

**UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA  
ESCUELA DE DERECHO**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
LICENCIATURA EN DERECHO**

**EL TRATAMIENTO DEL INSTITUTO DE LA  
SUBSANACIÓN EN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,  
CONFORME A LAS RESOLUCIONES DADAS POR LA  
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: EN LOS  
CASOS CONCRETOS DE LA EXPERIENCIA Y LA  
MOROSIDAD OBRERO PATRONAL**

**Sustentante  
Juan Ariel Madrigal Porras**

**Tutor  
Lic. Rodolfo Sotomayor Aguilar**

**Octubre, 2019**

## TABLA DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE TABLAS.....	v
DECLARACIÓN JURADA.....	vii
CARTA APROBACIÓN TUTOR.....	vii
CARTA APROBACIÓN LECTOR .....	ix
CARTA APROBACIÓN FILÓLOGO.....	x
AGRADECIMIENTOS.....	xi
DEDICATORIA .....	xii
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN .....	13
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	14
1.1.1. Antecedentes del problema .....	14
1.1.2. Problematización .....	15
1.1.3. Delimitación del problema .....	17
1.1.4. Justificación del problema .....	17
1.3.1. Objetivo general .....	18
1.3.2. Objetivos específicos.....	19
1.4.1. Alcances.....	19
1.4.2. Limitaciones .....	20
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO .....	21
2.1. CONTEXTO HISTÓRICO.....	22
2.1.1. Competencias de la Contraloría General de la República.....	24
2.1.2. Funciones de la Contraloría General de la República.....	27
2.2. CONTEXTO TEÓRICO .....	29

2.2.1.	Concepto de subsanación .....	29
2.2.2.	Principios de contratación administrativa .....	30
2.2.2.1.	Principio de eficacia y eficiencia .....	30
2.2.2.2.	Principio igualdad y libre competencia .....	33
2.2.2.3.	Principio de Publicidad .....	37
2.2.2.4.	Principio de buena fe .....	40
2.2.2.5.	Principio de intangibilidad patrimonial .....	41
2.2.3.	Principios Constitucionales en Contratación Administrativa .....	43
2.2.4.	Aspectos subsanables .....	47
2.2.4.1.	Análisis de la experiencia positiva .....	53
2.2.4.2.	Análisis de la morosidad obrero-patronal .....	62
2.2.4.2.1.	Análisis de la morosidad obrero patronal como un aspecto no subsanable .....	65
2.2.4.2.2.	Análisis de la morosidad obrero patronal como aspecto subsanable .....	74
2.2.4.2.3.	Análisis de sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda .....	85
2.2.4.2.4.	Análisis recurso casación contra la sentencia No. 023-2018-I .....	102
CAPÍTULO III: MARCO METOLÓGICO .....		111
3.1.	MARCO METODOLÓGICO .....	112
3.2.	Tipo de investigación .....	113
3.2.1.	Finalidad .....	113
3.2.2.	Dimensión temporal .....	114
3.2.3.	Marco .....	115
3.2.4.	Naturaleza .....	116
3.2.5.	Carácter .....	117
3.3.	Sujetos y fuentes de información .....	120

3.3.1.	Las fuentes primarias .....	121
3.3.2.	Las fuentes secundarias.....	122
3.3.3.	Las fuentes terciarias .....	122
3.4.	Selección de muestreo .....	123
3.5.	Técnicas e instrumentos para recolectar la información .....	124
3.5.1.	Entrevista .....	125
3.5.2.	Información documental .....	126
4.1.	ANÁLISIS DE ENTREVISTAS.....	128
4.2.	ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN .....	148
4.2.1.	Análisis de la incidencia de los pronunciamientos de la Contraloría General de la República en lo relacionado con la experiencia positiva .....	149
4.2.2.	Análisis de la incidencia de los pronunciamientos de la Contraloría General de la República respecto a la morosidad obrero patronal.....	151
	CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	158
5.1.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	159
5.1.1.	Conclusiones.....	159
5.1.2.	Recomendaciones.....	162
	ANEXOS .....	164
	Anexo I: Cuestionario dirigido a expertos en contratación administrativa .....	165
	Anexo 2: Cuestionario dirigido a expertos en contratación administrativa.....	167
	Anexo 3: Carta de autorización del autor para la consulta, la reproducción parcial o total y publicación electrónica de los trabajos finales de graduación .....	168
	Referencias.....	169

## ÍNDICE DE TABLAS

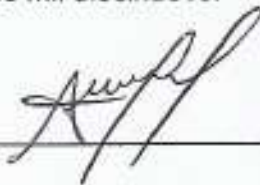
Tabla 1 :Respuestas a la pregunta 1: Según su criterio, la posición actual del órgano contralor respecto al instituto de la subsanación en lo relacionado con la experiencia positiva, es acertada o, por lo contrario, consideran que la misma, para ser subsanada, debe encontrarse al menos referenciada en las ofertas? .....	129
Tabla 2: Respuestas a la pregunta 1 (continuación): Según su criterio, la posición actual del órgano contralor respecto al instituto de la subsanación en lo relacionado con la experiencia positiva, es acertada o, por lo contrario, consideran que la misma, para ser subsanada, debe encontrarse al menos referenciada en las ofertas?.....	130
Tabla 3: Respuestas a la pregunta 2: Considera que, para poder admitir la subsanación de la experiencia positiva, la misma debe presentarse, únicamente, en el formato establecido por la administración, caso contrario, no podría ser aceptada. ....	132
Tabla 4: Respuestas a la pregunta 2 (continuación): Considera que, para poder admitir la subsanación de la experiencia positiva, la misma debe presentarse únicamente en el formato establecido por la administración, caso contrario, no podría ser aceptada.....	133
Tabla 5: Respuestas a la pregunta 3: ¿Cuáles otros supuestos se podrían admitir como susceptible a ser subsanado en lo correspondiente a la experiencia positiva? .....	134
Tabla 6: Respuestas a la pregunta 3 (continuación): ¿Cuáles otros supuestos se podrían admitir como susceptible a ser subsanado en lo correspondiente a la experiencia positiva? .....	135
Tabla 7: Respuestas a la pregunta 4: Comparte usted la tesis de la Contraloría General de la República con respecto a la subsanación de lo concerniente a la morosidad obrero patronal, una vez realizada la apertura de las ofertas.....	136

Tabla 8: Respuestas a la pregunta 4 (continuación): Comparte usted la tesis de la Contraloría General de la República con respecto a la subsanación de lo concerniente a la morosidad obrero patronal, una vez realizada la apertura de las ofertas.....	137
Tabla 9: Respuestas a la pregunta 4 (continuación): Comparte usted la tesis de la Contraloría General de la República con respecto a la subsanación de lo concerniente a la morosidad obrero patronal, una vez realizada la apertura de las ofertas.....	138
Tabla 10: Respuestas a la pregunta 5: ¿Cómo califica la interpretación realizada por la Contraloría General de la República, de cara al artículo 74 inciso 3) de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social? .....	140
Tabla 11: Respuestas a la pregunta 5 (continuación): ¿Cómo califica la interpretación realizada por la Contraloría General de la República, de cara al artículo 74 inciso 3) de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social? .....	141
Tabla 12: Respuestas a la pregunta 5 (continuación): ¿Cómo califica la interpretación realizada por la Contraloría General de la República, de cara al artículo 74 inciso 3) de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social? .....	142
Tabla 13: Respuestas a la pregunta 6: Desde su perspectiva, considera que el aceptar que las empresas subsanen lo correspondiente a la morosidad obrero patronal atenta con el régimen de seguridad social. ¿Por qué? .....	144
Tabla 14: Respuestas a la pregunta 6 (continuación): Desde su perspectiva, considera que el aceptar que las empresas subsanen lo correspondiente a la morosidad obrero patronal atenta con el régimen de seguridad social. ¿Por qué? .....	145
Tabla 15: Respuestas a la pregunta 6 (continuación): Desde su perspectiva, considera que el aceptar que las empresas subsanen lo correspondiente a la morosidad obrero patronal atenta con el régimen de seguridad social. ¿Por qué? .....	146

## DECLARACIÓN JURADA

Yo, Juan Ariel Madrigal Porras, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 603050948 egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Hispanoamericana, hago constar por medio de este acto y debidamente apercibido y entendido de las penas y consecuencias con las que se castiga en el código penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de tesis para optar por el título de licenciatura en derecho, juro solemnemente que mi trabajo de investigación titulado: El tratamiento del instituto de la subsanación en contratación administrativa, conforme a las resoluciones dadas por la contraloría general de la república: en los casos concretos de la experiencia y la morosidad obrero patronal, es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las Leyes Penales, así como la ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta número 226 del 25 de noviembre de 1982; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte; artículo 70. Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original. Asimismo, quedo advertido que la universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante Notario Público. En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de Puntarenas, a los veintiocho días del mes setiembre de del año dos mil diecinueve.

Firma Estudiante \_\_\_\_\_



## CARTA APROBACIÓN TUTOR

### CARTA DEL TUTOR

Puntarenas, 02 de octubre del 2019

*Lic. Piero Vignoli Chessler*  
*Facultad de Derecho*  
*Universidad Hispanoamericana*

Estimado señor:

El estudiante Juan Ariel Madrigal Porras, cédula de identidad número 603050948, me ha presentado, para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado EL TRATAMIENTO DEL INSTITUTO DE LA SUBSANACIÓN EN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, CONFORME A LAS RESOLUCIONES DADAS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: EN LOS CASOS CONCRETOS DE LA EXPERIENCIA Y LA MOROSIDAD OBRERO PATRONAL", el cual ha elaborado para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

En mi calidad de tutor, he verificado que se han hecho las correcciones indicadas durante el proceso de tutoría y he evaluado los aspectos relativos a la elaboración del problema, objetivos, justificación; antecedentes, marco teórico, marco metodológico, tabulación, análisis de datos; conclusiones y recomendaciones.

De los resultados obtenidos por el postulante, se obtiene la siguiente calificación:

a)	ORIGINAL DEL TEMA	10%	10
b)	CUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE AVANCES	20%	20
c)	COHERENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS, LOS INSTRUMENTOS APLICADOS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	30%	30
d)	RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	20%	20
e)	CALIDAD, DETALLE DEL MARCO TEORICO	20%	20
	TOTAL		100

En virtud de la calificación obtenida, se avala el traslado al proceso de lectura.

Atentamente,

*Lic. Rodolfo Sotomayor Aguilar*  
*Cédula identidad 602690071*  
*Carné Colegio Profesional 9762*

## CARTA APROBACIÓN LECTOR



### CARTA DEL LECTOR

Heredia, 26 de noviembre de 2019

**Prof. Piero Vignoli Chesler**  
**Director de la Carrera de Derecho**  
**Universidad Hispanoamericana**

Estimado señor:

El estudiante Juan Ariel Madrigal Porras, cédula de identidad número seis – cero trescientos cinco – cero novecientos cuarenta y ocho, me ha presentado, para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado “*El tratamiento del instituto de la subsanación en contratación administrativa, conforme a las resoluciones dadas por la Contraloría General de la República: en los casos concretos de la experiencia y la morosidad obrero patronal*”, el cual ha elaborado para optar por el grado de Licenciada en Derecho.

He revisado y he hecho las observaciones relativas al contenido analizado, particularmente, lo relativo a la coherencia entre el marco teórico y el análisis de datos; la consistencia de los datos recopilados y la coherencia entre estos y las conclusiones; asimismo, la aplicabilidad y originalidad de las recomendaciones, en términos de aporte de la investigación. He verificado que se han hecho las modificaciones correspondientes a las observaciones indicadas.

Por consiguiente, este trabajo cuenta con mi aval para ser presentado en la defensa pública.

Atentamente,



Prof. Carlos José Mejías Rodríguez  
Universidad Hispanoamericana  
Lector  
Ced. 1-1231-0312  
Carné del Col de Abo. 19536

## CARTA APROBACIÓN FILÓLOGO

Esparza, 28 de noviembre, 2019.

Señores  
Escuela de Derecho  
Universidad Hispanoamericana

Estimados señores:

El estudiante **Juan Ariel Madrigal Porras**, me ha presentado, para efectos de corrección de estilo, el trabajo final de graduación, denominado **"EL TRATAMIENTO DEL INSTITUTO DE LA SUBSANACIÓN EN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, CONFORME A LAS RESOLUCIONES DADAS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: EN LOS CASOS CONCRETOS DE LA EXPERIENCIA Y LA MOROSIDAD OBRERO PATRONAL."**; este fue elaborado para optar por el grado académico de **Licenciatura en Derecho**.

He revisado, de acuerdo con los lineamientos de la corrección de estilo, señalados por la Universidad, los aspectos de estructura gramatical, acentuación, ortografía, puntuación y los vicios de dicción, que se trasladan al escrito y he verificado que se han realizado todas las correcciones indicadas en el documento.

Por consiguiente, doy fe de que este trabajo se encuentra listo para ser presentado oficialmente a la Universidad.

Atentamente,



Lic. José Ronald Araya Martínez

Cédula N°: 203480756

Carné 7201-91

Colegio de Licenciados y Profesores

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradecido con Dios, por dame las fuerzas para concluir este reto, dándome las fuerzas necesarias para salir adelante.

A mi familia, por el apoyo y sacrificio que han hecho durante estos años, espero poder compensárselos; han sido mi motivación para concluir con la meta propuesta.

Gracias a mi madre, por la disciplina y perseverancia que me ha inculcado y por ser tan insistente durante todo este proceso.

Quedo muy agradecido con todas aquellas personas que de una u otra forma me han apoyado en todo este proceso, así como a los profesores y compañeros de la universidad. Gracias por todo.

A mi tutor, el Lic. Rodolfo Sotomayor Aguilar que me apoyó en todo momento y que creyó en mí desde el primer momento durante el proceso de elaboración de la tesis.

No puedo dejar de agradecer al INCOP, gracias por permitirme crecer profesionalmente.

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo a mi familia, quienes fueron mi motor durante todo este proceso, quienes me dieron las fuerzas para seguir cuando estuve a punto de rendirme.

A mi madre por su insistencia, gracias por no dejar rendirme.

**CAPÍTULO I:**  
**EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN**

## **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1.1. Antecedentes del problema**

Los procesos de contratación, en Costa Rica, tienen sus orígenes desde la Constitución Política, al someter los procesos de contratación con fondos públicos a procedimientos licitatorios, donde su rigurosidad va a estar afectada, según los montos de las contrataciones que realicen los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas.

La presente investigación tiene como antecedente fundamental el análisis de los criterios emitidos por la Contraloría General de la República, en cuanto al tratamiento que se le ha dado al instituto de la subsanación, donde a través del análisis de estos criterios se pretende identificar la evolución o los cambios que se han dado en los últimos cinco años, específicamente, en cuanto a la experiencia y la morosidad patronal.

En el campo del derecho, resulta de fundamental trascendencia el tema de la subsanación, con el propósito de conocer cuáles errores que se pueden dar al momento de presentar las ofertas; porque, a través de una indagación de la normativa y los diferentes pronunciamientos de la Contraloría General de la República, se han permitido aspectos que pueden ser subsanados en esta etapa procesal y cuáles no resultan pertinentes o susceptibles a valoración.

La normativa existente en materia de contratación administrativa, la jurisprudencia y los diferentes pronunciamientos emitidos por la Contraloría General de la República

ha sufrido con el tiempo algunos ajustes, los cuales han logrado, en algunos casos, modificaciones importantes y, por ende, un cambio en la interpretación que se le ha dado a diferentes normas, las cuales se han tomado como referencia, el principio de conservación de las ofertas, ha permitido una interpretación ampliada de las normas que regulan nuestro ordenamiento jurídico.

A partir de este análisis y del ejercicio profesional, se analizará el tratamiento que la Contraloría General de la República ha dado en sus resoluciones en cuanto a la subsanación de aspectos de la experiencia positiva y en cuanto al análisis que realizan referente a la morosidad obrero patronal, esto de cara a los procesos de análisis de las ofertas en los procesos de contratación, sin que esto coloque al oferente en una ventaja indebida respecto a los demás oferentes.

### **1.1.2. Problematización**

Cuando se analizan las normas donde a través del tiempo el órgano contralor ha vertido un análisis o interpretación de la norma, se ha identificado cómo ha sufrido, en muchos casos, modificaciones, misma que, en algunos momentos, pudo limitar o cortar la participación de empresas jurídicas o personas físicas en los diferentes procesos de contratación que, en su oportunidad, promovieron los diferentes entes estatales.

Ese tratamiento, a las resoluciones, que ha gestionado el órgano contralor y la jurisprudencia de los tribunales de justicia, han permitido cambios en la forma de cómo interpretar por parte de las administraciones, sobre todo relacionado con la experiencia

positiva que puedan comprobar las empresas y hayan obtenido antes de la fecha de la apertura de las ofertas, situación que tuvo que pasar por un proceso de transformación y cambio de paradigma por parte de los operadores del derecho y, por ende, de la misma Contraloría General de la República.

Este aspecto resulta fundamental, en vista de que ha permitido a las empresas que no referenciaban su experiencia en la oferta, posteriormente, a la presentación de sus aplicaciones, podrán hacerlo sin que eso implique una ventaja indebida, esto por cuanto se tratan de hechos históricos y pueden ser demostrados con la presentación de certificaciones o declaraciones juradas que así lo acrediten.

Otro aspecto, que no puede dejarse pasar por alto, es sobre la morosidad patronal, a la fecha, existe una incertidumbre; de hecho, en la actualidad, está siendo analizada por el Tribunal Contencioso Administrativo, esto por cuanto existe una sentencia dada por la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo, del Segundo Circuito Judicial de San José, donde establece la obligación por parte de los patronos y trabajadores independientes de encontrarse al día, con las cuotas obrero patronales, al momento de presentar las ofertas en los procesos de contratación, situación que no es compartida por la Contraloría General de la República, lo cual ha conllevado a rechazar la sentencia que presente inconformidad. Esto conforme a lo que analizaremos sobre el tratamiento o interpretación que le ha dado el órgano contralor a la norma, que se encuentra referenciada en a la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social.

### **1.1.3. Delimitación del problema**

Esta investigación tendrá, como foco de análisis, el tema de la subsanación, tomando como principales aspectos de análisis lo correspondiente al tratamiento que le ha dado la Contraloría General de la República a lo relacionado con la experiencia positiva y a la morosidad obrero patronal y su interpretación que, en la actualidad, se da y sin perder la perspectiva del análisis que ha realizado durante años atrás, con las posibles implicaciones que ha tenido en los procesos de contratación.

Además, se hará un análisis de cómo la interpretación que se da, en la actualidad, afecta o conviene a los intereses de la Administración Pública, para escoger la mejor oferta que convenga para la satisfacción del interés público.

### **1.1.4. Justificación del problema**

Con este tema, se pretende crear un debate respecto a la interpretación que la Contraloría General de la República ha venido dando en cuanto al tema de la subsanación, en donde se pretende guiar, sobre todo, en cuanto al análisis o enfoque que se le ha venido dando a la experiencia positiva y a la morosidad obrero patronal, en los procesos de contratación administrativa.

El presente tema es de actualidad, porque fue el caso de la experiencia positiva que el órgano contralor mediante Resolución R-DCA-660-2015 del 28 de agosto del 2015 modificó el criterio que se venía dando hasta esa fecha, situación que propició la modificación al Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa el 5 de setiembre

del 2018, a fin de permitir que la experiencia no resulte indispensable que sea referenciada en la presentación de las ofertas.

No menos importante, está lo relacionado con la subsanación de la morosidad patronal, misma que reviste de vital trascendencia; ya que existen criterios encontrados por parte de la Contraloría General de la República y el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, respecto a la interpretación que se le pueda dar a este tema, por lo que resulta imprescindible su análisis.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cómo incide las interpretaciones que realiza la Contraloría General de la República en los procesos de contratación administrativa de las instituciones públicas, en los últimos cinco años, específicamente, en cuanto al instituto de la subsanación de la experiencia y la morosidad patronal?

## **1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1. Objetivo general**

- Analizar el tratamiento del instituto de la subsanación en contratación administrativa, conforme a las resoluciones dadas por la Contraloría General de la República, en los casos concretos de la experiencia y la morosidad obrero patronal.

### **1.3.2. Objetivos específicos**

- Enumerar los principios rectores de la contratación administrativa para la subsanación, en relación con la experiencia y la morosidad patronal.
- Comparar los pronunciamientos emitidos por la Contraloría General de la República referente a las subsanaciones, respecto a la experiencia positiva.
- Presentar las principales diferencias entre las resoluciones emitidas por la Contraloría General de la República y la jurisprudencia, específicamente, para la morosidad obrero patronal.
- Determinar la incidencia de los pronunciamientos emitidos por la Contraloría General de la República en los procesos de contratación que realizan las instituciones públicas, en cuanto al instituto de la subsanación de la experiencia y la morosidad patronal.

## **1.4. ALCANCES Y LIMITACIONES**

### **1.4.1. Alcances**

La presente investigación busca brindar generalidades que aclaren y delimiten la aplicación del instituto de la subsanación, de las ofertas en contratación administrativa.

El documento pretende ser un insumo o herramienta de consulta para los abogados y todas aquellas personas que licitan con el Estado y cuentan con un conocimiento general en materia de contratación administrativa.

