que no se complementan con la utilización de un procedimiento ordinario de contratación administrativa, como la Licitación Abreviada, sino que son propios para justificar un procedimiento de excepción a los procedimientos ordinarios de contratación, que está plenamente regulado en el artículo 2 bis, inciso b), de la Ley de Contratación Administrativa..."* (folio 93) De lo expuesto se colige que, la

alusión al numeral 2 bis de la LCA, la introdujo el Tribunal, luego de indicar que el procedimiento elegido para comprar el citado programa no era el adecuado, en vista que restringía el principio de libre competencia, pero que en todo caso dicha necesidad del Instituto pudo haberse suplido, si se hubiera utilizado un procedimiento de excepción, como el dispuesto en el artículo 2 bis. Claro está para ello debe observar el procedimiento administrativo extraordinario, atendiendo a la regulación pertinente, por ende, debe dirigir una solicitud al órgano contralor de la hacienda pública donde justifique en forma detallada las circunstancias que motivan la aplicación de la excepción de utilizar los procedimientos ordinarios de contratación administrativa, así como el detalle de la forma que se ha previsto para seleccionar al contratista. La autorización que otorga la Contraloría General de la República a la Administración Pública solicitante, es un acto administrativo previo mediante el cual se faculta la emisión de otro acto determinado o la realización de un comportamiento específico, por lo que se le considera como un requisito de validez para otro acto administrativo posterior. Así las cosas, se requiere la autorización de la Contraloría General de la República para aplicar el procedimiento de compra directa y apartarse de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa. Si el ente contralor de la Hacienda Pública no otorga la autorización, la Administración se verá imposibilitada de utilizar el procedimiento de compra directa y deberá sujetarse estrictamente a las disposiciones establecidas para los procedimientos ordinarios.

VIII.- Por las razones expuestas, se deberán rechazar los agravios presentados por el Instituto Nacional de Aprendizaje contra la sentencia recurrida. Son las costas del

recurso de casación a cargo de la promovente, de conformidad con el artículo 150 inciso 3) del CPCA.

POR TANTO

Se rechaza el presente recurso de casación. Son las costas del recurso a cargo de la recurrente.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

KARIAS