Por lo tanto, el presente trabajo busca mostrar cuál ha sido la aplicación del instituto de la subsanación en contratación administrativa por parte de la Contraloría General

de la República, específicamente, en lo concerniente a la experiencia positiva y la morosidad obrero patronal.

#### **1.4.2. Limitaciones**

La investigación es de carácter general, situación que dificulta el contacto y entrevistas con todas las instituciones públicas que realizan procesos de contratación administrativa y sus puntos de vista, por lo tanto, se selecciona una muestra de ellas.

Además, el instituto de la subsanación es un tema que, a pesar de que ha sido desarrollado en diferentes resoluciones de la Contraloría General de la República, es un tema que ha sido poco desarrollado por autores, lo cual limitó un poco la diversidad de opiniones por parte de estos.

En el presente trabajo, por salirse de los objetivos del trabajo de investigación realizado no se desarrolló, estadísticamente, la cantidad de empresas y trabajadores independientes que se encontraban morosas al momento de la apertura de las ofertas, como tampoco las que subsanaron de oficio o a solicitud de la administración. Tal información permitiría conocer si únicamente las empresas o trabajadores independientes que tenían posibilidades de resultar adjudicadas eran las únicas que normalizaban su situación de morosidad obrero patronal con la seguridad social o, por el contrario, tal situación no resultaba vinculante para que estas se pusieran al día con su situación de morosidad con la seguridad social, aspecto que podría ser analizado en otro trabajo de investigación.

**CAPÍTULO II**  
**MARCO TEÓRICO**

## 2.1. CONTEXTO HISTÓRICO

El instituto de la subsanación, en los procesos de contratación administrativa, tiene sus orígenes en el (Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa N° 33411), donde a través de las facultades que le otorga la Constitución Política y la Ley General de Administración Pública a la Presidencia de la República y al Ministerio de Hacienda, brindan una serie de aspectos que se consideran subsanables, sin que la misma sea una lista cerrada, donde pretende brindar claridad entre las partes involucradas en los procesos de contratación, sobre qué aspectos resultan susceptibles de subsanación o corrección, así como, cuáles aspectos no podrían ser susceptibles de subsanación porque otorgarían una ventaja indebida entre los demás participantes del proceso de contratación.

A través de un mandato, dado en la Constitución Política de 1949, donde se ha encomendado a la Contraloría General de la República, la fiscalización y uso eficiente de los fondos públicos, con la finalidad de ser freno y contrapeso legislativo en la ejecución y liquidación de los presupuestos públicos.

A partir del mandato constitucional, dado a la Contraloría General de la República, mediante pronunciamientos emitidos a los diferentes entes públicos, se ha dado un análisis al instituto de la subsanación en los procesos de contratación administrativa, derivado del principio de eficiencia, donde el artículo 4, párrafo segundo de la (Ley de Contratación Administrativa), se establece que en “(...) En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma. Los actos y actuaciones de las partes se interpretarán de forma que favorezca su conservación y

se facilite adoptar la decisión final, en condiciones favorables para el interés general (...).”.

La Sala Constitucional (voto N° 5600-2005) (2005) se refirió al principio de eficiencia en los siguientes términos:

La eficiencia implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros. La simplicidad demanda que las estructuras administrativas y sus competencias sean de fácil comprensión y entendimiento, sin procedimientos alambicados que retarden la satisfacción de los intereses públicos empeñados. Por su parte, la celeridad obliga a las administraciones públicas cumplir con sus objetivos y fines de satisfacción de los intereses públicos, a través de los diversos mecanismos, de la forma más expedita, rápida y acertada posible para evitar retardos indebidos. Este conjunto de principios le impone exigencias, responsabilidades y deberes permanentes a todos los entes públicos que no pueden declinar de forma transitoria o singular.

De acuerdo con lo anterior, la contratación administrativa debe estar direccionada en el principio de eficiencia y orientarse hacia la satisfacción del interés general, constituyéndose en un medio para que la administración pueda obtener sus obras, bienes o servicios que requiere para su actuar. Siendo la contratación administrativa un medio que facilite el actuar eficiente del Estado, entendido este en sentido amplio.

### **2.1.1. Competencias de la Contraloría General de la República**

La competencia de la Contraloría General de la República tiene su fundamento jurídico en la (Constitución Política de Costa Rica), donde en su artículo 183, define como deberes y atribuciones los siguientes:

- Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República;
- No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;
- Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación;
- Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos;
- Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;
- Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen.

Por otra parte, la (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República número 7428), define como competencias del órgano contralor, mismas que se ejercen sobre

todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública, teniendo competencia facultativa sobre:

- a) Los entes públicos no estatales de cualquier tipo.
- b) Los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicos que indica esta Ley.
- c) Los entes y órganos extranjeros integrados por entes u órganos públicos costarricenses, dominados mayoritariamente por estos, o sujetos a su predominio legal, o cuya dotación patrimonial y financiera esté dada principalmente con fondos públicos costarricenses, aun cuando hayan sido constituidos de conformidad con la legislación extranjera y su domicilio sea en el extranjero. Si se trata de entidades de naturaleza bancaria, aseguradora o financiera, la fiscalización no abarcará sus actividades sustantivas u ordinarias.
- d) Las participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, de conformidad con la presente Ley.
- e) Si se trata de entidades de naturaleza bancaria o financiera de las contempladas en este artículo y que sean extranjeras, la competencia facultativa de la Contraloría se ejercerá según los siguientes principios:
  - i. El control se efectuará a posteriori, para verificar el cumplimiento de su propia normativa.

- ii. No comprenderá aspectos de la organización administrativa del ente ni de la actividad propia de su giro ordinario.
- iii. No les serán aplicables la Ley de Administración Financiera de la República, ni el Reglamento de la Contratación Administrativa; tampoco deberán presentar, a la Contraloría, presupuestos para su aprobación.
- iv. El respeto al secreto y a la confidencialidad bancarios, de conformidad con la Constitución Política y con la ley.
- v. El respeto al ámbito de competencia de entidades fiscalizadoras o contraloras, a que se encuentren sujetos los entes en sus respectivos países.
- vi. Las funciones de fiscalización encomendadas actualmente por ley a otras autoridades fiscalizadoras, las seguirán ejecutando estas, en la materia propia de su competencia.
- vii. El respeto a los regímenes de auditoría a los cuales estén sometidos, sin que quepan conflictos de competencia con los jefes de esas entidades extranjeras, en cuanto a las directrices, las normas y los procedimientos de auditoría vigentes en los respectivos países.
- viii. El ejercicio de su competencia por parte de la Contraloría no modifica la naturaleza jurídica ni la nacionalidad del ente u órgano. Se entenderá por sujetos pasivos los que están sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de acuerdo con este artículo. Los criterios que emita la Contraloría General de la

República, en el ámbito de su competencia, serán vinculantes para los sujetos pasivos sometidos a su control o fiscalización.

Adicionalmente, en lo que interesa a la presente investigación, es necesario transcribir el artículo 37 de la (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República número 7428) "... 3. Contratación Administrativa: intervenir, de acuerdo con la ley, en lo concerniente a la contratación administrativa".

### **2.1.2. Funciones de la Contraloría General de la República**

Conforme al mandato constitucional, en la página web, de la Contraloría General de la República, se definen las principales funciones del órgano contralor, siendo estas las siguientes:

1. Aprobación de presupuestos: es el visto bueno que da la CGR a los presupuestos de la mayoría de las instituciones del Gobierno; es decir, a los planes de cuánto dinero esperan recibir y gastar cada año.
2. Revisión de contratos (refrendo): es el análisis que se hace a los contratos que las instituciones públicas firman con las empresas y personas que les venden productos y servicios, para verificar que se ajusten a lo que establece la ley.
3. Estudios a instituciones públicas: son los estudios que hace la CGR para revisar cómo gastaron las instituciones públicas el dinero y verificar si cumplieron con las leyes. Los resultados permiten corregir lo malgastado e iniciar investigaciones contra posibles responsables.

4. Sanciones: son los castigos que impone la CGR a las personas responsables de cometer actos ilegales en el manejo del dinero y otros bienes del Estado.

Resulta fundamental citar, en este apartado, lo que establece el artículo 3 de la (Ley de Contratación Administrativa), que señala cuál es el papel del órgano contralor en lo correspondiente a los procesos de contratación administrativa, aspecto que resulta trascendental a fin de determinar cuál es su papel, por lo tanto, se transcribe el párrafo:

... Las disposiciones de esta Ley se interpretarán y se aplicarán, en concordancia con las facultades de fiscalización superior de la hacienda pública que le corresponden a la Contraloría General de la República, de conformidad con su Ley Orgánica y la Constitución Política.

De acuerdo con lo anterior, se tiene cuál es el papel de la Contraloría General de la República y de ahí la importancia que tienen los pronunciamientos y criterios vertidos en cuanto al instituto de la subsanación en los procesos de contratación administrativa, situación que marca un antes y un después en las compras llevadas a cabo por estas, donde sus pronunciamientos son vinculantes para las instituciones a las cuales se les emite y como referencia para las demás. Respecto a la competencia de la Contraloría General de la República (Voto 998.98), (1998), estimó que:

(...) aun cuando no existiera normativa legal específica que desarrollara las competencias propias de esta institución -Contraloría

General de la República-, la misma sí estaría legitimada para ejercer actuaciones tendentes a vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública, precisamente por estar basada su competencia en normas de rango constitucional. En este sentido, cualquier reforma o modificación tendrá como especial fin el ampliar, aclarar o complementar las atribuciones que ya están dadas por la propia Constitución Política, según lo posibilita el inciso 5) del artículo 184 constitucional; de manera que el legislador común no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas o atribuírselas a otros órganos públicos, cuando la modificación en este sentido resultare contraria a los parámetros y principios constitucionales comentados.

## **2.2. CONTEXTO TEÓRICO**

### **2.2.1. Concepto de subsanación**

Con el propósito de lograr una mayor comprensión de uno de los aspectos fundamentales del presente trabajo de investigación, resulta imprescindible brindar el concepto de la palabra “subsanación” que significa literalmente “enmienda de error. Rectificación de yerro. Corrección de defecto...” Y, “subsanar” es sinónimo de “enmendar”, “rectificar”, “corregir”, “reparar”, entre otros (Caballenas, 1974).

Conforme a reiteradas resoluciones del órgano contralor, entre la cuales destacan la RC-299-2000, se establece que “(...) la subsanación es un mecanismo previsto no solo para ajustar las ofertas a las disposiciones cartelarias o de los carteles, sino

también, como una alternativa con que cuenta la Administración para enderezar el procedimiento, cuando se haya incurrido en causales de nulidad relativa (...)"

### **2.2.2. Principios de contratación administrativa**

La Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento ha definido una lista de principios que regulan los procesos de contratación con la Administración Pública, los cuales fueron desarrollados por la Sala Constitucional en su Voto 998-98 del 16 de febrero de 1998.

Los procedimientos de contratación administrativa se encuentran fundamentados e inspirados en los principios, que han sido desarrollados por la jurisprudencia y la Sala Constitucional, esto con el propósito de buscar la satisfacción del interés público.

A través de la Constitución Política, mediante artículo 182, se ha establecido que los procedimientos de contratación se realizarán mediante licitaciones, derivándose de este mandato constitucional los principios rectores de la contratación administrativa, en la medida que estos resulten aplicables y proporcionados a los fines que se persiguen.

#### **2.2.2.1. Principio de eficacia y eficiencia**

Los principios de eficacia y eficiencia, en materia de contratación administrativa, tienen como finalidad, la procura de la oferta que cumpliendo con las condiciones técnicas, legales y financieras cumplan con la satisfacción del interés público.

La Ley de Contratación Administrativa, en su artículo 4, establece los principios citados de la siguiente manera:

Artículo 4º-Principios de eficacia y eficiencia.

Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales.

Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior.

En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo.

Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación.

Las regulaciones de los procedimientos deberán desarrollarse a partir de los enunciados de los párrafos anteriores. *(Así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006).*

Conforme al principio antes citado, la Contraloría General de la República, Resolución R-DCA-0286-2018 (2018), ha dicho: “(...) la contratación administrativa debe tener por norte el principio de eficiencia y orientarse hacia la satisfacción del interés general y dado su carácter instrumental, debe constituirse en un medio para que la Administración pueda obtener las obras, bienes o servicios que requiere para su actuar.”

El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en su artículo 2 desarrolla los principios de eficiencia y eficacia, los cuales se citan:

Artículo 2º-Principios. La actividad contractual se regirá, entre otros, por los siguientes principios:

- a) Eficiencia. Todo procedimiento debe tender a la selección de la oferta más conveniente para el interés público e institucional, a partir de un correcto uso de los recursos públicos. En las distintas actuaciones prevalecerá el contenido sobre la forma.
- b) Eficacia. La contratación administrativa estará orientada al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, en procura de una sana administración.

Es conforme a la lectura del artículo ya citado, la jurisprudencia y pronunciamientos dados por el órgano contralor que se establece que con la aplicación de los principios de eficiencia y de eficiencia, se busca la conservación de las ofertas, al permitirse por medio de la subsanación y siempre que no se otorgue una ventaja indebida, que un mayor número de ofertas se mantengan en el concurso licitatorio.

Tal y como se mencionó en el párrafo anterior, la posibilidad de subsanar todo defecto u omisión tendrá algunas limitaciones, donde no se permite una alteración o modificación en el precio, plazo ni cualquier otra condición que pueda otorgar una ventaja indebida frente a los demás oferentes.

#### **2.2.2.2. Principio igualdad y libre competencia**

Los principios de igualdad y libre competencia buscan brindar de equivalencia de oportunidades a todos los oferentes, buscándose la libre participación a fin de obtener un mayor número de ofertas en los procesos de contratación.

Respecto a los principios citados, la Ley de Contratación Administrativa en su artículo 5, ha establecido lo siguiente:

Artículo 5.-Principio de igualdad y libre competencia.

En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. Los reglamentos de esta Ley o las disposiciones que rijan los procedimientos

específicos, de cada contratación, no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales.

La participación de oferentes extranjeros se regirá por el principio de reciprocidad, según el cual a ellos se les brindará el mismo trato que reciban los nacionales en el país de origen de aquellos. El Poder Ejecutivo establecerá, reglamentariamente, las disposiciones necesarias para la vigencia plena del principio estipulado en este párrafo.

Los carteles y los pliegos de condiciones no podrán disponer formas de pago ni contener ninguna regulación que otorgue a los oferentes nacionales un trato menos ventajoso que el otorgado a los oferentes extranjeros.

Los órganos y entes públicos no podrán usar sus prerrogativas de exoneración para importar, por medio de adjudicatarios de licitaciones, concesionarios ni otros terceros, productos manufacturados incluidos en los supuestos de prioridad del Artículo 12 de la Ley N° 7017, del 16 de diciembre de 1985. *(Así adicionado el párrafo anterior por el artículo 1º aparte b) de la ley N° 7612 de 22 de julio de 1996)*

En los procesos de contratación, debe privar el principio de igualdad, esto con el propósito de no imponer restricciones que imposibiliten que las ofertas sean valoradas con igualdad de criterios, evitándose la discrecionalidad y propiciado la igualdad de trato entre los oferentes, evitándose con esto las restricciones odiosas.

Cabe mencionar que, todo lo anterior, se encuentra en el marco constitucional del artículo 33 de la Carta Magna.

Para Dromi (1980) “la igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato o hasta la formalización de este, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contado con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas bases idénticas.” (p.137).

En lo concerniente a la libre concurrencia, la Contraloría General de la República, Oficio DCA-1351 (2017), ha indicado:

(...) 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 ofrece.

De acuerdo con la afirmación realizada por (Marienhoff, s.f.) “uno de los presupuestos fundamentales de la licitación es la igualdad de trato para todos lo que intervienen en ella como licitadores u oferentes (...)”. (p.57). Agrega “(...) la licitación debe reunirse ese carácter de “igualdad”, pues esta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o conveniencia entre algún licitador u oferente y la Administración Pública, el cual desvirtúa el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y,

junto con los requisitos de “conurrencia” y “publicidad”, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público.”  
(p.71)

Esta igualdad y libre concurrencia, tal y como se analizó, resulta fundamental de cara a la transparencia y la igualdad de trato entre los oferentes, al buscar que no existan limitaciones y en caso de existir sean realizado mediante criterios objetivos en la búsqueda de las ofertas que mejor satisfagan el interés público.

Mediante el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en su artículo 2, se desarrolló los principios antes citados, mismos que establecen lo siguiente:

- d) Libre competencia. 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.
- e) Igualdad. En un mismo concurso los participantes deben ser tratados y examinados bajo reglas similares.

De la lectura del principio de igualdad y libre concurrencia se busca el no limitar la participación de potenciales oferentes, donde los mismos deben ser examinados bajo las mismas reglas, esto conforme a las condiciones cartelarias o en los carteles, establecidas por las Administraciones, no pudiéndose imponer restricciones de participación en los procesos de contratación que no cuenten con alguna justificación

técnica y no “antojadiza”, lo cual impida la igualdad de participación entre las empresas.

### **2.2.2.3. Principio de Publicidad**

En la búsqueda de un mayor número de ofertas, en los procesos de contratación y con el propósito de propiciar una libre concurrencia de ofertas, resulta necesario que las Administraciones realicen la debida publicidad a los procesos de contratación.

Al respecto Marienhoff (s.f.) ha indicado respecto a principio de publicidad lo siguiente: “(...) la Administración -por obvias razones éticas- debe darle amplia publicidad a dicha selección, y “motivar” su decisión, no pudiendo actuar a hurtadillas ni arbitrariamente, pues ello podría viciar el acto de “error” o “dolo” en la elección del cocontratante.” (p. 52).

La Ley de Contratación Administrativa respecto al principio de publicidad ha indicado lo siguiente:

ARTÍCULO 6.- Principio de publicidad.

Los procedimientos de contratación se darán a la publicidad por los medios correspondientes a su naturaleza.

Todo interesado tendrá libre acceso al expediente de contratación administrativa y a la información complementaria.

En el primer mes de cada período presupuestario, los órganos y entes sujetos a las regulaciones de esta Ley darán a conocer el programa de adquisiciones proyectado, lo cual no implicará ningún compromiso de contratar. Para tales efectos, podrá recurrirse a la publicación en el Diario Oficial o a otros medios idóneos, tales como la página electrónica oficial del órgano o entidad. De utilizarse medios distintos de la publicación en *La Gaceta*, el respectivo órgano o entidad por lo menos deberá informar, en el citado diario o en dos diarios de circulación nacional, acerca del medio empleado para dar a conocer su programa de adquisiciones. *(Así reformado el párrafo anterior mediante el artículo 1° de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006).*

En el Diario Oficial se insertará un boletín que funcionará como sección especial dedicada exclusivamente a la contratación administrativa. En el primer tercio del plazo previsto para el estudio de ofertas o para el trámite de la apelación, la administración o la Contraloría General de la República, en su caso, podrán conceder una audiencia solicitada por algún interesado. De ser concedida esa audiencia o cualquier otra durante el procedimiento de contratación, la administración o la Contraloría deberá poner en conocimiento a las restantes partes o interesados, acerca de su hora, lugar y fecha, por medio de la dirección electrónica o el fax previamente señalados, asimismo, mediante un aviso que se colocará en un lugar accesible al público. En todo caso, de la audiencia se levantará una minuta

y se adjuntará al expediente. *(Así adicionado el párrafo anterior mediante el artículo 3° de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006).*

En la lectura del artículo 6, de la Ley de Contratación Administrativa, se extrae que con el principio de publicidad se busca que un mayor número de potenciales oferentes conozcan del procedimiento de contratación que se lleva a cabo por parte de la Administración y que cualquier interesado pueda participar.

El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece en su artículo 2, respecto a la publicidad lo siguiente:

- c) Publicidad. Los procedimientos de contratación se darán a conocer por el medio electrónico designado al efecto, atendiendo su naturaleza. Se debe garantizar el libre y oportuno acceso al expediente electrónico, que deberá contener la totalidad de las actuaciones relacionadas con la actividad de contratación administrativa realizada. *(Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 41243 del 10 de julio del 2018)*

Tal y como se desprende de la lectura del párrafo anterior, es fundamental conocer que el principio de publicidad busca garantizar que cualquier persona pueda participar en los procesos de contratación pública, además de pretender garantizar el libre acceso a los expedientes de contratación donde deben existir todas las actuaciones realizadas por la administración y con esto propiciar la transparencia en los procesos de contratación.

Cabe señalar que, las invitaciones a participar en los procesos de contratación y la notificación de la respectiva de adjudicación deberá realizarse por la misma vía en la cual se cursó la licitación, esto a fin de que, en caso de considerar oportuno, las empresas participantes, puedan recurrir la decisión adoptada por la Administración.

#### **2.2.2.4. Principio de buena fe**

Los procedimientos de contratación administrativa estarán fundamentados en el principio de buena fe, donde la Administración podrá tomar como válidas las afirmaciones de los oferentes, donde las actuaciones de las partes estarán fundamentadas en las normas éticas y morales, prevaleciendo el interés público sobre el particular, pudiéndose admitir prueba en contrario.

Para el autor Marienhoff (s.f.) la buena fe va más allá: “Quienes carezcan de buena fe, sea el Estado o los particulares, no pueden ni deben contratar: para ellos el ámbito convencional está vedado.”

El artículo 2 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa estableció:

f) Buena fe. Las actuaciones desplegadas por la entidad contratante y por los participantes se entenderán en todo momento de buena fe, admitiendo prueba en contrario.

Es decir, mientras no exista prueba que demuestre lo contrario se tomará como válida todo el actuar de los oferentes y de la Administración.

Para Ortiz (1968) en lo que respecta a la buena fe en cuanto a las relaciones contractuales ha dicho: "(...) viene a tener así una mayor virtualidad que en derecho privado, y tiene una función esencial en cuanto, según ella, hay que delimitar el quantum de los derechos y obligaciones que de ellas se derivan para ambas partes."

Por ende, la buena fe resulta un aspecto propio de cada oferente y Administración, donde deba existir confianza entre las partes y como consecuencia el interés público.

#### **2.2.2.5. Principio de intangibilidad patrimonial**

El principio bajo análisis corresponde al mantenimiento económico del contrato, donde las partes están obligadas a mantener el equilibrio económico del contrato del contrato.

En el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa, el legislador regulo lo correspondiente al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, el cual establece:

La Administración reajustará los precios, aumentándolos o disminuyéndolos, cuando varíen los costos, directos o indirectos, estrictamente relacionados con la obra, el servicio o el suministro, mediante la aplicación de ecuaciones matemáticas basadas en los índices oficiales de precios y costos, elaborados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Por otra parte, el artículo 2 inciso g del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa respecto al principio de intangibilidad patrimonial indicó:

“g) Intangibilidad patrimonial. Las partes están obligadas a mantener el equilibrio financiero del contrato.” (Contraloría General de la República, Oficio DCA-1351, 2017), este órgano contralor ha indicado respecto al principio de intangibilidad patrimonial lo siguiente:

En virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al cocontratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado.

Mediante el principio invocado, las Administraciones buscan garantizarles a los contratistas la utilidad esperada en los contratos donde participan estos. No se puede dejar de mencionar que, este principio, va en las dos direcciones, ya que, en caso de que por las condiciones del mercado los precios del bien, obra o servicio se vean disminuidos, las Administraciones podrán solicitar un reajuste de precios hacia la baja, donde los contratistas deberán de cancela a sus contratantes lo correspondiente a la diferencia que se pueda suscitar.

### **2.2.3. Principios Constitucionales en Contratación Administrativa**

Al tenor del artículo 182, de la Constitución Política de Costa Rica, establece que los procedimientos de contratación se realizarán mediante procedimientos de licitación, situación que implica que tengan rango constitucional, todos los principios del derecho público que conforman la contratación administrativa, en la medida que estos resulten razonables y proporcionables a los fines que persiguen para la satisfacción del interés público.

Mediante Voto 998-98 del 16 de febrero de 1998, la Sala Constitucional desarrolla los principios rectores en Contratación Administrativa, mismos que se derivan del artículo 182 de la Constitución Política, que por sus trascendencia y aporte que generan se transcriben a continuación:

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.

Igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, principio complementario del anterior y que dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus

intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso del concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista; todo lo anterior, dentro del marco constitucional dado por el artículo 33 de la Carta Fundamental;

Publicidad, que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa, y que consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate;

Legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política;

Seguridad jurídica, que es derivado del anterior, puesto que, al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación;

Formalismo de los procedimientos licitatorios, en cuanto se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa; de manera que no se tengan como obstáculo para la libre competencia;

Equilibrio de intereses, en tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste;

Principio de buena fe, en cuanto en los trámites de las licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro;

Mutabilidad del contrato, puesto que la administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los

contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar;

Intangibilidad patrimonial, en virtud del cual la administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al contratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólme el nivel económico originalmente pactado ( reajustes de precios que pueden originarse en las teorías jurídicas de la imprevisión, rebus sic stantibus, hecho del príncipe y sobre todo, en la llamada equilibrio de la ecuación financiera del contrato);

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, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos. De manera que es necesaria, en todo el procedimiento de la contratación administrativa, cuando menos, 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, realizado mediante la verificación de la existencia previa de recursos económicos; el contable, que

es el examen o juzgamiento de las cuentas de las dependencias y de los funcionarios que tienen a su cargo de la administración de fondos y bienes del Estado, que deriva de la revisión constante y sistemática de todas las operaciones que afectan los créditos presupuestarios aprobados por la Asamblea Legislativa o la Contraloría, a fin de que los gastos tengan su respaldo financiero y se ajusten a la clasificación establecida, realizado por las oficinas de control de presupuesto y contabilidad de cada ente o institución contratante; el financiero, que consiste en la fiscalización de la correcta percepción de ingresos y de la legalidad del gasto público, de competencia de las propias oficinas financieras de las instituciones, la Tesorería Nacional, la Oficina de Presupuesto, y la Contraloría General de la República; y el control económico o de resultados, que se realiza sobre la eficiencia y eficacia de la gestión financiera, es decir, sobre los resultados de dicha gestión, la determinación del cumplimiento de las metas establecidas y el aprovechamiento óptimo de los recursos.

Como se ha dicho, los principios antes citados, resultan fundamentales en los procesos de contratación que realizan las Administraciones Públicas, en razón que marca las pautas con que promoverán los procedimientos de contratación, dando reglas claras a todos los que participen con sus ofertas en las licitaciones.

#### **2.2.4. Aspectos subsanables**

Conforme a la definición antes citada, se puede indicar que, la subsanación recibe diferentes nombres, pueden ser llamados como defectos insustanciales, subsanables

o formales. Si bien es cierto, cada uno de los defectos citados, se mezcla indiscriminadamente, también es cierto que cada uno es aplicado o utilizado de diversas formas.

La Contraloría General de la República, resolución RC-299-2000 (2000), se realiza un análisis de los defectos citados, conforme a su clasificación, donde desarrollan los defectos insustanciales, donde en el caso de la no corrección, no necesariamente obliga a decretar la exclusión como oferta elegible, esto conforme al principio de eficiencia, por cuanto, no reviste de relevancia para el proceso que se lleva a cabo.

En el caso de los defectos subsanables, puede que, en caso de su trascendencia, origine la inelegibilidad de una plica, esto cuando se le haya prevenido y el oferente no responda a la misma, situación no ocurre con los defectos insustanciales, ya que, aún prevenido e incumpla con su presentación, no origina la exclusión de la oferta.

El principio de eficiencia es el principio rector del instituto de la subsanación, ya que basado en este, se busca corregir todos aquellos aspectos susceptibles a enmendar, así como, los defectos que se pueden presentar en las ofertas que reciben las Administraciones, donde va a prevalecer el contenido sobre la forma. Por este motivo, es importante valorar lo omitido por los oferentes, esto por cuanto solo debe verse para aquellas faltas y no para corregir elementos esenciales pedidos en el cartel.

En concordancia con el principio de eficiencia, encontramos el principio de conservación de las ofertas donde conforme al artículo 4 de la Ley de Contratación

Administrativa, se busca que los actos y las actuaciones se interpreten, de tal forma que, permita mantener en concurso el mayor número de ofertas, en busca de condiciones beneficiosas para el interés general, permitiéndose con esto la subsanación de aquellos defectos que resultan susceptibles a ser corregidos o enmendados por los oferentes, siempre y cuando no se otorgue con esto de una ventaja indebida para con los demás participantes.

Es tal la importancia, del presente principio, que, en caso de duda, siempre se buscará favorecer la conservación de la oferta, permitiéndose o buscándose con esto poder culminar con la adjudicación que más convenga a los intereses de la Administración, sin que esto quiera decir que, se puede lesionar los derechos de los demás participantes de los procesos de contratación.

La Contraloría General de la República, resolución 63-98 (1998), siendo reiterativa en las resoluciones N°103-98, 213-98 y 245-98 en relación con la subsanación, se estableció lo siguiente:

Existe una regla fundamental en estos casos y es que la información pedida debe versar sobre un hecho histórico, inmodificable, acontecido antes de la apertura de las ofertas, de cuya evidencia se tiene duda y solamente se pretende corroborar. Por ejemplo, si una firma construyó un edificio en cierto año, ese es un hecho histórico. La prueba de que ese hecho es cierto es un aspecto formal, muy importante, pero formal. Puede haber dudas de si tal documento o si tal declaración es suficiente para demostrar que la firma realizó o no realizó la obra. En ese caso, se pueden buscar mejores y más

satisfactorios medios de prueba, para verificar el hecho histórico, sin que los medios de prueba tengan la virtud de poder variar la realidad basada de la cual dan fe. Esta forma de pensar obedece a una aplicación del principio de eficiencia que pretende conseguir estudios de ofertas y adjudicaciones más apegadas a la realidad y a la lógica.

A partir de los principios enunciados, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en su artículo 80, ha delimitado cuales aspectos resultan susceptibles a ser subsanados o corregidos por considerarse insustanciales, donde la transcripción resulta ser la siguiente:

**Artículo 80.-Corrección de aspectos subsanables o insustanciales.**

Dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de apertura, la Administración realizará el análisis de los aspectos formales de las ofertas, y concederá a los oferentes un plazo de hasta cinco días hábiles, para que corrijan errores o suplan información sobre aspectos subsanables o insustanciales.

Se considerará que un error u omisión es subsanable o insustancial, cuando su corrección no implique una variación en los elementos esenciales de la oferta, tales como las características fundamentales de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega o las garantías de los productos, o bien, coloque al oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida.

Esta prevención podrá realizarse de oficio, por señalamiento de alguno de los participantes o a solicitud de parte interesada.

Luego de finalizada esta etapa, se puede corregir o completar, cualquier aspecto subsanable que no se hubiese advertido durante el plazo antes indicado, a solicitud de la Administración o por iniciativa del oferente.

No será necesario prevenir la subsanación de aquellas omisiones relacionadas con aspectos exigidos por el cartel, que no requieren una manifestación expresa del oferente para conocer los alcances puntuales de su propuesta, en cuyo caso se entenderá que acepta las condiciones.

De la lectura del artículo antes citado, se desprenden aspectos que no pueden dejarse de citar o podrán ser subsanados o corregidos todos aquellos aspectos que se consideren un error u omisión por parte de los oferentes, siempre y cuando esas correcciones no impliquen una modificación a aspectos sustanciales de las ofertas, es decir, podrán ser subsanados aquellos aspectos formales y no los aspectos de fondo, debido a que podría implicar una modificación sustancial a la aplicación presentada por el oferente.

De la lectura del artículo 81, al Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se identifican cuáles aspectos resultan susceptibles a ser subsanados:

Artículo 81.-**Aspectos subsanables.** Serán subsanables, entre otros elementos, los siguientes:

- a) Los aspectos formales, tales como: la naturaleza y propiedad de las acciones, declaraciones juradas, certificaciones de la CCSS y especies fiscales. *(Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 41243 del 10 de julio del 2018)*
- b) Certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido, siempre y cuando tales circunstancias existieran al momento de la presentación de la oferta y así lo acredite el interesado. *(Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 41243 del 10 de julio del 2018)*
- c) La documentación técnica o financiera complementaria de la oferta, incluyendo los estados financieros.
- d) Las formalidades que así se hayan exigido en el cartel, tales como traducciones libres de la información complementaria.
- e) Datos consignados en unidades diferentes a las del Sistema Internacional de Medidas.
- f) El plazo de vigencia de la oferta, siempre que no se haya ofrecido por menos del 80% del plazo fijado en el cartel.
- g) El monto o vigencia de la garantía de participación, siempre y cuando originalmente hayan cubierto, al menos, un 80%. *(Derogado por el artículo 2° del decreto ejecutivo N° 41243 del 10 de julio del 2018)*

i) Los documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas. *(Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 41243 del 10 de julio del 2018)*

j) Cualquier otro extremo que solicitado como un requisito de admisibilidad, sea requerido por la Administración, para una cabal valoración de la propuesta y no confiera una ventaja indebida frente a los restantes oferentes, tal como la traducción oficial o libre de la información técnica o complementaria y los manuales de uso expedidos por el fabricante cuando así haya sido permitido por el cartel.

Se entiende que la falta de la firma de una oferta no es un aspecto subsanable.

Basado en las normas antes citadas, el órgano contralor emite sus pronunciamientos y las administraciones aplican las subsanaciones que correspondan, en la búsqueda de la satisfacción del interés público.

#### **2.2.4.1. Análisis de la experiencia positiva**

El Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, en su artículo 56, ha regulado lo concerniente a la experiencia y la forma como debe ser acreditada para que pueda ser tomada como válida, donde a la letra se establece:

Quando la Administración, solicite acreditar la experiencia, se aceptará en el tanto ésta haya sido positiva, entendida ésta, como los bienes, obras o

servicios recibidos a entera satisfacción, debiendo indicar el cartel la forma de acreditarla en forma idónea. Igual regla se seguirá cuando se trate de experiencia obtenida en el extranjero.

Desde la lectura del artículo antes citado, se extrae que, para poder acreditar las empresas, la experiencia, en los procesos de contratación, es necesario no solo el hecho de haber realizado uno u otro proyecto, sino que, los trabajos realizados debieron ser recibidos con satisfacción por quien los recibió, para ser acreditada de manera idónea; es decir, debe cumplir con los requerimientos establecidos en el cartel de la contratación por parte de la Administración.

La experiencia ha sido, a través de los años, apreciada por las administraciones como un factor de admisibilidad o de evaluación en los procesos de contratación, esto conforme a las consideraciones o valoraciones que han estimado pertinentes, en la búsqueda de empresas que conozcan del negocio en las cuales participan.

El propósito fundamental, al contar con empresas o personas físicas que tengan conocimiento de trabajos realizados; para que no vengan a conocer de las obras o servicios que requieren contratar cuando se presentan a la administración.

Con la experiencia, las administraciones procuran el uso eficiente de los recursos públicos, esto por cuanto, resulta fundamental contar con empresas o personas físicas que conozcan las labores por realizar, siempre y cuando así lo hayan considerado pertinente las Administraciones, en los carteles elaborados para las contrataciones que se realizan, ya que, de nada o poco serviría contratar ofertas que

no cuenten con experiencia positiva, si los trabajos no se realizan de una manera correcta.

Resulta que un oferente cuando no conoce del negocio por el cual está ofertando ni los trabajos requeridos por las Administraciones; o bien, no van a realizar los trabajos conforme a lo requerido, esto por no contar con experiencia y al final, lo que se busca es que los trabajos se realicen de manera adecuada, en búsqueda de la satisfacción del interés colectivo, porque esta es la razón primordial o fin último de las Administraciones Públicas, conforme al mandato constitucional.

Es importante aclarar, sobre este tema de la experiencia, el órgano contralor en reiteradas resoluciones, ha establecido la discrecionalidad de las Administraciones, esto con el propósito de asegurarse experiencia, en la prestación del servicio de la manera más similar a la que va a requerir en su propio escenario, porque es la Administración quien conoce cuáles son sus necesidades. Claro está, se debe cumplir con criterios de reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia, tal y como lo regula el artículo 14 y siguientes de la Ley de Administración Pública.

El instituto de la subsanación, relacionado con la experiencia, ha sido de controversia a lo largo de los últimos cinco años, donde el órgano contralor ha realizado algunas interpretaciones que se han visto modificadas en estos años, situación que conforme al análisis que veremos ha implicado un cambio en la forma en donde se venía apreciando esta experiencia.

Antes del veintiocho de agosto del dos mil quince, el órgano contralor, en sus resoluciones, relacionadas con el tema de la experiencia, consideraba que para que la misma pudiera ser computable tenía que ser positiva y, a la vez, encontrarse al menos referenciada en la oferta presentada, esto en vista que se estaría ante un hecho histórico, el cual no ocasionaría una ventaja indebida para con los demás oferentes, situación que tendría su amparo en los principios de eficiencia y de igualdad, mismos que son rectores en los procesos de contratación administrativa.

Conforme al análisis de las resoluciones emitidas, por el órgano contralor, el hecho del cómputo de la experiencia, ocasionó situaciones que hicieron que las empresas recurrieran las adjudicaciones realizadas por las administraciones, esto por cuanto algunas empresas, antes del veintiocho de agosto del dos mil quince consideraran que no se les debía de computar la experiencia, cuando la misma era positiva, aunque esta no hubiese sido referenciada en las aplicaciones presentadas, situación que, a la luz de los pronunciamientos emitidos, antes de la fecha, ya indicada no permitía su cómputo, en razón que, el aceptarlo otorgaba una ventaja indebida para con los demás participantes.

Es necesario referenciar lo que la doctrina ha establecido respecto al hecho histórico, como parámetro de subsanación de las aplicaciones por parte de los oferentes, donde, en el caso de la experiencia, tiene su principal relevancia cuando consiste en un evento ya ocurrido, donde los aportes vía subsanación que se presenten no podrían tender a provocar una ventaja indebida, en razón que su aporte no varía las condiciones de la oferta inicialmente presentada en el procedimiento

licitatorio, por el contrario, permite, de una manera transparente, complementar aspectos que no fueron incluidos en la oferta inicialmente presentada.

Con el propósito de realizar un adecuado desarrollo de la tesis del hecho histórico, desarrollada por la Contraloría General de la República, resolución R-DJ-065-2009 (2009), donde se indicó:

Ahora bien, tenemos que la apelante en su oferta presenta una serie de cuadros de experiencia en donde se reseñan diseños de proyectos de puentes, longitud y otros aspectos, y cartas de referencia de una serie de proyectos, tales como Puente sobre el Río Virilla, Río Segundo [...]Esta División se percató que efectivamente esas cartas de referencia reseñaban que se trataban de estudios hidrológicos, [...], es decir, las mismas no hacían referencia a sí se trataba de proyectos de diseño de puentes, ni determinaban la longitud de los mismos, que si fueron contemplados por los supracitados cuadros de experiencia adjuntos en la oferta. Con posterioridad a la apertura de ofertas, la apelante [...] presenta nuevas cartas de referencia de los proyectos de los puentes anteriores, donde ahora sí se especifica que se trata de diseño de puentes y se consigna la longitud de los mismos, tal y como lo hacían los cuadros de experiencia. (ver hecho probado 3). [...]. Bajo ese panorama, resulta evidente que la referida experiencia sí se encontraba referenciada dentro de la oferta de la apelante, sea no se ha adicionado experiencia por la vía de la subsanación, es decir, los documentos presentados con posterioridad a la apertura de

ofertas son meramente aclaratorios y desarrollan puntos referenciados en la oferta. En consecuencia, estamos en presencia de la teoría del hecho histórico, el cual es inmodificable por su propia naturaleza, y debe tenerse presente que para considerar la aplicación del hecho histórico la referencia esencial y completa debe quedar consignada desde la oferta.

Conforme a la resolución transcrita, es necesario desarrollar dos aspectos ahí establecidos y mencionados por la Contraloría General de la República, resolución R-DCA-402-2013 (2013), el primero de ellos, se refiere a la posibilidad de complementar aspectos de información que se encuentren referenciadas en la oferta. El segundo aspecto de importancia es que por la vía de la subsanación no puede ser incorporada experiencia que no ha sido referenciada desde la oferta.

Todo lo anterior, tiene su fundamento en el artículo 81, inciso b, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en donde se indica lo siguiente: “b) Certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido, siempre y cuando tales circunstancias existieran al momento de presentación de la oferta, así hubieren sido referenciados en la oferta y lo logre acreditar el interesado”.

A partir de la resolución de la Contraloría General de la República, resolución R-DCA-660-2015 (2015), modifica lo concerniente a la experiencia en los procesos de contratación administrativa. Donde conforme a la resolución citada, en cuanto al cómputo de la experiencia se establece lo siguiente:

Se estima que no se quebranta el principio de igualdad al permitir acreditar la experiencia obtenida con la anterioridad a la apertura de ofertas, aunque tal experiencia no esté referenciada en la propuesta que se le formule a la Administración, ya que en tal supuesto la experiencia se constituye en un hecho histórico y por tanto inmodificable. De este modo, lo que se permite con la posición aquí asumida es que se acredite la experiencia obtenida antes de la apertura de ofertas, que viene constituirse en un hito o hecho que no puede ser disponible por las partes, ya que lo que se habilita es la demostración de tal experiencia y no su obtención con posterioridad a la apertura de las plicas. Con esto no se causa ninguna ventaja indebida, sino que se aplica plenamente la figura de la subsanación que es reconocida en el ordenamiento jurídico, particularmente en el artículo 42 inciso j) de la Ley de Contratación Administrativa, donde de manera expresa se indica: “j) La posibilidad de subsanar los defectos de las ofertas en el plazo que indique el Reglamento de esta Ley, siempre y cuando con ello no se conceda una ventaja indebida, en relación con los demás oferentes.

Resulta importante señalar que, el órgano contralor basó el criterio antes citado, en el principio de eficiencia, por cuanto se persigue que los oferentes presenten las propuestas a la Administraciones, la información necesaria para la búsqueda de la oferta que mejor satisfaga sus necesidades y el interés público. Donde conforme a la norma legal, es posible la subsanación siempre y cuando no otorgue una ventaja indebida frente a las demás ofertas, por cuanto la única experiencia que puede ser subsanada es la realizada, donde el único aspecto por resaltar conforme a la

resolución de la División de Contratación Administrativa es cuando se echa de menos la acreditación de la experiencia.

Es decir, con la R-DCA-660-2015, el órgano contralor considera como válida toda aquella experiencia que se haya logrado antes de la apertura de las ofertas, sin que la misma tenga que ser referenciada en las ofertas presentadas, por ende, puede ser subsanada sin que se considere una ventaja indebida para con los demás participantes de los procesos de contratación.

Ante el panorama, anteriormente desarrollado, la Contraloría General de la República modifica o reconsidera lo concerniente a la contabilización de la experiencia, esto por cuanto antes de la emisión de la resolución ya citada, existía un criterio distinto, misma que como se indicó en párrafos anteriores, únicamente, permitía subsanar lo correspondiente a la experiencia cuando la misma había sido referenciada en la aplicación presentada antes de la apertura de las ofertas, caso contrario, no se permitía la subsanación, aunque la misma se hubiese logrado antes de la apertura de las ofertas, por el solo hecho de no haberse referenciado y, en caso de hacerlo, se consideraba como una ventaja indebida, que provocaba que no se tomara en consideración la experiencia que no se hubiese referenciado al momento de la presentación de las ofertas.

Conforme a los pronunciamientos emitidos por la Contraloría General de la República, decreto ejecutivo 41243 (2018) modifica el artículo 81 inciso b del Reglamento a la ley de contratación Administrativa, mismo que conforme a la modificación realizada se transcribe a continuación: “b) Certificaciones sobre

cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido, siempre y cuando tales circunstancias existieran al momento de la presentación de la oferta y así lo acredite el interesado.”

En los procesos de contratación, para el cálculo de la experiencia positiva, resulta pertinente aplicar la tesis antiformalista de la doctrina del hecho histórico, esto quiere decir, en otras palabras, en los procesos de contratación en cuanto al cálculo de la experiencia positiva, la forma cede ante el fondo.

En la lectura de la resolución N°. R-DCA-660-2015 del órgano contralor se extrae lo siguiente respecto al informalismo en la presentación de las ofertas:

(...) la Administración desplegará toda su actividad ordinaria a buscar la mejor alternativa para el interés público, dejando en un segundo plano el cumplimiento de requisitos formales. Se consagran por esta vía, como correlato de la eficiencia, los principios de conservación e informalismo, (...).

Conforme al análisis del párrafo anterior, la Contraloría General de la República ha desarrollado, que el principio de eficiencia está orientado hacia la conservación de las ofertas y al informalismo, donde se pretende mantener en concurso todas aquellas ofertas, mientras estas no se aparten, de manera sustancial, por lo requerido por la Administración. Además, permite de manera eficiente y aplicando la tesis antiformalista del hecho histórico, prevalece lo que efectivamente demuestran los participantes en el proceso de contratación, como experiencia positiva, donde no

es tema en cuestión si la oferta indicó que cuenta con tres años de experiencia donde en realidad era treinta.

#### **2.2.4.2. Análisis de la morosidad obrero-patronal**

Antes de iniciar con el análisis de la morosidad obrero patronal y con el propósito de vislumbrar la importancia que conlleva el análisis por realizar, es necesario conocer el desarrollo dado por la Procraduría General de la República, dictamen C-217-2000, (2000) y se encuentra referenciado en el oficio N°. 08706 (DCA-1982) del 27 de agosto del 2012, mismo que indica lo siguiente:

En nuestro medio, la seguridad social goza de una doble condición. Por un lado, es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho. Por el otro, constituye un derecho fundamental de los habitantes de la República. / Como es bien sabido, Costa Rica se ha caracterizado no solo por su vocación pacifista y su apego a las instituciones democráticas, sino por su postura a favor de la justicia y la solidaridad social. Basta con hacer un recorrido rápido por nuestra historia para comprobar lo que venimos afirmando. La red de instituciones sociales que se crearon en la década de los cuarenta, las cuales en su mayoría fueron recogidas en la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949 ( Universidad de Costa Rica, Caja Costarricense del Seguro Social, Patronato Nacional de la Infancia, el Título de las Garantías Sociales, etc.), la que fue ampliada en la década de los setenta ( con la creación del Instituto Mixto de Ayuda Social y el Programa de Asignaciones Familiares), ha jugado un papel trascendental en la

consolidación del Estado social de Derecho. Este se nos presenta hoy no solo como una realidad jurídica, sino como un hecho constatable, pese a los embates de que ha sido objeto a causa de la crisis económica de la década de los ochenta y a la nueva concepción que se puso en boga en el mundo después de la caída del bloque socialista: la idealización del mercado y sus leyes.

Tal y como se ha dicho, la seguridad social cuenta con un rango constitucional, donde además de buscar el beneficio de los trabajadores, también, con base en la protección que brinda la seguridad social, obliga a que en un sistema de contribución como el nuestro, tanto el Estado, patrono y trabajadores protejan en contra los riesgos de: enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte de demás contingencias que por ley se dan.

Mediante el artículo 73, de la Constitución Política de Costa Rica, donde se enmarca la seguridad social, con rango constitucional, donde a la letra indica lo siguiente:

**ARTÍCULO 73.** —Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

Adicionalmente, el artículo 74 de la Constitución Política de Costa Rica establece que tanto los derechos, así como, los beneficios, son irrenunciables, donde encuentran su principal fundamento en el principio cristiano de justicia social, a fin de propiciar la solidaridad nacional.

En el Dictamen C-133-2012 del 31 de mayo del 2012, entre los aportes que genera el mismo en relación con lo señalado en el Dictamen C-217-2000 ya citado, se indica:

Es así como el sistema de seguridad social establecido en la norma constitucional abarca la prestación del servicio de salud por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social, para lo cual se garantizan los aportes solidarios de los trabajadores, del Estado y los patronos.

Son estos aportes solidarios los cuales permiten la mantención del sistema de seguridad social costarricense, donde conforme al trinomio existente (Estado,

patrono y trabajadores) dan lugar a la subsistencia de este, donde los fondos y reservas con que cuentan serán únicamente utilizada para la finalidad previamente otorgada por ley.

De aquí la importancia o trascendencia de que todas las partes, que conforman el trinomio antes dicho, cumplan con sus obligaciones con la seguridad social, porque esta situación, si no se realiza, volvería al régimen insostenible e imposibilitaría el buen uso de su derecho constitucional del acceso a la seguridad social.

#### **2.2.4.2.1. Análisis de la morosidad obrero patronal como un aspecto no subsanable**

Ante la relevancia del régimen de seguridad social costarricense, se realiza un análisis de la morosidad obrero-patronal, conforme a los pronunciamientos que ha dado el órgano contralor y desde la perspectiva jurisdiccional, en donde se resalta su trascendencia a la fecha, existen criterios opuestos en la aplicación del instituto de la subsanación en materia de contratación administrativa, para lo relacionado con la morosidad obrero patronal.

Es el artículo 74, de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social que otorga el mandato de ley respecto a la morosidad obrero patronal en los procesos de contratación administrativa, mismo que se transcribe en lo que interesa a continuación:

Artículo 74.- La Contraloría General de la República no aprobará ningún presupuesto, ordinario o extraordinario, ni efectuará modificaciones

presupuestarias de las instituciones del sector público, incluso de las municipalidades, si no presentan una certificación extendida por la Caja Costarricense de Seguro Social, en la cual conste que se encuentran al día en el pago de las cuotas patronales y obreras de esta Institución o que existe, en su caso, el correspondiente arreglo de pago debidamente aceptado. Esta certificación la extenderá la Caja dentro de las veinticuatro horas hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, en papel común y libre de cargas fiscales, timbres e impuestos de cualquier clase.

Corresponderá al Ministro de Hacienda la obligación de presupuestar, anualmente, las rentas suficientes que garanticen la universalización de los seguros sociales y ordenar, en todo caso, el pago efectivo y completo de las contribuciones adeudadas a la Caja por el Estado, como tal y como patrono. El incumplimiento de cualquiera de estos deberes acarreará en su contra las responsabilidades de ley. Penalmente esta conducta será sancionada con la pena prevista en el artículo 330 del Código Penal.

Los patronos y las personas que realicen total o parcialmente actividades independientes o no asalariadas deberán estar al día en el pago de sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social, conforme a la ley. Para realizar los siguientes trámites administrativos, será requisito estar al día en el pago de las obligaciones de conformidad con el artículo 31 de esta ley.

3. Participar en cualquier proceso de contratación pública regulado por la Ley de Contratación Administrativa o por la Ley de Concesión de Obra Pública. En todo contrato administrativo, deberá incluirse una cláusula que establezca como incumplimiento contractual, el no pago de las obligaciones con la seguridad social.

Con esta protección constitucional y a través de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, se busca la protección a este régimen, situación que ha conllevado a realizar algunas reformas al artículo 74.

En este contexto, se realizó una primera reforma al artículo 74 de la Ley constitutiva de la CCSS, donde conforme al voto dividido de la Sala Constitucional de Costa Rica, resolución 787-94 (1994), por voto de mayoría se anula del artículo 74, la frase que dice “para participar en licitaciones públicas o privadas (...)”.

Posteriormente, a partir de la promulgación de la Ley de Protección al Trabajador, resultó necesario una nueva modificación al artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS, la cual en materia de contratación administrativa se estableció como requisito para participar en cualquier procedimiento de contratación pública, donde indistintamente que se trate de patronos o trabajadores independientes deberán encontrarse al día con las obligaciones con la CCSS.

Además, se incluyó que en todos los contratos administrativos se deberá incluir una cláusula que disponga el no pago de las obligaciones de la seguridad social

como un incumplimiento contractual, que podría generar la disolución del contrato existente.

Una tercera reforma al artículo 74, de la Ley Constitutiva de la CCSS, modificó el tercer párrafo y su inciso 3, donde el deber de los patronos de y las personas que realizan total o parcialmente actividades independientes o no asalariadas, que participen en procedimientos de contratación pública, así como con todas las contribuciones sociales que recaude la CCSS conforme a la ley, donde se establece la obligación de estar inscrito, sea como patrono, trabajador independiente o en ambas modalidades, ya que, de lo contrario, se estaría ante un incumplimiento contractual.

Se debe resaltar, que esta obligación se hizo extensiva a los subcontratistas en fase de ejecución, a quienes se estableció como solidariamente responsables de las obligaciones obrero-patronales.

La más reciente reforma, realizada al artículo 74, de la Ley Constitutiva de la CCSS, fue publicada en el Diario Oficial la Gaceta N°. 131 del 12 de julio del 2019, donde se adiciona después del primer párrafo del inciso 3, lo siguiente:

Durante la etapa de ejecución del contrato, si un contratista adquiere la condición de morosidad con la Caja, y el contratante tiene pendiente pagos a su favor, este deberá retener su pago y girarle dichos recursos directamente a la Caja. Si una vez honrado el pago de las cuotas obrero-

patronales o de trabajadores independientes quedara algún remanente a favor del contratista, el contratante le hará entrega de este.

A través de las reformas señaladas, el legislador ha buscado armonizar la norma a efectos de que su aplicación busque el salvaguardo del régimen de seguridad social, otorgando con esto a los contratantes una norma legal que permita la protección de dicho régimen en armonía con el principio de justicia social.

Es el punto tercero, del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social y los artículos 65 y 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa donde se da el marco jurídico de referencia para la aplicación del instituto de la subsanación en cuanto a la morosidad obrero patronal en materia de contratación administrativa.

Resulta necesario, en este punto, traer a análisis lo preceptuado en el artículo 65 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, misma que a la letra se indica:

Artículo 65.-**Documentos a aportar.** Toda oferta presentada por un proveedor nacional contendrá las siguientes declaraciones y certificaciones, sin perjuicio de cualquier otra documentación de la misma naturaleza, que la Administración, requiera en el cartel. En el caso de las declaraciones, se harán bajo la gravedad de juramento y no será necesario rendirlas ante notario público, salvo que así razonablemente lo requiera la Administración

en el cartel. Estas serán admisibles en documento separado o bien como parte del texto de la propuesta.

c) Certificación de que el oferente se encuentra al día en el pago de las obligaciones obrero patronales con la Caja Costarricense de Seguro Social (en adelante CCSS), o bien, que tiene un arreglo de pago aprobado por ésta, vigente al momento de la apertura de las ofertas. La Administración podrá señalar en el cartel en qué casos la certificación de la CCSS no deba aportarse, porque se cuenta con acceso directo al sistema de dicha entidad y pueda verificar por sí misma la condición del participante. En todo caso la Administración podrá constatar en cualquier momento, el cumplimiento de las obligaciones obrero patronales.

En caso de que el oferente presente certificación de que no se encuentra inscrito como patrono ante la CCSS, y del objeto licitado se derive tal obligación, la Administración le solicitará explicación, la que en caso de resultar insatisfactoria de acuerdo a los lineamientos establecidos por la CCSS, provocará la exclusión del concurso y la denuncia ante las autoridades correspondientes de cobro de la CCSS.

El órgano contralor, en el marco de su competencia, en lo concerniente a materia de contratación administrativa, ha visto cómo con el transcurrir de los años, ha vertido pronunciamientos y criterios en torno al instituto de la subsanación y su aplicación de lo preceptuado por el artículo 74 de la (Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social), donde se puede citar el criterio esbozado mediante

oficio DAGJ-768-2004 del 13 de abril del 2004, donde ante consulta realizada por el Ministerio de Hacienda respecto a la aplicación del artículo ya citado, en cuanto a la obligatoriedad de encontrarse al día con el pago de las obligaciones patronales para participar en los procesos de contratación. Al respecto indicó lo siguiente:

La norma dispone la obligación de los patronos y de las personas que realicen actividades independientes no asalariadas, de estar al día en el pago de sus obligaciones con la CCSS para poder participar en cualquier proceso de contratación regulado por la Ley de Contratación Administrativa, y fija como competencia de las instancias administrativas la verificación del cumplimiento de tal obligación.

De lo dicho anteriormente, se tiene que las competencias de cada Administración han sido perfiladas por el propio legislador, correspondiéndole a la CCSS la administración del Sistema Centralizado de Recaudación y realizar todas las gestiones administrativas y judiciales para controlar la evasión, entre otros y corresponde a las otras Administraciones verificar el cumplimiento de quien participe en un procedimiento de contratación administrativa, se encuentre al día con sus obligaciones con la CCSS.

Al estar definidas, de esta forma, las competencias, consideramos que la Administración no podría excluir una plica de un concurso, si acompaña una certificación de estar al día con sus obligaciones con la CCSS, o bien, no es patrono.

Lo anterior no implica que, si una Administración encuentra una situación irregular por incumplimiento de las obligaciones obrero patronales, deba mantener una actitud pasiva y no actuar, lo que comportaría desconocer normas de carácter social que redundan en el bienestar de los trabajadores. En tal caso, debe informar lo que corresponda a la Caja para que esta actúe conforme con sus competencias legales ya citadas.

En este punto, resulta fundamental conocer el Voto 787-94 de la Sala Constitucional, donde se recibe para análisis acción de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, al ser considerada por el accionantes contrarias a los artículos 28, 39, 46 y 182 de la Constitución Política, quienes, mediante un estudio a la norma, se elimina la siguiente frase: “para participar en licitaciones públicas o privadas”.

Donde mediante el examen realizado a la norma establecen que los fines de las regulaciones para la contratación administrativa, buscan que el Estado logre las mejores ofertas en cuanto a precio y calidad, sean eficientes, además se busca una armonía con el principio constitucional de la igualdad, porque se pretende que todos los oferentes participen en igualdad de condiciones en los procesos de contratación.

Adicionalmente, a lo señalado en el párrafo anterior, la Sala Constitucional argumenta en el voto citado, lo siguiente:

Que la exigencia de estar al día en el pago de las cuotas a la Caja no tiene relación alguna con lo primero; por lo cual, no cumple las reglas del principio

de razonabilidad ni responde a los fines de la contratación pública, pues tal obligación no es más que un mecanismo para compulsar ilegítimamente el pago de las cuotas, que constituye una desviación de poder por perseguir fines ajenos a los propios de la contratación administrativa.

Conforme a la sentencia del voto 787-94 de la Sala Constitucional, que fue considerada declarativa y retroactiva para las licitaciones que con la entrada en vigor de la norma no se encontraban firmes, situación que produjo un nuevo criterio o pronunciamiento por parte del órgano contralor, al basar sus resoluciones en la sentencia ya comentada.

El órgano contralor, en resoluciones R-DCA-425-2006 y la R-DCA-257-2009 entre otras, ha consignado la obligatoriedad de encontrarse al día con el pago de las cuotas obrero-patronales al momento de la apertura de las ofertas con la Caja Costarricense del Seguro Social, para el momento de la apertura de las ofertas; sin embargo, la Contraloría General de la República ha desarrollado, en las resoluciones referenciadas, que en caso de presentarse la morosidad obrero patronal, después del momento procesal de la apertura de las ofertas, la misma puede ser subsanada en el momento que la Administración constate tal situación.

De la lectura de la resolución R-DCA-090-2008, se establece lo siguiente:

Sin embargo, es lo cierto que el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social establece dicha obligación para poder “participar” en cualquier proceso de contratación pública, y si entendemos

dicho término como la posibilidad de presentar la respectiva oferta, hemos de concluir que la obligación de estar al día en el pago de las cuotas obrero-patronales con la Caja deviene obligatoria e insubsanable únicamente al momento de la apertura de las ofertas, de forma tal que la morosidad sobreviviente (sea durante el desarrollo del procedimiento de contratación, etapa de formalización e incluso ejecución) sí es un aspecto que puede ser subsanable.

#### **2.2.4.2.2. Análisis de la morosidad obrero patronal como aspecto subsanable**

Desde la resolución R-DCA-063-2012 (2012), de la Contraloría General de la República, mediante voto salvado del Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada, Gerente Asociado de la Contraloría General de la República, donde se manifestó su criterio respecto a la aplicación del inciso 1 y 3 del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social y el artículo 65 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, manifestando este lo transcrito a continuación:

Pues en mi criterio, esa norma es conteste con la posición establecida en el presente voto, en el sentido de que la posibilidad de exclusión de ofertas solamente se debiera producir luego de la prevención de subsanación y cuando se mantenga la condición de morosidad, lo cual es semejante a la previsión contenida en el artículo 82 del RCA ya citado.

Mediante un análisis a las resoluciones emitidas por el órgano contralor, a partir de la resolución antes citada, se inicia con un cambio de paradigma, donde si bien es

cierto no logró el voto de la mayoría, si resulta necesario reseñar, que se inicia con un cambio de pensamiento en cuanto a la morosidad obrero patronal.

Conforme al voto salvado, emitido en la resolución R-DCA-063-2012 ya citado, conviene realizar un análisis pormenorizado del mismo, a efectos de presentar el desarrollo e interpretación dado a la norma y que posteriormente mediante oficio de la Contraloría General de la República, oficio 08706 (DCA-1982 (2012, se modifica el criterio en torno a la morosidad obrero patronal, ante la consulta realizada por la Caja Costarricense del Seguro Social en cuanto a la interpretación del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, el cual se encuentra referenciado en la presente investigación.

Se desprende del análisis del voto salvado de la resolución ya señalada, que de la lectura y valoración hecha al artículo 74 inciso 3 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, y cito:

De la norma transcrita se puede derivar la intención del legislador de que a través del régimen de contratación administrativa se pueda proteger el régimen de seguridad social y por ende a través de los procedimientos de contratación administrativa el Estado pueda velar porque las personas físicas o jurídicas (participantes de un concurso), se encuentren al día en los pagos de las obligaciones con la seguridad social, cuando por Ley tengan esa obligación. Este interés de velar por éste último régimen de referencia, guarda toda lógica por cuanto se trata de un régimen muy sensible a través del cual se protege a los beneficiarios del mismo contra

riesgos de enfermedad y maternidad, vejez y muerte entre otros, por lo cual sin lugar a duda no se puede descuidar la sostenibilidad del mismo, lo cual se logra con la contribución efectiva de quienes están obligados a ello, bajo un concepto de solidaridad social. Por otro lado, desde la perspectiva de la contratación administrativa, a través de la cual el Estado genera acciones para proveerse de bienes y servicios, no es éticamente aceptable que se contrate con personas que no respetan el principio de solidaridad universal que contienen los regímenes de seguridad social. Sería un contrasentido que el Estado promueva la protección de intereses sociales como los inmersos en regímenes de esta naturaleza y que por otro lado en sus relaciones contractuales se permita actitudes que tiendan a la irresponsabilidad empresarial de no atender sus obligaciones para con ese tipo de regímenes. Lo anterior, ha sido sostenido por años en jurisprudencia de esta Contraloría General, y considero que es esta línea de pensamiento no hay discrepancia con el voto de mayoría en la presente resolución, pues ha sido preocupación del órgano contralor de colaborar en que se proteja ese régimen de seguridad social.

Desde la tesis anteriormente citada, tal y como se muestra no existe aún contradicción alguna, con lo cual se ha venido resolviendo por parte del órgano contralor. Sin embargo, es a partir del análisis del verbo “participar”, que aparece inserto en el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS, que como se verá más adelante se dio un cambio a lo que hasta la fecha había venido planteando el órgano contralor, sobre su relación con la contratación administrativa.

En el análisis realizado, tanto en el voto salvado, que reiteradamente se ha referenciado, como en el oficio N° 08706 (DCA-1982), donde se establece:

Que la posición de participante va desde el momento en que se presenta una oferta en un procedimiento de contratación administrativa -que sería el primer momento en que un interesado en satisfacer la necesidad planteada en el objeto contractual del proceso concursal mantiene externa su interés en participar-, hasta que termine la relación con la administración sea porque no se adquirió la condición de adjudicatario del concurso o cuando o cuando habiendo adquirido ésta, suscribió y ejecutó el contrato e incluso, finiquitó la relación contractual.

Conforme al análisis esbozado y la interpretación realizada, donde se estima que no debe existir diferencia de en qué momento de la contratación se encuentra la misma, para entender que debe cumplir con lo que la ley obliga, además existe una obligación por mandato de ley que obliga la protección social y especialmente a personas con más limitaciones económicas.

Es ahí la importancia del cumplimiento sobre las obligaciones, misma que le corresponde a cada uno de los contribuyentes del régimen y resulta fundamental para el funcionamiento y subsistencia del régimen, conforme a como ya hemos visto, al modelo de seguridad social adoptado por Costa Rica.

Conforme al voto salvado de la resolución R-DCA-063-2012, donde el Lic. Alvarado Quesada pone en manifiesto lo regulado en el artículo 80, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que donde interesa señalar:

Se considerará que un error u omisión es subsanable o insustancial, cuando su corrección no implique una variación en los elementos esenciales de la oferta, tales como las características fundamentales de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega o las garantías de los productos, o bien, coloque al oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida.

A raíz de lo establecido, en el párrafo anterior y el voto salvado de la mencionada resolución, se establece que el hecho de ponerse al día, en caso de cuotas obrero patronales, no genera una ventaja indebida a favor de quien lo haga, debido a que no forma parte de las características fundamentales relacionado con el objeto contractual. En su voto salvado agrega:

Distinto es el escenario de aquel oferente que al momento de apertura de ofertas e incluso durante cualquier momento previo al acto de adjudicación no acredita del todo el estar al día en sus obligaciones con la seguridad social y habiéndole prevenido la Administración que se refiera a esa situación no acredita en el tiempo otorgado, que ha efectuado el pago debido o formalizado arreglo de pago con la Institución, pues en ese caso ante la ausencia de acreditación debida, si es posible que en protección de ese régimen de seguridad social se pueda excluir a un oferente por esa

situación, pues ello deriva de una lógica de no permitir que se violente el ordenamiento jurídico que regula la materia de seguridad social y por ende se quebrante el deber del Estado de velar por el respeto a ese régimen y evitar que el Estado contrate con un empresario incumpliente de sus obligaciones.

En el análisis del instrumento de la subsanación, tal y como fue desarrollado en el voto salvado, resulta factible ya sea de oficio o a solicitud de la Administración, la corrección del vicio y, en caso de no hacerlo, resulta aplicable lo establecido por el artículo 82 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que a la letra establece lo siguiente:

Artículo 82. —Consecuencias de no atender la prevención. Si la prevención de subsanar o aclarar no es atendida oportunamente, la Administración, procederá a descalificar al oferente de que se trate, siempre que la naturaleza del defecto lo amerite y a ejecutar, previa audiencia, la garantía de participación.

Con el análisis del voto salvado, el Lic. Alvarado Quesada argumenta que, a través de la normativa que regula la contratación administrativa, se busca la protección del régimen de seguridad social, sin que eso conlleve a llegar a extremos, como lo sería la exclusión de las ofertas de los procesos de contratación, sin que este pueda tener la posibilidad de subsanación o habiendo realizado el pago con sus obligaciones con la CCSS, no se le permita continuar con el proceso licitatorio, aún y cuando su morosidad hubiese sido al momento de la apertura de las ofertas.

El mantener la oferta y como se desarrolló en párrafos anteriores, se relaciona con los principios constitucionales de eficacia y eficiencia, principios rectores en contratación administrativa, así como los principios de libre concurrencia y conservación de ofertas. Donde se busca maximizar la cantidad de oferentes que participen en los procesos de contratación, con el propósito de obtener mayores beneficios al seleccionar al futuro contratista, situación que ha criterio del Lic. Alvarado Quesada, en su voto salvado de la resolución R-DCA-063-2012, considera que el permitir la subsanación o solicitar de oficio el pago de sus obligaciones con la CCSS, cuando este se encuentre moroso, aún en el momento de la apertura de las ofertas, no podría constituir una ventaja indebida respecto a los demás oferentes del concurso.

Aunado a lo ya indicado, manifiesta en su resolución que ni el artículo 22 de la Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, ni el artículo 14 de la Ley de Creación del Instituto Mixto de Ayuda Social, ni la normativa propia de contratación administrativa, regulada en el artículo 65 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, “(...)tipifican la exclusión de un oferente a causa de una condición de morosidad al momento de apertura de ofertas, que bien podría ser solventada como se ha tratado de ilustrar en los escenarios de recién exposición (...)”.

Acorde con lo expuesto en líneas atrás, que conforme al voto salvado del Lic. Alvarado Quesada, este manifiesta “(...) en el sentido de que una situación de morosidad no debe verse como una razón de exclusión directa, sino sometida al instituto de la subsanación. (...) esa situación debiera ser igual en relación con otros

requisitos (...). Conforme al análisis presentado, este manifiesta y parafraseo, bajo el concepto de “participante”, los oferentes deben encontrarse a derecho en sus pagos durante todo el tiempo que ostente esa condición, situación que conlleva incluso la etapa de ejecución y en donde su incumplimiento posterior a la subsanación sería la ejecución de la garantía de cumplimiento y hasta la posibilidad de resolución del contrato ya existente.

Una vez referenciado, interesa para los fines propuestos, en la presente tesis, lo dispuesto a la resolución R-DCA-063-2012, donde como ya se dijo, fue mediante el voto salvado de minoría que se marcó un hito respecto a la perspectiva que como a continuación se desarrollará, situación que a la postre, vino a cambiar el pensamiento de la Contraloría General de la República respecto a estar al día con las obligaciones obrero patronales, misma que mediante oficio 08706 (DCA-1982) del 27 de agosto del 2012 de seguido se desarrollará.

En materia de contratación administrativa y tal como ya se indicó el inciso 3 del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS, define la obligación de los patronos y trabajadores independientes para que se encuentren al día en sus obligaciones obrero patronales, para participar en cualquier proceso de contratación con la Administración Pública, donde conforme al espíritu del legislador de la norma señalada, es evitar que los oferentes que se encuentren morosos con la seguridad social, sean contratados con fondos públicos, por lo tanto, cada entidad debe verificar que cada oferente se encuentre al día con la seguridad social en los procedimientos de contratación y durante la fase de ejecución del contratista.

El legislador, mediante la norma ya citada, del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS, si bien es cierto da una obligación a los oferentes de encontrarse al día con las cuotas obrero patronales, teniéndose como intención el disminuir la evasión y la morosidad, donde además se da la obligación a la entidad licitante de ser vigilantes a la contribución forzosa y solidaria de respalda la seguridad social, amparada por norma constitucional para la protección de los habitantes.

El instituto de la subsanación de la morosidad obrero patronal, se encuentra íntimamente ligado al principio de eficiencia, señalado en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, así como, en el artículo 2, del Reglamento a dicha Ley, donde su aplicación resulta de acatamiento obligatorio conforme al principio de legalidad que rigen las actuaciones de los funcionarios públicos como depositarios de la autoridad, debiéndose con esto cumplir los deberes que la ley da.

Al tenor del artículo 83, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, donde las Administraciones al analizar las aplicaciones, deben partir con la simple presentación de las ofertas, de manera voluntaria, se están comprometiendo a cumplir con las condiciones cartelarias o del cartel.

Indica el oficio 08706-2012 (DCA-1982), un aspecto que no se puede dejar de lado, siendo este lo siguiente:

Al analizar el tema de la subsanación del requisito de estar al día con respecto al pago de las obligaciones obrero-patronales, debe tomarse en cuenta necesariamente que dichas disposiciones, como se ha señalado, no

se encuentran propiamente ligadas a materia sustantiva atinente a la contratación. Por el contrario, se trata de normas que han sido utilizadas por parte del legislador para establecer un control adicional al pago de las obligaciones con la seguridad social.

Como se desprende de la lectura, de lo anteriormente citado, donde el requisito establecido por el legislador no sea un escollo formal que dé por excluida una oferta en un proceso de contratación y, a la postre, afecta la debida satisfacción del interés público. Es conforme a lo establecido, en la resolución de la Contraloría General de la República, resolución R-DCA-393-2012 (2012), donde se indica:

Esta lectura de las normas tiene como norte el principio de eficiencia, conforme al cual se debe estar al contenido sobre la forma y al cumplimiento del fin último de la norma. (...) es válido entender que la interpretación de esas normas deba darse desde la óptica de los principios que informan constitucional y legalmente la materia.

Del mismo cuerpo de la resolución R-DCA-393-2012, ya referenciada, se extrae que desde la óptica de los principios de contratación administrativa, específicamente, el de principio de eficiencia, desarrollado a nivel constitucional, mediante el Voto 998-98 y a nivel legal en el numeral 4 de la Ley de Contratación Administrativa, de tal forma que, con el propósito de obtener un mayor número de ofertas elegibles, al cumplir con requisitos de admisibilidad o por el cumplimiento de los aspectos sustantivos de la contratación, donde en caso que durante el proceso de análisis y selección de ofertas, así como, al momento de impugnación del acto de

adjudicación, situación que podría ser subsanado de oficio o a solicitud de la Administración.

De la misma lectura de la resolución R-DCA-393-2012, se tiene el significado al verbo “participar” en cualquier procedimiento de contratación administrativa, desde la perspectiva de los principios que rige esta materia, donde cito,

Debe entenderse en relación con quién aspira a ser contratista de la entidad, de forma que ante una condición de morosidad, el interesado bien podrá subsanar su situación, conforme a lo previsto en el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, mediante el pago de sus obligaciones y de esa forma, las empresas podrán mantenerse como potenciales oferentes de bienes y servicios.

Conforme a la resolución tomada como referencia, en párrafos anteriores, se modifica el criterio vertido en cuanto al instituto de la subsanación en los conducente a la morosidad obrero patronal, reconsiderándose lo resuelto en el voto de mayoría en la resolución R-DCA-063-2012, misma que fue analizada en el presente trabajo, por la relevancia del voto salvado en su oportunidad, que a la fecha es el criterio con que el órgano contralor resuelve lo relacionado al instituto de la subsanación respecto a la morosidad obrero patronal, en los procesos de contratación administrativa.

### **2.2.4.2.3. Análisis de sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda**

Una vez analizada la posición del órgano contralor, respecto al instituto de la subsanación en lo que respecta a la morosidad obrero patronal, es pertinente conocer las sentencias dictadas por la Sección Primera y la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo, del Segundo Circuito Judicial de San José, en lo conducente al oficio N°.08706 (DCA-1982). Donde las partes actoras, estiman que es disconforme al ordenamiento jurídico, por violentar el artículo 74 a la Ley Constitutiva de la CCSS y ser contrarios a principios constitucionales, legales y reglamentarios que protegen el sistema de seguridad social de nuestro país.

En los argumentos dados, por la parte actora, se señalan los aspectos que resultan necesarios a traer a colación. Además, la posición del órgano contralor ante tales afirmaciones y finalmente se incluirá en el presente análisis lo establecido por el Tribunal en lo correspondiente a la sentencia dictada por la Sección Primera, misma que corresponde al Expediente 15-008565-1027-CA del Tribunal Contencioso Administrativo.

Como primer punto de análisis y seguido por el orden desarrollado en la sentencia citada, en el párrafo anterior, se tiene lo indicado por la parte actora donde manifiesta una ilegalidad en la interpretación realizada por la Contraloría General de la República de la obligación legal de estar al día con la Caja Costarricense del Seguro Social como condición para participar en cualquier proceso de contratación administrativa, alegándose en este punto que el órgano contralor realiza una

interpretación “creativa” del verbo “participar”, al ser tal interpretación contraria a lo que a la letra establece, el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS y, a la vez, contradice el espíritu del legislador, al momento que se aprobó dicha norma.

Indica, además la parte accionante, que con la interpretación dada por el órgano contralor, se perdería la finalidad perseguida por la norma, misma que establece que para participar en los procesos de contratación con la administración pública, los oferentes deben, por imperativo de ley, encontrarse al día con sus obligaciones con la seguridad social.

Por tal motivo, la Contraloría General de la República, a criterio de la parte actora, pretende que se dé un sentido amplio al verbo “participar”, donde se interprete que es posible “participar en la etapa de análisis de las ofertas” y con esto “(...) restringiendo abusivamente el ámbito de aplicación de la ley y limitando sus efectos (...)”.

En este punto, agrega la parte accionante, que la interpretación dada por la Contraloría General de la República es contraria a la ley, al permitirse que particulares que no se encuentren inscritos como patronos o se encuentren morosos con sus obligaciones, con la seguridad social, puedan participar, tanto en las etapas previas a la apertura de las ofertas y hasta en la etapa posterior al análisis de las aplicaciones recibidas en un determinado proceso de contratación.

Considerando, además, al permitir que las empresas puedan subsanar este requisito, de encontrarse “al día con sus obligaciones obrero patronales”, se le esté

otorgando una ventaja indebida, una vez realizada la apertura de las ofertas, será de conocimiento de todos los oferentes, situación que implicaría un incentivo para ponerse al día con sus obligaciones con la CCSS, esto por cuanto al conocer las demás ofertas, podrán saber si tienen expectativas reales de resultar adjudicados. Termina agregando respecto a este punto, donde conforme a “(...) la interpretación ilegal dada por la CGR, se constituye un claro y evidente desestimulo para aquellos oferentes que cumplan con la ley y se esfuerzan para estar al día con la seguridad social (...)”. Además, estima que (...) podría estarse fomentando la competencia desleal, pues no debe descartarse que los oferentes morosos tengan la posibilidad de presentar una mejor oferta, reduciendo costos con base en el incumplimiento de sus obligaciones con la seguridad social (...).

Consta en la resolución dictada, por la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo, del Segundo Circuito Judicial de San José como coadyuvante en el proceso a la Caja Costarricense del Seguro Social, misma que brinda su postura respecto a la interpretación dada por la Contraloría General de la República del artículo 74 inciso 3 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, donde entre los aspectos más relevantes de desarrollan de seguido.

Indica, en sus argumentos, la Caja Costarricense de Seguro Social que el acto administrativo impugnado se encuentra revestido de nulidad absoluta, al ser su contenido contrario al marco de juridicidad, donde consideran que “(...) el contenido del acto implica invertir recursos de la seguridad social en finalidades distintas a las

que motivaron la creación de la Caja, aspecto que se encuentra prohibido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico.”

Conforme a lo anterior, para la representación de la Caja Costarricense de Seguro Social el criterio vertido por el órgano contralor resulta contrario al ordenamiento jurídico, al realizar un criterio subjetivo, donde lejos de proteger el régimen de seguridad social este desaplica el marco jurídico. Debido a los efectos que produce la interpretación dada por el órgano contralor de la hacienda pública, la Caja Costarricense del Seguro Social, en sus argumentaciones, estima que el mismo cuenta con “(...) efectos lesivos y continuados en tanto incide reiteradamente en la esfera jurídica de la Caja, pues en cada contratación que se realiza potencialmente se lesionan los mecanismos coercitivos de recaudo del patrimonio de la seguridad social (...).”

Continúa diciendo, la Caja Costarricense de Seguro Social que, la argumentación de la Contraloría General de la República carece de un sustento dogmático, esto a raíz que el órgano contralor se limita a indicar que la “participación” del artículo 74, en cuestión, debe entenderse “en sentido amplio”, donde esa representación no encuentra el asidero legal que permita llegar a esa conclusión, al estimar que la misma es “contraria de manera directa y flagrante de la Ley”, al considerarse que “(...) si el legislador hubiese querido proteger el recaudo de la seguridad social estableciendo una prohibición de adjudicación, así lo hubiera consignado, (...)” por lo contrario “(...) la voluntad del legislador y el sentido de la norma, es absolutamente clara en prohibir la participación en los procesos de contratación, (...)”.

Debido al análisis del espíritu del legislador, realizado por la Caja Costarricense de Seguro Social, dicha representación considera que la norma no da margen a la interpretación, al reflexionar que el proceso es uno, que va de principio a fin, donde no se restringe a cierta etapa como fue interpretado por el órgano contralor.

Respecto al primer argumento señalado, por la parte actora, la CGR en su contestación, a la demanda estableció que con la interpretación realizada por estos se cumple el fin perseguido por la norma, ya que es posible que sea por el pago voluntario o por la prevención que realice las Administraciones Públicas, que los patronos o trabajadores independientes cumplan con sus obligaciones obrero patronal, garantizándose con esto el fin propuesto por la norma en controversia.

La parte demandada, en la interpretación realizada a la norma, es del criterio que, de realizarse el retiro mecánico y automático de la oferta en un determinado procedimiento de contratación, bien podría estarse excluyendo “una oferta idónea y razonable” para el cumplimiento del fin público de la Administración.

Considera ese órgano contralor, que con la interpretación realizada a la norma, se incentiva a los potenciales oferentes y a los oferentes a realizar el pago de sus obligaciones obrero patronal a la CCSS, situación que, de no hacerlo en el momento oportuno, daría al traste que sus ofertas, porque se considerarían excluidas para resultar adjudicadas.

Se deben mencionar algunos de los argumentos dados por el Tribunal respecto a este primer punto de la demanda y parafraseo tales argumentaciones, si a las

Administraciones para que se les aprueben sus presupuesto o se les modifiquen los mismos se les exige que se encuentren al día con las obligaciones obrero patronales, no comprende esa cámara con el objetivo de obtener un mayor número de ofertas, se permita que los patronos o trabajadores independientes se puedan encontrar morosos con la seguridad social, más aún, los oferentes persiguen un lucro con la presentación de sus aplicaciones, por lo tanto, no estiman posible que se deba realizar excepciones ante los incumplimientos de carácter legal y constitucional.

A causa de los argumentos ya señalados, a criterio del Tribunal, la norma no permite excepción, por lo tanto, no podría considerarse subsanable en la etapa de calificación de ofertas y previo a la adjudicación y no de la presentación de ofertas. Para el Tribunal resulta claro que si desean contratar con la Administración en procesos de contratación administrativa estos deben de estar al día con la seguridad social al ser esta su obligación legal y constitucional, en caso de estar moroso, previo a la apertura de las ofertas, realice un arreglo de pago para así poder contratar con el Estado.

Se debe resaltar que, la Administración Pública se rige por el principio de legalidad, referenciado en el artículo 11 de la (Ley General de Administración Pública ) y en la Constitución Política de Costa Rica, donde por norma legal y constitucional los funcionarios públicos son depositarios de la autoridad pública y cumplir con lo que la ley le impone, debe únicamente realizar lo que el ordenamiento le permite. Situación que, conforme a la interpretación dada por órgano contralor, tendría un roce con el ordenamiento jurídico.

Como segundo, los agravios presentados, por la parte acta, se pudo encontrar, que a su criterio, el oficio del órgano contralor, viola los principios constitucionales que rige los seguros sociales, al estimar que con la interpretación realizada se estaría abriendo “portillos legales” que permitan relativizar sus efectos y reducir su eficacia, al considerar que “(...) la contribución es una obligación esencial para la existencia del régimen de seguridad social y al ser su finalidad el fortalecimiento del fondo para la protección y beneficio de los contribuyentes (...), tal y como ha quedado expuesto mediante Voto 7393-98 de la Sala Constitucional.

Un aspecto, el cual no se puede dejar pasar y fue desarrollado en la contestación de la demanda por el órgano contralor, el hecho de la inclusión de las regulaciones, en materia de contratación administrativa, realizada en la norma que regula la seguridad social, al no considerarlos propios de la misma, donde se concluye que son “medios que emplea el legislador para que los empresarios se mantengan al día con el pago de las cuotas con la CCSS”.

Con lo anterior, se estima, para tal situación, que las normas deben interpretarse conforme a los principios de contratación administrativa, basado en la interpretación realizada a la norma en controversia con el principio de eficiencia, que busca mantener elegibles el mayor número de propuestas, esto con el propósito de poder obtener la oferta que cumpla con los requerimientos de la Administración.

Con respecto a los argumentos desarrollados, por la parte actora y la demandada, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en su sentencia, da la razón a la parte actora, por considerar que, la interpretación realizada por la CGR, en

cuanto a entender el término “participación” del artículo 74 inciso 3 de la Ley Constitutiva de la CCSS, excede el espíritu del legislador, situación que, además, a criterio de esa Cámara, “(...) viola la Constitución Política al sobreponer al principio de seguridad social los principios de la contratación administrativa”.

Agrega en la lectura de la sentencia que “(...) el legislador ha adoptado como uno de los tantos medios para asegurar el cumplimiento del principio de la seguridad social, el establecer en dicha norma una exigencia de carácter legal, aunque con trasfondo constitucional (...)”.

El tercer agravio señalado, por la parte actora, sobre la interpretación realizada por la CGR es contraria a los fines perseguidos por el Poder Legislativo al aprobar y reformar el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS, al estimar que dicha ley es clara en relación con los impedimentos para contratar con la Administración Pública, donde si el interesado no está al día con sus obligaciones obrero patronal, no podrá participar en procesos licitatorios que promuevan la Administración, donde a criterio de la parte actora, no existe ningún margen a la duda, donde “se está o no se está al día con las obligaciones obrero patronales”.

Además, el precepto de ley es claro, al establecer en el artículo 74, inciso 3 que, “(...) la participación en procedimientos de contratación pública queda supeditado a que los interesados cumplan con asegurar a sus trabajadores y cancelar las respectivas cuotas obrero-patronales, (...)”.

Indica, la parte actora en su demanda, que “(...) de la revisión de las discusiones legislativas del proyecto de ley N°16209, llevadas a cabo en el seno de la Comisión con Potestad Legislativa Plena Primera en octubre 2010, se concluye que, el espíritu del legislador, al proponer la modificación del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS fue decididamente evitar que empresarios irresponsables continuaran burlando sus obligaciones con la seguridad social “a vista y paciencia” de la Administración Pública”.

El órgano contralor, como parte demandada en dicho proceso, ante las afirmaciones dadas por la parte actora, se defiende argumentando que con su interpretación no se viola ningún principio constitucional, donde más bien los armoniza, frente a los principios constitucionales de la contratación administrativa, al no tenerse certeza cuál es el momento concreto y específico cuando se debe tener por acreditada el cumplimiento de encontrarse al día con las obligaciones obrero patronales. Se puede colegir de la contestación de la demanda, que el órgano contralor ante el vacío argumentado de la norma, el operador jurídico está llamado a realizar la ponderación conjunta de los principios de la contratación administrativa frente al aseguramiento de la seguridad social. Donde a su criterio, el oficio hoy, en controversia, hizo tal ponderación, donde se estimó que es posible realizar una armonización de las normas, al estimar que los mismos son coexistentes y cumplen una funcionalidad común, en busca de la satisfacción del interés público, donde los dos, tanto la seguridad social, como la contratación administrativa cumplen papeles fundamentales en la satisfacción del interés público. Destacando, además, que los

dos regímenes tienen rango constitucional; por lo tanto, a su criterio es factible armonizarlos.

En esa armonía, la norma del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS, el órgano contralor indicó lo siguiente:

En su lugar, ponderó de mejor manera la obligación allí establecida, armonizando su cumplimiento con la dinámica de la materia de contratación administrativa y el principio constitucional de eficiencia, maximizando de esa forma las posibilidades de contar con el mayor número de posibles ofertas elegibles, así como asegurando que los interesados en contratar con el Estado y sus instituciones, que se encuentren en un estado de morosidad y frente a los cuales los medios coercitivos de pago no surtieron efecto, regularicen sus situaciones en provecho del régimen de seguridad social. Esa lectura de las normas tiene como norte el principio de eficiencia, conforme al cual se debe estar al contenido sobre la forma y al cumplimiento del fin último de la norma.

En concordancia con lo anterior y conforme con los argumentos esbozados por el órgano contralor, en la contestación de la demanda, estos manifiestan que respetan los criterios emanados por la Sala Constitucional, donde la Sala ha manifestado que el requisito de estar al día, con el pago de las cuotas de la CCSS es un requisito “previo” para contratar con la Administración y según reseñan en sus argumentos, ese órgano contralor tal situación implica:

Que no se podrá celebrar ninguna contratación si no se está al día con el pago de las cuotas con la CCSS tantas veces señalado; que con la participación en un concurso no se está contratando con la administración, éste es un paso previo que no garantiza en ninguna forma la adjudicación de la oferta y por ello tampoco la contratación con la Administración. Reiteran que la obligación de estar inscrito y pagar las cuotas de la CCSS es un requisito que puede prevenirse una vez abiertas las ofertas en razón de los argumentos que se dan en el oficio cuestionado.

A raíz de la interpretación mencionada, en el párrafo anterior, al considerar la CGR que la norma no lo consideró, este hace vía interpretación, conforme a las facultades y competencias constitucionales y legales en la materia de contratación administrativa.

Para el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, los argumentos dados por el órgano contralor, no se pueden tomar como válidos, ya que, consideran que tal afirmación podría tomarse como cierta si a nivel constitucional, la contratación administrativa estuviera al mismo nivel de la seguridad social como derecho fundamental, situación que no ocurre, por lo tanto, en el conflicto de ambos principios, debe prevalecer el que comprenda un valor más importante, en este la vida y la salud; por lo tanto, a criterio de esa Cámara sería contraproducente el intentar demostrar que se armonizaron dichos principios, al estimar que es una norma ajena a la contratación administrativa la cual fue incluida por el legislador sin permearla en sus principios.

El Tribunal concluye sus argumentaciones diciendo:

Para que la interpretación que pretende la Contraloría sea acorde con el ordenamiento jurídico debe ser el mismo legislador el que prevea el supuesto y las etapas en que podría darse la planteada subsanación, (...) mientras esta situación no se presente, esta Cámara considera que la única interpretación válida es que la norma no admite interpretaciones como la que se cuestiona, no siendo admisible que el órgano contralor realice interpretaciones ajenas a la letra y espíritu de la norma, mucho menos, de carácter auténtico que solo son competencia de la Asamblea Legislativa.

Como cuarto agravio de la sentencia ya mencionada, la parte accionante indicó en su demanda que, la conducta administrativa impugnada es contraria a la jurisprudencia de la Sala Constitucional y del Tribunal Contencioso Administrativo, al estimar que más allá de lo que la ley regula, en cuanto a contratación administrativa, se debería tomar en consideración que se está contratando con instituciones públicas o por entes privados, que se financian con fondos públicos.

Por tal motivo, consideran, en su demanda, que lo justo y lo razonable sería que se cumpla con las condiciones mínimas de la legislación social a quienes desean obtener beneficios económicos de ellos.

En cuanto a este punto de la demanda, el órgano contralor, en la contestación realizada, indica que, son respetuosos y conocedores del ordenamiento jurídico, en

donde el oficio cuestionado acorde con los principios constitucionales y legales de la materia. Agrega, la Contraloría General de la República, voto 8583-2002 (2002) que:

El requisito de estar al día con el pago de las cuotas de la CCSS es un requisito “previo” para contratar con la Administración y precisamente la tesis de la Contraloría General implica que no se podrá celebrar ninguna contratación si no se está al día con el pago de las cuotas de la CCSS tanta vez señalado; que con la participación en un concurso no se está contratando con la Administración.

Mediante las justificaciones que ha dado el órgano contralor, este no considera lo siguiente:

Brindar la posibilidad de subsanar defectos formales de una oferta no violenta ninguna norma o principio constitucional en la medida que resultan acordes a la oportuna y debida tutela del interés público, siempre y cuando no afecte el contenido fundamental o esencial de la oferta y se respeten los principios que informan la materia de contratación administrativa desarrollados ampliamente en la jurisprudencia constitucional. (...) el hecho de permitir subsanar el pago de las obligaciones con la CCSS, en nada altera el contenido fundamental de la oferta.

Una vez dilucidados los argumentos dados por las partes, el Tribunal estimó en su sentencia, que no comparte el del órgano contralor, al estimar que si bien es cierto la variación no corresponde a un elemento esencial de la

oferta conforme a la redacción del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, sin embargo, no podría considerarse así conforme a la Ley Constitutiva de la CCSS. Es debido a lo anterior, que el Tribunal estima que la norma no permite la interpretación realizada por el órgano contralor, al ser contrario al fin previsto por el legislador de cumplir con los pagos de la seguridad social para poder participar en los procesos de contratación con el Estado y sus instituciones. Termina afirmando en este punto el Tribunal y cito: “(...) insistir en que la obligación de estar al día es subsanable contradice la norma legal que establece como requisito de admisibilidad, tal condición, y por ese motivo insubsanable.”

Por último, el alegato dado por la parte accionante, en la presente demanda, se estableció que, el órgano contralor no motivó las razones de la conveniencia de que un requisito sustancial pasó a ser un requisito secundario, esto por cuanto hasta el 2011, la Contraloría General de la República, había considerado que, la morosidad obrero patronal no podía ser susceptible a subsanación.

A criterio de la parte accionante, las argumentaciones esbozadas en el oficio DCA-1982 no fueron claras al establecer como un requisito que, hasta esa fecha, había sido un requisito sustancial, pasó a ser un requisito subsanable; donde las justificaciones de oportunidad y conveniencia no pueden prevalecer sobre la obligación constitucional que tiene como fin el garantizar la seguridad social.

De la lectura de la contestación de la demanda, se denota un aspecto fundamental a ser dilucidado en este punto, mismo que parafraseo de seguido; el órgano contralor

tiene claro la exigencia de encontrarse al día con las obligaciones obrero patronales, situación que comparte; sin embargo, estima que la norma no excluye y la ponderación de interés público y propio régimen de seguridad social así lo amparan, considerando posible prevenir a los oferentes con la intención que estos puedan poner en regla su situación, no considera la demandada que tal aspecto origine la desaplicación de la norma ya reiterada.

Con respecto a lo señalado por el Tribunal, se indicó, en la sentencia que, si bien al órgano contralor se le envistió para velar por la tutela y resguardo preventivo de los elementos integrantes de la Hacienda Pública, tal competencia no le otorga la facultad de hacer interpretaciones de los textos legales que modifiquen sustancialmente su literalidad y espíritu, situación que, aunque busque la eficiencia y armonía de los principios constitucionales de la contratación administrativa con los de la seguridad social, al estimar ese Tribunal, que el término “participación” no implica presentación de ofertas, al órgano contralor equipararlos con las etapas de estudio y adjudicación, siendo estas etapas muy distintas del proceso administrativo.

A través del análisis de la sentencia y según la apreciación de la accionante y el Tribunal, donde estas partes no consideran que la norma dispuesta en el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS es clara al indicar que la palabra “participación”, situación que les permite colegir a que se refiere hasta el momento de la presentación de las ofertas.

Concluye en la sentencia, con el análisis del Tribunal, que no pueden permitir que la Administración Pública que se rigen por el principio de legalidad y acorde con el

derecho de la Constitución, que por la interpretación de realizar el órgano contralor del artículo 74, de la Ley Constitutiva de la CCSS, se pretenda justificar que, para no excluir una oferta que puede resultar ganadora en un proceso de contratación y cumpla con la satisfacción del interés público que buscan las Administraciones, se tengan que transgredir normas que tienen su respaldo legal y constitucional.

Ante tal situación, resulta evidente que, con la posición del Tribunal que dictó la sentencia, este anuló el oficio DCA-1982; sin embargo, es preciso apuntar que, la sentencia esgrimida se encuentra en Casación a la espera de ser votada para su admisibilidad.

En este mismo sentido, la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo del Segundo Circuito Judicial de San José, Anexo A, en la resolución que se gestionó mediante el Expediente 14-001562-1027-CA del Tribunal Contencioso Administrativo, tomó posición similar a la expuesta por la Sección Primera de dicho Tribunal, donde por la mayoría de los integrantes de dicho Tribunal, se anuló el criterio esgrimido por la Contraloría General de la República, respecto a la morosidad obrero patronal y con el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, al considerarlo inconforme con el ordenamiento jurídico, al establecer que existe una “exigencia de estar al día con las obligaciones establecidas en favor del régimen de la seguridad social en nuestro país (...)”. Tal consideración realizada, por ese Tribunal, fue adoptada al “entenderse que se trata de un requisito sustancial y necesario para la admisión de las ofertas en todo proceso licitatorio, (...)”.

Es contundente la Sección Sexta del Tribunal contencioso Administrativo al indicar que el órgano contralor, con su interpretación, no pretende que los oferentes se encuentren al día para participar en los procesos de contratación, sino que, pretende que dicha disposición permita subsanar el aspecto de morosidad tanto con la seguridad social, como con el Fondo de Desarrollo y Asignaciones Familiares; se extiende hasta la etapa previa de resultar adjudicatario.

Indica, además la Sección Sexta, que el órgano contralor “desatendió y desaplicó un mandato expreso”, al estimar que riñe de manera abierta con el texto y contenido de la norma.

Un aspecto que llama la atención sobre lo expuesto, en la sentencia de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo, es el hecho que en la resolución de la Sección Sexta, se indica que “resulta subsanable en los términos del numeral 80 del Reglamento de la Contratación Administrativa”, queriéndose decir, con dicha afirmación, que “mediante una única prevención al efecto, dentro de los cinco días siguientes a la recepción y apertura de las ofertas, por un plazo improrrogable de hasta cinco días hábiles y previo a la valoración de fondo de las plicas en un proceso licitatorio”.

Resulta relevante realizar tal diferenciación, ya que, como se mencionó en párrafos anteriores, las dos sentencias presentan una misma línea en sus argumentaciones, con la atenuante, que en la resolución de la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo, se dio por válida la posibilidad que de previo a la valoración de los aspectos de fondo de las aplicaciones, en los cinco días

siguientes a la presentación de las ofertas, resulta factible a solicitud de parte o de oficio, por el oferente la subsanación de lo correspondiente a la morosidad con las obligaciones obrero patronales y el Fondo de Desarrollo y Asignaciones Familiares.

#### **2.2.4.2.4. Análisis recurso casación contra la sentencia No. 023-2018-I**

A partir de la sentencia dada por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sentencia 023-2018-I (2018) y por considerar el órgano contralor que la misma no se ajusta a la legalidad y apegada al ordenamiento jurídico, se presenta recurso de casación contra la sentencia dictada.

De lo anterior y por la transcendencia para los intereses de la tesis que se desarrolla, se presentará un extracto de los aspectos sometidos por el órgano contralor, con el propósito, como ya se dijo, de brindar un panorama amplio para la atención del problema planteado.

Como primer aspecto, alega el órgano contralor, en su recurso de casación, que en la sentencia sometida, se violó el artículo 138, inciso c, del Código Procesal Contencioso Administrativo, al existir falta de aplicación del artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, así como el artículo 7 del Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República.

Fundamenta el órgano contralor su recurso, que sus oficios no son vinculantes a terceros y, por ello, no puede entenderse que tienen efectos continuados. Afirma, que los criterios que puedan contener una consulta y afecten a un tercer, deben

serlo, obviamente, por un acto concreto de aplicación y ese acto debería ser impugnado, por lo cual, si se hubiera aplicado lo regulado en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el artículo 7 del Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, se tuvo que haber declarado la caducidad de la demanda.

Como segundo argumento, expuesto por la Contraloría General de la República, se motiva frente a la supuesta violación al principio de seguridad jurídica, razonando tal situación que al ser un oficio, este se considera con efectos inmediatos y vinculante, únicamente, para la institución consultante, no pudiendo ser válido lo argumentado por el Tribunal, al estimar que, el oficio que da origen a la controversia, se encuentra vigente por el hecho que se ha reiterado en el tiempo, daría al traste que resulte impugnable en cualquier tiempo como lo hizo ver el Tribunal, esto en razón que lo correcto sea tal y como lo indica la norma, en un límite temporal de un año, ya que, caso contrario, a criterio del Tribunal se estaría frente a un acto administrativo que se mantiene indefinido en el tiempo, aún y cuando ya surtió sus efectos.

El tercer argumento, dado por el órgano contralor, es la falta de prueba, ya que estima que se acreditaron hechos en las consideraciones de la sentencia sin que conste a su criterio pruebas que sustenten tal accionar y sustenten que el criterio impugnado se sigue aplicando; por consiguiente, se configura la causal de casación. Insiste el órgano contralor, que la parte actora no trajo ni un solo caso en que se haya aplicado el mismo criterio con posterioridad a la fecha de emisión de la

consulta, dando por sentado y sin ninguna prueba por parte del Tribunal en la sentencia sometida.

El cuarto punto alegado, el órgano contralor expresa la indebida aplicación de los artículos 10 de la Ley General de la Administración Pública y 4 de la Ley de Contratación Administrativa, al estimar que el Tribunal se aparta a lo indicado en el primero y no considera lo señalado en el segundo.

Con el propósito de contar con un panorama más claro, de lo establecido por el artículo 10, de la Ley General de la Administración Pública se transcribe el mismo:

Artículo 10.

1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.
2. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere.

Conforme con la norma anteriormente citada, que órgano contralor, en la atención de la demanda, manifiesta que, su interpretación fue realizada de forma armónica y en busca de la satisfacción del interés público que se persigue.

Asimismo, continúa diciendo el órgano contralor que el Tribunal no analizó el cumplimiento del fin público, en el caso del artículo 74, de la Ley Constitutiva de la CCSS la recaudación de las cuotas obrero-patronales, no probándose en el proceso

que el oficio impugnado afectara la recaudación, no probándose con esto que el criterio vertido por el órgano contralor afectara el fin perseguido por la norma.

Como consideración pertinente, relacionado con el oficio objeto del proceso, es que la Contraloría General de la República consideró que el fin público perseguido por la norma se cumple no solo con el pago voluntario de las obligaciones de la seguridad social, puede además obtenerse el pago con la prevención realizada por la Administración dentro de un proceso de contratación, procurándose las posibilidades de contar con mayor número de ofertas elegibles, con el propósito de seleccionar la propuesta más idónea y sin exponer a las Administraciones Públicas por tener que contratar a ofertas con un precio mayor, en desmérito de los fondos públicos, con los cuales se contraten, donde evidentemente no se podrá adjudicar ninguna oferta que no cumpla con el requisito legal.

Agrega el órgano contralor, en su recurso de casación, que la interpretación realizada tiene como eje la satisfacción del interés público y no un interés institucional o privado de alguna empresa en particular, debiéndose respetar lo correspondiente a las obligaciones con la seguridad social, así como, el respeto a la dinámica y principios de la contratación pública de bienes y servicios.

En este orden de ideas, estimó el órgano contralor que, el Tribunal no consideró el principio de eficiencia, del artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, del cual se deriva la conservación de las ofertas e informalismo de las actuaciones. Por lo tanto, es importante mencionar que, conforme al principio de eficiencia, se dispuso que: "En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el

contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo.”

Desde la perspectiva del órgano contralor, desarrollado en los párrafos anteriores, que se establece la etapa de recepción y análisis de las ofertas, se pueden, en estas etapas, darse las prevenciones enmarcadas en el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, permitiéndose con base en esto, que si un oferente no se encuentran al día con el pago de sus obligaciones con la seguridad social, este pueda hacerlo y con esto, poder realizar el análisis de la oferta recibida por la Administración.

Agrega, en el recurso invocado, que el Tribunal no tomó en consideración que la subsanación en materia de contratación administrativa resulta posible a la luz de los principios constitucionales, al constar de varias etapas, situación que no sucede en los otros casos desarrollados por el Tribunal en su sentencia.

Consideró el órgano contralor que, el Tribunal no consideró la posibilidad de armonizar los principios constitucionales ni a su criterio, ese Tribunal expuso la forma como se violentó el principio de la seguridad social, a la luz del oficio emitido por parte de la Contraloría General de la República.

Como quinto aspecto, alegado por la Contraloría General de la República, en el recurso de casación presentado, fue la indebida aplicación del artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y falta de aplicación de los artículos 2 incisos a) y b) y 81 del mismo cuerpo normativo, al considerar el Tribunal

que no se puede subsanar el requisito de estar al día con las cuotas de la CCSS, al considerar que el texto normativo es de orden reglamentario y no legislativo

Estima el órgano contralor, que en su interpretación, el Tribunal no consideró lo correspondiente al artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa y, por ende, desaplicó el párrafo 4 de indicado artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual establece: “Luego de finalizada esta etapa se puede corregir o completar, cualquier aspecto subsanable que no se hubiese advertido durante el plazo antes indicado, a solicitud de la Administración o por iniciativa del oferente”.

En la lectura del recurso de casación, presentado por la Contraloría General de la República, llama la atención que, a su criterio, el Tribunal que dictó la sentencia, que da origen a la casación, no consideró los artículos 2 y 81 inciso j) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Donde a criterio del órgano contralor, se hizo una interpretación contraria, esto por cuanto consideró que, si el Tribunal los hubiese aplicado, no podría haber establecido que el requisito no resultaba subsanable y, por ende, no habría anulado el oficio que original la demanda.

Como sexto punto desarrollado, por el órgano contralor, por considerarlo violatorio y contrario a la sentencia citada, corresponde a la falta de aplicación de los artículos 55 y 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, esto debido a que el Tribunal consideró en su sentencia que el factor precio, es la mayoría de las veces determinante, para la adjudicación. Estimó el órgano contralor que, una vez concluida la etapa de la apertura de las ofertas, las Administraciones, no cuentan con los elementos suficientes para determinar cuál es o puede resultar como oferta

ganadora, ya que debe aún realizarse el análisis legal y técnico de las ofertas que podría excluir a una o varias ofertas.

Ante lo desarrollado en el párrafo anterior, el órgano contralor, en la presentación del recurso de casación, indicó que, se permite la discreción de la Administración al fijar los requisitos de evaluación, por lo tanto, no podría considerarse como lo hizo el Tribunal que, la mayoría de las veces, el precio defina al adjudicatario en los procesos de contratación que realizan las Administraciones. Adicionalmente, agrega, que no consta en el expediente ninguna prueba que respalde la aseveración realizada por ese Tribunal en el dictado de la sentencia.

Otro de los puntos controvertidos y desarrollados, en este punto, por la Contraloría General de la República, es porque el Tribunal no consideró, conforme al artículo 83, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, después de la apertura de las ofertas, se sigue el estudio de admisibilidad de las ofertas, tal y como se cita a continuación:

Artículo 83.-Estudio de admisibilidad de ofertas. Cumplida la anterior etapa, la Administración, procederá al estudio y valoración de las ofertas en relación con las condiciones y especificaciones de admisibilidad fijadas en el cartel y con las normas reguladoras de la materia.

Serán declaradas fuera del concurso, las que incumplan aspectos esenciales de las bases de la licitación o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico. Los incumplimientos

intrascendentes no implicarán la exclusión de la oferta, pero así deberá ser razonado expresamente en el respectivo informe.

En esta etapa, a criterio del órgano contralor, se puede saber si una oferta tiene o no posibilidad de resultar adjudicado, ya que es aquí donde se verifica el cumplimiento de las condiciones técnicas y de admisibilidad establecidas en el cartel, siendo únicamente evaluables las ofertas que cumplan con las condiciones solicitadas por la Administración, esto conforme al artículo 84 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Se tiene como última violación argumentada por el órgano contralor en su recurso de casación, la acreditación de hechos en las consideraciones de la sentencia sin que conste prueba que sustente los mismos y adicionalmente o cobre la preterición de prueba admitida.

Basando su argumento, cuando el Tribunal señaló que con la interpretación se favorecen los intereses privados de morosos y no el interés público, no existiendo una debida valoración de la valoración de lo dispuesto, en la prueba admitida, como lo resulto ser el oficio DCA-1982 que origina la demanda. Donde el Tribunal realiza afirmaciones como la que se cita de seguido: "Asimismo y aunque afirme lo contrario, estima este Colegio de Jueces que el criterio de la Contraloría General de la República si beneficia los interese privados de los oferentes morosos, no así, el interés público."

La afirmación antes citada, considera el órgano contralor que hace que resulte contrario a la prueba aportada, por lo cual es catalogada como una falacia, esto por cuanto conforme consta en la contestación del recurso de casación, se presentó las pruebas que se estimaron pertinentes, donde conforme a su entender "(...) se logra demostrar, de manera clara y fehaciente, que con la aplicación de la interpretación contenida en el oficio impugnado existió un evidente beneficio para la Administración en lo que hace a la disposición de fondos públicos."

Por todos los argumentos antes esbozados, la Contraloría General de la República, en su recurso de casación, solicita se anule la sentencia sometida, por contener acreditaciones de hechos sin que existan pruebas y argumentaciones que lo sustente.

**CAPÍTULO III**  
**MARCO METOLÓGICO**

### 3.1. MARCO METODOLÓGICO

Para Balestrini (2006) el marco metodológico es “el conjunto de procedimientos lógicos, tecno-operacionales implícitos en todo proceso de investigación, con el objeto de ponerlos de manifiesto y sistematizarlos; a propósito de permitir descubrir y analizar los supuestos del estudio y de reconstruir los datos, a partir de los conceptos teóricos convencionalmente operacionalizados. (p.125).

A criterio de Arias (2006) el método científico es “el conjunto de pasos, técnicas y procedimientos que se emplean para formular y resolver problemas de investigación mediante la prueba o verificación de hipótesis” (p.18)

El marco metodológico pretende realizar acciones destinadas a describir y analizar el fondo del problema planteado, a través de procedimientos específicos, donde mediante la observación y recolección de datos, se permita determinar el “cómo” se realizará el estudio.

Al respecto Sabino (2007) indicó: “En cuanto a los elementos que es necesario operacionalizar pueden dividirse en dos grandes campos que requieren un tratamiento diferenciado por su propia naturaleza: el universo y las variables” (p.118).

El diseño o marco metodológico para Tamayo (2003) es “identificar y formular con precisión el problema que se pretende afrontar, permite orientar, dentro del marco de referencia interdisciplinaria, los mecanismos y técnicas para obtener y analizar la información indispensable en el análisis y solución del problema planteado” (p.94).

La palabra metodología definido por Tamayo (2003) comprende varios elementos:

El planteamiento del modelo o los principios teóricos dentro de los cuales se va a manejar el problema; la definición de los conceptos que se va a usar (útil sobre todo cuando no existe una aceptación unívoca de ellos); la especificación de las hipótesis que se indagarán como posibles pistas de solución; la delimitación de los parámetros de la investigación y la selección de las técnicas de recolección y procedimientos de análisis de la investigación.

### **3.2. Tipo de investigación**

#### **3.2.1. Finalidad**

Para Tamayo (2003) la investigación es "(...) un proceso que, mediante la aplicación del método científico, procura obtener información relevante y fidedigna, para entender, verificar, corregir o aplicar conocimiento." (p.37)

Para el autor Tamayo (2003) existen dos formas de investigación, mismos que se describen de seguido:

- Investigación pura: se le da también el nombre de básica o fundamental, se apoya dentro de un contexto teórico y su propósito fundamental es el de desarrollar teoría mediante el descubrimiento de amplias generalizaciones o principios. (...) Persigue igualmente el desarrollo de una teoría o teorías basadas en principios y leyes.

- Investigación aplicada: se le denomina también activa o dinámica, y se encuentra íntimamente ligada a la anterior, ya que desprende de sus descubrimientos y aportes teóricos. Busca confrontar la teoría con la realidad.

El autor Pardinás (2001) manifiesta que “la investigación aplicada tiene como objeto el estudio de un problema destinado a la acción y la investigación pura tiene como objeto el estudio de un problema destinado exclusivamente al progreso, o a la simple búsqueda del conocimiento.”

La presente investigación busca dar a conocer cuál ha sido el tratamiento del instituto de la subsanación en contratación administrativa, conforme a las resoluciones dadas por la Contraloría General de la República: en los casos concretos de la experiencia y la morosidad obrero patronal.

La presente investigación es de tipo aplicada, por cuanto busca comparar resoluciones de la Contraloría General de la República contra la jurisprudencia existente.

### **3.2.2. Dimensión temporal**

La dimensión temporal en los procesos de investigación va a estar íntimamente ligada al espacio del tiempo en que se realiza la investigación. Para Hernández, Baptista & Fernández (2014), la investigación no experimental se clasifica en:

- **Investigación transaccional o transversa:** recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado. Es como “tomar una fotografía” de algo que sucede. (p.154)
- **Investigación longitudinal o evolutiva:** en ocasiones la intención del investigador es analizar cambios al paso del tiempo en determinadas categorías, conceptos, sucesos, variables, contextos o comunidades, o bien, de las relaciones entre éstas. Aún más, a veces ambos tipos de cambios. (...) los cuales recolectan datos en diferentes momentos o periodos para hacer inferencias respecto al cambio, sus determinantes y consecuencias. (p.159)

La presente investigación se ubica dentro de los estudios no experimentales de tipo longitudinal o evolutiva, según lo establece Hernández et al (2014) donde se recolectaron datos de diferentes momentos o periodos para hacer inferencias respecto al cambio, sus determinantes y consecuencias. (p.159)

### **3.2.3. Marco**

El tipo de investigación es macro, debido a que las resoluciones analizadas y jurisprudencia relacionado al instituto de la subsanación aplica para todo el país.

La muestra se realiza a un subgrupo de la población con conocimiento amplio respecto al tema analizado. Siendo el tipo de muestra que se llevará a cabo de expertos.

### 3.2.4. Naturaleza

La naturaleza de las investigaciones desarrolladas por Hernández et al (2014) se clasifican en las que presentan un enfoque cuantitativo y las cualitativas, mismas que se definen de seguido:

- Enfoque cuantitativo: es secuencial y probatorio. Cada etapa precede a la siguiente y no podemos “brincar” o eludir pasos. EL orden es riguroso, aunque desde luego, podemos redefinir alguna fase. Parte de una idea que va acotándose y, una vez delimitada, se derivan objetivos y preguntas de investigación, se revisa la literatura y se construye un marco o una perspectiva teórica. De las preguntas se establecen hipótesis y determinan variables; se traza un plan para probarlas (diseño); se miden las variables en un determinado contexto. (p.4)
- Enfoque cualitativo: se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos. Con frecuencia, estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes y después, para perfeccionarlas y responderlas. La acción indagatoria se mueve de manera dinámica en ambos sentidos: entre los hechos y su interpretación

y resulta un proceso más bien “circular” en el que la secuencia no siempre es la misma, pues varía con cada estudio. (p.7)

Conforme a la definición de los enfoques desarrollados, la investigación desarrollada es de tipo cualitativa, porque se enmarca en las características de dicho enfoque, donde se encasilla los datos de la investigación, con el propósito de darle respuesta al problema.

### **3.2.5. Carácter**

Según lo desarrolla Hernández et al (2014), existen diferentes tipos de investigación según el alcance, a continuación describe el propósito de cada uno:

- Exploratorio: se realiza cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado, del cual se tienen muchas dudas o no se ha abordado antes. Es decir, cuando la revisión de la literatura reveló que tan solo hay guías no investigadas e ideas vagamente relacionadas con el problema de estudio, o bien, si deseamos indagar sobre temas y áreas desde nuevas perspectivas. (p.91)
- Descriptivos: se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, únicamente pretende medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que

se refieren, en esto su objetivo no es indicar cómo se relacionan éstas.

(p.92)

- Correlacionales: tiene como finalidad conocer la relación o grado de asociación que exista entre dos o más conceptos, categorías o variables en una muestra o contexto en particular. En ocasiones sólo se analiza la relación entre dos variables, pero con frecuencia se ubican en el estudio de tres, cuatro o más variables. (p.93)
- Explicativos: van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; es decir, están dirigidas a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales. (...) su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta o por qué se relacionan dos o más variables. (p.95)

El tipo de investigación, que se ha desarrollado, consiste, básicamente, en un estudio exploratorio, como se ha citado en el material de apoyo de la investigación. Para Hernández et al (2014) “los estudios exploratorios se efectúan, normalmente, cuando el objetivo es examinar un tema o problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado antes.” (p. 91)

Esto debido a que el proyecto de investigación se fundamenta en el estudio de un fenómeno que no se ha presentado en mucho tiempo y desde hace pocos años, se está dando o se cree que se está presentando. De allí, el interés de la investigación, para poder demostrar si se está presentando en realidad y de qué forma se presenta,

así como, los puntos fuertes y claves para conseguir el éxito que se muestra en la presente investigación.

Otra de las características de la investigación exploratoria para Maldonado (2015), “es que desestima la estadística y lo modelos matemáticos, se opone al estudio cuantitativo de los hechos, por tanto, es hermenéutico. Se trata de investigación cualitativa.”

Asimismo, el estudio también posee cualidades explicativas, según la referencia que se hace en el material de apoyo Hernández et al (2014) “su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué manifiesta (...)”. (p. 95)

La investigación, a su vez, ha tratado de mostrar cómo sucede el fenómeno investigado, por qué sucede y el entorno donde se desarrolla, dentro de los objetivos estructurados para la investigación.

Cita Hernández et al (2014), que los estudios exploratorios en pocas ocasiones constituyen un fin en sí mismos, "generalmente determinan tendencias, identifican relaciones potenciales entre variables y establecen el “tono” de investigaciones posteriores más rigurosas".

Se caracterizan por ser más flexibles en su metodología en comparación con los estudios descriptivos o explicativos, y son más amplios y dispersos que estos otros dos tipos. Asimismo, implican un mayor "riesgo" y requieren gran paciencia, serenidad y receptividad por parte del investigador. (p.91)

### 3.3. Sujetos y fuentes de información

Para Kerlinger, citado por Díaz (2016) señala que:

Los sujetos son todas aquellas personas físicas y corporativas que brindarán información. Debe especificarse cuál es la población o universo (puede ser uno o varios) y la muestra (si se utilizara) en cada caso. Debe quedar claramente establecido cuántos y cuáles son los informantes, de qué tamaño y las características que tienen el universo del que provienen, que tamaño y qué características tiene la muestra, que procedimiento de muestras se siguió para escoger la misma, porque se escogió ese procedimiento y como se escogieron esos sujetos. (p.69).

Para (Hernández et al (2014):

Existe una gran variedad de fuentes que pueden generar ideas de investigación, entre las cuales se encuentran las experiencias individuales, materiales escritos (libros, artículos de revistas o periódicos, notas y tesis), piezas audiovisuales y programas de radio o televisión, información disponible en internet (dentro de su amplia gama de posibilidades, como páginas web, foros de discusión, redes sociales y otras), teorías, descubrimientos productos de investigaciones, conversaciones personales, observaciones de hechos, creencias e incluso intuiciones y presentimientos. (p.24)

### 3.3.1. Las fuentes primarias

Las fuentes primarias para Pérez-Tejada (2008) son “artículos escritos como resultado de investigación, que puede encontrarse en: revistas, bancos de información (PsycINFO, Medline, entre otros), por internet y en libros que se publican”.

Para Hernández et al (2014) las fuentes primarias son “(...) utilizadas por el investigador para elaborar el marco teórico u otros propósitos; se incluyen al final del reporte, ordenadas alfabéticamente y siguiendo un estilo de publicaciones.”

De acuerdo con lo anterior, se podría decir que, las fuentes primarias, para los efectos de la presente investigación, son aquellas que contienen información original, el tema que contienen no ha sido nunca tratado, la información se ha mantenido intacta, es decir, no ha sido interpretada o analizada por un investigador o institución.

Este tipo de fuente de información se encuentra en tesis doctorales, libros, actas de congresos, revistas, normas o patentes. Entre las fuentes primarias es posible, también, encontrar obras de referencia como: diccionarios, enciclopedias, anuarios, directorios, guías, fuentes biográficas y hasta los atlas.

Para los efectos de la presente investigación, en el apartado de la bibliografía, se anotan las diferentes tesis, resoluciones de la Contraloría General de la República, Procuraduría General de la República y Sala Constitucional que sirven de referencia para esta investigación.

### **3.3.2. Las fuentes secundarias**

Respecto a las fuentes secundarias Tamayo (2003) ha dicho que el investigador recurre a estas con personas que no participaron directamente en ellas. “Estos datos los encuentra en enciclopedias, diarios, publicaciones periódicas y otros materiales.”

Las fuentes secundarias para Arias (2006) “son extraídos de la obra de otros investigadores.” (p.27)

Es importante aclarar que, aun cuando las fuentes documentales aportan datos secundarios, para Arias (2006) estas se clasifican en: “fuentes documentales primarias: obras originales; y fuentes documentales secundarias: trabajos en los que se hace referencia a la obra de un autor.” Al respecto, se ha dicho que, cuando se usan de forma exclusiva, es porque el investigador no tiene dinero para recoger información de tipo primario o cuando sencillamente encuentra fuentes secundarias muy confiables.

Entre las fuentes secundarias se encuentran los catálogos y las bibliografías, entre otros. Para los efectos de la presente investigación, en el apartado de la bibliografía, se anotan los libros, códigos y leyes que sirven de referencia para la presente investigación y se clasifican dentro de esta categoría.

### **3.3.3. Las fuentes terciarias**

Las fuentes terciarias se basan de la información obtenida de las cuentas secundarias. Por lo tanto, se pierde en mayor grado la confiabilidad, por lo cual

muchas veces no se consideran apropiadas de utilizar. Para la presente investigación, no se recurrió al uso de fuentes terciarias.

### **3.4. Selección de muestreo**

La muestra para Hernández et al (2014) en el proceso cualitativo, es “grupo de personas, eventos sucesos, comunidades, etc., sobre el cual se habrán de recolectar los datos, sin que necesariamente sea estadísticamente representativo del universo o población que se estudia.” (p.384)

Los tipos de muestras que normalmente se utilizan en las investigaciones, según lo desarrollado por Hernández et al (2014) son:

- Las no probabilísticas o dirigidas, cuya finalidad no es la generalización en términos de probabilidad. También se les conoce como “guiadas por uno o varios propósitos”, pues a elección de los elementos dependen de las razones relacionadas con las características de la investigación. (p.176)
- Las probabilísticas, todos los elementos de la población tienen la misma posibilidad de ser escogidos para la muestra y se obtienen definiendo las características de la población y el tamaño de la muestra, y por medio de una selección aleatoria o mecánica de las unidades de muestreo/análisis. (p.175)

Continúa diciendo Hernández et al (2014) que en los estudios cualitativos como el que nos ocupa, “(...) el tamaño de la muestra no es importante desde una

perspectiva probabilística, pues el interés del investigador no es generalizar los resultados de su estudio a una población más amplia.” (p.384)

El tipo de muestreo que se utilizó en la investigación en la recolección de datos fue el muestreo no probabilístico.

Dentro de esta investigación, específicamente, se escogió la muestra de expertos en el tema que se investiga, los cuales fueron seleccionados y elegidos a conveniencia del investigador, con el fin de llenar expectativas de interés y evacuación de dudas generadas por el mismo.

La muestra de expertos resulta fundamental para la opinión respecto a un tema específico. Al respecto Hernández (2014) ha indicado: “Estas muestras son frecuentes en estudios cualitativos y exploratorios para generar hipótesis más precisas o la materia prima del diseño de cuestionarios.” (p.387)

### **3.5. Técnicas e instrumentos para recolectar la información**

Son los instrumentos o las herramientas que utilizan para recolectar todo tipo de información pueden ser información documental, encuestas, cuestionarios, entrevistas, pruebas y escala de actitudes.

Para Hernández et al (2014) “en la indagación cualitativa los instrumentos no son estandarizados, sino que se trabaja con múltiples fuentes de datos, que pueden ser entrevistas, observaciones directas, documentos, material audiovisual, etc.” (p.397)

En esta investigación, se escogieron dos tipos: las entrevistas y la información documental.

### **3.5.1. Entrevista**

La entrevista, Hernández et al (2014) la define como “una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados).” (p. 403)

Las entrevistas, en este caso, se hacen dirigidas a expertos en la materia o a personas que se vean involucradas en situaciones como la elaboración de un proyecto de ley que pretende definir el concepto y con esto se ven directamente involucrados.

Las personas, a quienes se le dirige esta entrevista, constituyen profesionales en el derecho con la experiencia o pericia suficiente para poder entablar una conversación con conocimiento de causa, debido a su trayectoria y su papel dentro de la distribución de justicia, tal como lo son los Proveedores de Instituciones, Abogados especialista en contratación administrativa, así como demás expertos y personas involucradas con el tema.

Dentro de los instrumentos, para recolectar información y utilizada en esta investigación, fue el cuestionario, es el conjunto de preguntas, respecto de una o más variables que se van a medir, diseñados para generar los datos necesarios, con la finalidad de alcanzar los objetivos trazados en la investigación.

Se utilizó una base estructurada de preguntas puntuales, así como entrevistas abiertas que sirvieron de una guía general de contenido y el entrevistador posee toda la flexibilidad para manejarla, esto con la intención de afinar más los puntos concretos a resolver de la investigación.

### **3.5.2. Información documental**

En cuanto a los documentos se refiere Hernández et al (2014) que son “una fuente muy valiosa de datos cualitativos son los documentos materiales y artefactos diversos nos pueden ayudar a entender el fenómeno central de estudio.” (p. 415)

Los documentos, para esta investigación, son recopilaciones de resoluciones y oficios de la Contraloría General de la República, así como, sentencias de los Tribunales de Justicia de Costa Rica.

Estas son fuentes confiables de información, ya que las resoluciones y oficios de la Contraloría General de la República, así como, las sentencias de los Tribunales de Justicia de Costa Rica son documentos de carácter público. A su vez, es una excelente forma de recopilar distintos puntos de vista acerca del tema y, a su vez, analizar detalles en donde se tratan temas delicados; pero, en ambiente de respeto y debatiendo ideas, muchas veces, diversas.

**CAPÍTULO IV**  
**ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS**

#### **4.1. ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS**

La información, que se presenta a continuación, fue recopilada por medio de la entrevista realizada a un grupo de expertos en materia de contratación administrativa, donde destacan exfuncionarios de la Contraloría General de la República, un funcionario de proveeduría de una Institución pública, abogados de instituciones públicas, analistas de contrataciones y un exfuncionario de una institución pública con treinta y cinco años de servicio dedicado a la contratación administrativa; así como, dos funcionarios de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Con el grupo de profesionales expertos, en materia de contratación administrativa, se busca contar con un panorama más amplio y permita entrelazar el marco teórico con el pensamiento de cada una de estas personas.

Además, se logra entrevista de dos funcionarios de la Caja Costarricense de Seguro Social, quienes muestran su posición respecto a la interpretación que hace en la actualidad la Contraloría General de la República, respecto a la morosidad obrero patronal.

**Tabla 1 :Respuestas a la pregunta 1: Según su criterio, la posición actual del órgano contralor respecto al instituto de la subsanación en lo relacionado a la experiencia positiva es acertada o, por lo contrario, ¿consideran que la misma para ser subsanada debe encontrarse al menos referenciada en las ofertas?**

Lic. José Antonio Solera Víquez, Abogado. Laboró 10 años en la División de Contratación Administrativa de la CGR	Lic. Carlos Andrés Arguedas Vargas, Abogado. Laboró como Gerente de la División de Contratación Administrativa de la CGR	MBA. Eliécer Leal Gómez, Proveedor General INCOPECA	Lic. Edwin Salazar Serrano, Abogado INCOPECA
Desde mi perspectiva, la posición actual de la Contraloría General de la República es la correcta.	Desde una perspectiva estrictamente formal, creo que, el RLCA estipula que debe ser un hecho histórico referenciado en la oferta. Entonces, formalmente creo que la postura de la CGR es contraria a la normativa vigente; por lo tanto, para aplicar esa tesis debieron haber promovido una reforma reglamentaria y no hacerlo vía criterios. Ahora, a mi parecer en el fondo, la tesis apunta en la dirección correcta, pero debe entonces regularse el momento en que se puede subsanar. Para mí, debería ser antes de la adjudicación, a lo sumo con la interposición de apelación o con la contestación de la audiencia inicial, esto hay que discutirlo, pero si hay que poner un límite porque, de lo contrario, genera incertidumbre jurídica inconveniente.	Considero que los datos de las experiencias positivas al menos deben estar referenciadas en la oferta para que se puedan subsanar, esto en razón de que un oferente al saber qué experiencia utilizó la competencia puede buscar mejores referencias. Además, al no referenciar la experiencia los demás oferentes no tendrán oportunidad de revisar en su totalidad la oferta para efectos comparativos al momento de la apertura. Además, la subsanación debe girar solo sobre lo referenciado y no admitir nuevas referencias.	Desde mi perspectiva debe encontrarse al menos referenciada en la oferta.

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

**Tabla 2: Respuestas a la pregunta 1 (continuación): Según su criterio, la posición actual del órgano contralor respecto al instituto de la subsanación en lo relacionado a la experiencia positiva es acertada o, por lo contrario, ¿considera que la misma para ser subsanada debe encontrarse al menos referenciada en las ofertas?**

Lic. Ramiro Fernández Elizondo, Abogado del INCOP	Lic. Juan Carlos Bravo Miranda, Abogado. Laboró como Analista de Contrataciones por 35 años	Mario Murillo Loría, Dirección de Contrataciones RECOPE
<p>Considero que las mismas deben de encontrarse referenciadas en la oferta, con el propósito que los demás oferentes y la Administración puedan valorarla en el análisis que realizan de las plicas.</p>	<p>Me parece que debe estar al menos referenciadas desde las ofertas, ya que de lo contrario como haría la Administración para saber si cuenta o no con la experiencia solicitada en el cartel de la licitación, no hacerlo es una “charlatanería”.</p>	<p>El cartel es el reglamento específico, todos los interesados deben someterse a las reglas establecidas para poder participar y demostrar su idoneidad que le convierta en la mejor opción para la administración para el cumplimiento del fin público; dicha idoneidad siempre deberá ser motivada de la igualdad de trato y oportunidad, sin excepción, entre todos los oferentes. Cualquier actuación contraria sin duda obedece a ventajas indebidas. Ahora bien, si los defectos a subsanar procuran ordenar el proceso de evaluación a partir de la información aportada y de cualquier otra, de acuerdo con lo que establece la normativa resultan elementos históricos, imborrables e inmodificables, o que de lo presentado con la oferta se pueda extraer la información que se requiera sin incurrir en interpretaciones para la demostración de lo que se requiera, la figura de la subsanación deberá ser el medio para lograr dichas aclaraciones que minimicen las dudas razonables y con ello no comprometer los recursos públicos al momento del dictado del acto.</p>

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

Según las entrevistas realizadas, la mayoría concuerda de que la experiencia positiva debe encontrarse al menos referenciada en la oferta, esto con el propósito que las Administraciones puedan, en caso de considerarlo necesario, la subsanación respectiva en el momento oportuno, ya que de no encontrarse referenciada y si la empresa no presenta la subsanación, se provocaría un atraso en la evaluación de las aplicaciones, ya que las Administraciones no tendrían forma de saberlo, sino es por la empresa oferente.

Por lo tanto, podría considerarse de mala fe, realizar la subsanación hasta el momento cuando se presente un recurso, sea de revocatoria o de apelación, a fin de que se le reconozca la experiencia no incluida en la oferta, el cual debe hacerse antes de la evaluación de las ofertas por parte de la Administración.

**Tabla 3: Respuestas a la pregunta 2: Considera que, para poder admitir la subsanación de la experiencia positiva, la misma debe presentarse únicamente en el formato establecido por la administración, caso contrario, no podría ser aceptada.**

Lic. José Antonio Solera Víquez, Abogado. Laboró 10 años en la División de Contratación Administrativa de la CGR	Lic. Carlos Andrés Arguedas Vargas, Abogado. Laboró como Gerente de la División de Contratación Administrativa de la CGR	MBA. Eliécer Leal Gómez, Proveedor General INCOPESCA	Lic. Edwin Salazar Serrano, Abogado INCOPESCA
Prevalece el contenido sobre la forma.	La Sala Constitucional en resolución 14421-2004 dijo que las meras formalidades insustanciales no pueden anular una oferta. Si hay cumplimiento material, no puede descartarse la oferta.	Correcto, debe ser presentada en el formato que la administración definió; además, se debe cumplir en un plazo máximo de tres días hábiles	Debería de cumplir con el formato que solicitó la Administración y en caso de no hacerlo se le debería prevenir para que lo haga en el plazo otorgado.

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

**Tabla 4: Respuestas a la pregunta 2 (continuación): Considera que, para poder admitir la subsanación de la experiencia positiva, la misma debe presentarse únicamente en el formato establecido por la administración, caso contrario, no podría ser aceptada.**

Lic. Ramiro Fernández Elizondo, Abogado del INCOP	Lic. Juan Carlos Bravo Miranda, Abogado. Laboró como Analista de Contrataciones por 35 años	Mario Murillo Loría, Analista de Contrataciones RECOPE
El formato no debe ser vinculante, lo que debe prevalecer es el contenido de esta.	Prevalece el contenido sobre la forma, si la Administración considera que requiere más información podría solicitarla a la Administración.	La Administración puede solicitar que requiere que indique las certificaciones a fin de corroborar el requisito de la experiencia, sin embargo, si la oferente lo presenta en un formato diferente al solicitado por la Administración en nada afecta si al menos contiene los datos que considera relevante para demostrar que se cumple con dicho requisito, al ser hechos históricos, imborrables e inmodificables

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

Es criterio de la mayoría que, las certificaciones donde se demuestre la experiencia positiva es un aspecto donde prevalece el contenido sobre la forma, donde en caso de que la Administración lo considere oportuno, podrá solicitar más información, a fin de determinar si la misma se ajusta a las condiciones establecidas previamente en el cartel de la contratación.

**Tabla 5: Respuestas a la pregunta 3: ¿Cuáles otros supuestos se podrían admitir como susceptible a ser subsanado en lo correspondiente a la experiencia positiva?**

<b>Lic. José Antonio Solera Víquez, Abogado. Laboró 10 años en la División de Contratación Administrativa de la CGR</b>	<b>Lic. Carlos Andrés Arguedas Vargas, Abogado. Fue Gerente de la División de Contratación Administrativa de la CGR</b>	<b>MBA. Eliécer Leal Gómez, Proveedor General INCOPECA</b>	<b>Lic. Edwin Salazar Serrano, Abogado INCOPECA</b>
Ningún otro	Estima que se podría considerar las etapas de los proyectos, es decir, si en un contrato de construcción de carreteras también se van a construir puentes, podría en caso de que dichos puentes hayan sido recibidos a satisfacción y lo que se está licitando son puentes, tomarse como válida dicha experiencia. Caso contrario, donde se toma todo como un solo proyecto, donde no se podría tomar la experiencia de los trabajos que se llevan en ese momento, en razón que puede que no se reciba a satisfacción.	Ningún otro supuesto debe ser subsanado, ya recibió un beneficio.	Ningún otro supuesto debe ser subsanado.

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

**Tabla 6: Respuestas a la pregunta 3 (continuación): ¿Cuáles otros supuestos se podrían admitir como susceptible a ser subsanado en lo correspondiente a la experiencia positiva?**

Lic. Ramiro Fernández Elizondo, Abogado del INCOP	Lic. Juan Carlos Bravo Miranda, Abogado. Laboró como Analista de Contrataciones por 35 años	Mario Murillo Loría, Analista de Contrataciones RECOPE
Considero que, si cuentan con algún proyecto que se encuentra ya finalizado y se está en espera de ser recibido a satisfacción, el mismo podría ser considerado como experiencia del oferente, siempre y cuando la Administración manifieste que a ese momento no existe ninguna gestión por concepto de multa o cláusula penal	Ningún otro.	Ningún otro

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

En relación con la tercera pregunta realizada en la entrevista, dos de los consultados consideraron que se podría permitir como experiencia aquella donde únicamente faltara el finiquito o se haya dividido el proyecto por etapas, donde la Administración a quien le realiza los trabajos pueda manifestar que no existe ninguna gestión de multa o cobro de cláusula penal en contra del contratista.

**Tabla 7: Respuestas a la pregunta 4: Comparte usted la tesis de la Contraloría General de la República respecto a la subsanación de lo concerniente a la morosidad obrero patronal, una vez realizada la apertura de las ofertas.**

<p><b>Lic. José Antonio Solera Víquez, Abogado. Laboró 10 años en la División de Contratación Administrativa de la CGR</b></p>	<p><b>Lic. Carlos Andrés Arguedas Vargas, Abogado. Fue Gerente de la División de Contratación Administrativa de la CGR</b></p>	<p><b>MBA. Eliécer Leal Gómez, Proveedor General INCOPECA</b></p>	<p><b>Lic. Edwin Salazar Serrano, Abogado INCOPECA</b></p>
<p>Sí lo considero acertado, básicamente por una razón práctica, desde que la Contraloría estableció esa posición se ha permitido que muchas ofertas se salven en los procedimientos de contratación y que no se vean excluidas por una interpretación que era muy literal.</p> <p>Claro está que, de oficio o a solicitud de parte de la Administración podrán subsanar en el plazo otorgado, con el agravante de que si no lo hace se le debe excluir del análisis de las ofertas, tal y como ocurre en la actualidad, aunque al menos un 90% de las empresas se ponen al día en el plazo otorgado. Difícilmente, las empresas digan “como no me adjudicaron no me pongo al día”, eso normalmente no ocurre, las empresas no juegan con esto.</p>	<p>El tema es que la normativa vigente dice que hay que estar al día como requisito para la presentación de ofertas, por lo cual en consecuencia, morosidad no podría subsanarse</p> <p>Ahora, mi criterio personal es que debería modificarse la normativa vigente para que sea subsanable en cualquier momento, De qué sirve descalificar ofertas, si por el contrario, es mejor que tenga estímulo para ir a pagar como medio de subsanación.</p> <p>Pero tendría que modificarse la normativa para llegar a ese escenario.</p>	<p>Totalmente de acuerdo.</p>	<p>Estoy de acuerdo con la interpretación realizada.</p>

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

**Tabla 8: Respuestas a la pregunta 4 (continuación): Comparte usted la tesis de la Contraloría General de la República respecto a la subsanación de lo concerniente a la morosidad obrero patronal, una vez realizada la apertura de las ofertas.**

Lic. Ramiro Fernández Elizondo, Abogado del INCOP	Lic. Juan Carlos Bravo Miranda, Abogado. Laboró como Analista de Contrataciones por 35 años	Mario Murillo Loría, Analista de Contrataciones RECOPE
No estoy de acuerdo, estimo que se desvirtúa la ley.	No considero que el mismo sea apropiado.	Las leyes, sus reglamentos y en especial, la ley de contratación administrativa que es el objeto en estudio no debe interpretarse como un instrumento cerrado únicamente a normar esta materia, debe ser un documento integrado al resto de normativas asociadas para ordenar y regular los diversos actores sociales. En este caso y en materia laboral, la contratación administrativa debe coadyuvar, a que los involucrados a las actividades contractuales con el estado, sean contratistas u oferentes, cumplan con sus obligaciones sociales, y no limitándolos o condicionándolos a un momento determinado, por el contrario, incentivándolos a ponerse al día con los aportes sociales y tributarios hasta donde el proceso de contratación lo permita, como lo es la formalización contractual.

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

**Tabla 9: Respuestas a la pregunta 4 (continuación): Comparte usted la tesis de la Contraloría General de la República respecto a la subsanación de lo concerniente a la morosidad obrero patronal, una vez realizada la apertura de las ofertas.**

Lic. José Eduardo Rojas López, Jefe de Cobro de la Morosidad de la CCSS	Lic. Alexander Porras Castillo, Área Gestión Técnica Regional, Dirección Regional Chorotega CCSS
No se comparte la posición de la Contraloría General de la República con respecto a la subsanación que se permite, una vez efectuada la apertura de las ofertas.	No estoy de acuerdo, sin embargo, debe tenerse en cuenta que a pesar de ello el participante que sea adjudicado al no estar en la condición de al día con nuestra institución a pesar de ser adjudicado no recibirá pago de sus servicios hasta el tanto acredite haber honrado la deuda o haya formalizado una adecuación de pago, de ahí que la apertura de esa opción sigue siendo restrictiva para el proveedor y en la práctica prefieren no participar en los concursos.

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a funcionarios de la CCSS, año 2019

De las personas entrevistadas, cuatro consideran que la interpretación dada por el órgano contralor es correcta, debido a que propicia la conservación de las ofertas y que procesos de contratación, no sean declaradas infructuosas por ofertas que se encuentren morosas con las obligaciones obrero patronales.

Otra de las personas entrevistadas considera que la interpretación dada por la Contraloría General de la República, no es posible a su criterio, ya que lo hacen basados en los principios constitucionales de contratación administrativa, donde los mismos deben ser usados, especialmente, donde exista un vacío en la norma, situación que a criterio del entrevistado no sucede, ya que la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social es clara, por lo cual estima conveniente que se

modifique la norma a fin de dar una correcta aplicación a la norma y no basarse en principios de contratación administrativa.

Se debe mencionar que, cuatro de los entrevistados, consideran que no están de acuerdo con la tesis del órgano contralor, debido a que se estaría desvirtuando la ley.

**Tabla 10: Respuestas a la pregunta 5: ¿Cómo califica la interpretación realizada por la Contraloría General de la República, de cara al artículo 74 inciso 3) de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social?**

<p><b>Lic. José Antonio Solera Víquez,</b>  <b>Abogado. Laboró 10 años en la</b>  <b>División de Contratación</b>  <b>Administrativa de la CGR</b></p>	<p><b>Lic. Carlos Andrés Arguedas</b>  <b>Vargas, Abogado. Fue Gerente de</b>  <b>la División de Contratación</b>  <b>Administrativa de la CGR</b></p>	<p><b>MBA. Eliécer Leal Gómez,</b>  <b>Proveedor General INCOPECA</b></p>	<p><b>Lic. Edwin Salazar Serrano,</b>  <b>Abogado INCOPECA</b></p>
<p>La considero correcta, ya que anteriormente se hacía una interpretación demasiado literal. En una época donde la economía está en crisis, las empresas están tratando de sacar adelante la tarea, es muy común que, en algunas ocasiones, algunas empresas se atrasen en el pago de la Caja, debido a un tema de flujo de caja, por lo cual en algunas ocasiones tienen que priorizar en el pago de sus obligaciones (pago de planilla, alquiler, préstamos, entre otros). También no se puede dejar de lado, muchas veces, son las mismas Administraciones las que se atrasan con los pagos, sin que se paguen los respectivos intereses por dichos atrasos, situación que se puede unir entre otros motivos a encontrarse momentáneamente en estado de morosidad obrero patronal.</p>	<p>A pesar de que lo considero necesario, no puedo decir que estoy de acuerdo que vía interpretación se realicen estos cambios en contratación administrativa, esto por cuanto perdería sentido la ley y su reglamento. Eso es consecuente con la normativa vigente en contratación. Por lo tanto, la morosidad es posterior a la presentación de oferta, debe poder subsanarse, que me parece es la posición de la CGR.</p>	<p>Primero, que la Caja y la CGR nos están conformando como cobradores auxiliares de las obligaciones con la seguridad social, pero igual, la Ley de Contratación Administrativa en su artículo 20, nos obliga a exigir al contratista el deber ineludible de cumplir con lo pactado, por ende, de la obligación de estar al día con sus obligaciones</p>	<p>La considero razonable, permitiendo mantener en concurso un mayor número de ofertas.</p>

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

**Tabla 11: Respuestas a la pregunta 5 (continuación): ¿Cómo califica la interpretación realizada por la Contraloría General de la República, de cara al artículo 74 inciso 3) de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social?**

Lic. Ramiro Fernández Elizondo, Abogado del INCOP	Lic. Juan Carlos Bravo Miranda, Abogado. Laboró como Analista de Contrataciones por 35 años	Mario Murillo Loría, Analista de Contrataciones RECOPE
La considero errónea la interpretación, ya que el verbo “participar” es para el momento de presentación de las ofertas. Considero que en los Tribunales no van a poder sostener la tesis planteada por la CGR.	Considero que la contraloría se está extralimitando en la interpretación realizada.	Estoy de acuerdo con la interpretación, debido a que permite mantener un mayor número de ofertas en los procesos de contratación que se tramitan.

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

**Tabla 12: Respuestas a la pregunta 5 (continuación): ¿Cómo califica la interpretación realizada por la Contraloría General de la República, de cara al artículo 74 inciso 3) de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social?**

Lic. José Eduardo Rojas López, Jefe de Cobro de la Morosidad de la CCSS	Lic. Alexander Porras Castillo, Área Gestión Técnica Regional, Dirección Regional Chorotega CCSS
<p>La interpretación que hace la Contraloría General de la República con respecto a dicha subsanación resulta contraria al espíritu de la norma o a la intención del legislador, cuando aprobó el proyecto de ley mediante el cual se creó el artículo 74 de cita.</p> <p>Asimismo, el punto de vista del ente contralor sería contrario al principio general del derecho según el cual, no es posible legítimamente distinguir donde la ley no distingue. Por ello, la interpretación que efectúa el órgano contralor crea una incorrecta excepción a lo establecido en el inciso 3 del citado artículo, flexibilizando la acción que pretende regular dicho numeral, es decir, el deber del patrono o del trabajador independiente de estar al día en el pago de las obligaciones con la Caja, cuando sin distinción alguna participa durante el proceso de contratación con la Administración.</p>	<p>Primeramente, es necesario conocer cuál es exactamente la interpretación a la que se refiere que la CGR da a esta norma. En ello me preocupa más lo que las otras instituciones públicas aplican a sus usuarios de forma restrictiva para obtener permisos o acceso a sus trámites, ya que utilizan la norma del artículo 74 como una barrera para continuar con las gestiones que son propias de sus rectorías. Pero en cuanto a contratación administrativa se refiere, conforme se establece en los lineamientos, me parece que es aplicable y prudente la forma en que fue establecida en los lineamientos para la Caja Costarricense del Seguro Social, así fue dada a conocer en su momento mediante oficio FOE-SAF-0255, del 04 de julio de 2007.</p>

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a funcionarios de la CCSS, año 2019

En el criterio de cuatro de los entrevistados, a la interpretación del artículo 74 inciso 3) de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, resulta correcta, esto debido a que se permite contar con un mayor número de ofertas en los procesos de contratación.

Además, con la interpretación de la norma se aparta de la literalidad de la norma y más bien se aplica una interpretación basada en el fin que persigue la misma.

Por otra parte, cinco de los entrevistados manifiestan que la interpretación dada por la Contraloría General de la República se extralimita y desvirtúa el propósito de la ley, situación que no se ajusta al principio de legalidad, que rige la Administración Pública.

Uno de los consultados, estima que en los tribunales el órgano contralor no va a poder sostener su tesis. Otro de los entrevistados indica, que espera que el resultado de la casación presentada regule de una vez por todas lo correspondiente a este asunto, a fin de brindar seguridad jurídica.

**Tabla 13: Respuestas a la pregunta 6: Desde su perspectiva, considera que el aceptar que las empresas subsanen lo correspondiente a la morosidad obrero patronal atenta con el régimen de seguridad social. ¿Por qué?**

<b>Lic. José Antonio Solera Víquez, Abogado. Laboró 10 años en la División de Contratación Administrativa de la CGR</b>	<b>Lic. Carlos Andrés Arguedas Vargas, Abogado. Fue Gerente de la División de Contratación Administrativa de la CGR</b>	<b>MBA. Eliécer Leal Gómez, Proveedor General INCOPECA</b>	<b>Lic. Edwin Salazar Serrano, Abogado INCOPECA</b>
<p>A mi criterio el permitir que se subsane lo correspondiente a la seguridad social en nada afecta, tampoco considero que se esté generando una situación de “alcahuetería”, ya que si se le realiza la prevención y no normaliza tal aspecto será excluida, tal y como hoy sucede.</p>	<p>No, en lo más mínimo. Porque si subsanan se ponen al día. Una interpretación en contrario implicaría crear una causal de inhabilitación a lo que no le veo sentido. Además, francamente sería bastante hipócrita pues el propio Estado le debe a la CCSS.</p> <p>Contra la seguridad social atentan todo tipo de abusos, como los excesos en salarios de los médicos o las huelgas injustificadas o la corrupción, entre otras muchas formas de atentar que existen. Pero si una empresa se pone al día, yo creo que eso está bien. Desde luego que admito que puedo estar absolutamente equivocado. Es materia muy opinable y subjetiva.</p>	<p>No, no atenta, más bien fortalece la seguridad social</p>	<p>No considero que atente con el régimen de la seguridad social.</p>

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

**Tabla 14: Respuestas a la pregunta 6 (continuación): Desde su perspectiva, considera que el aceptar que las empresas subsanen lo correspondiente a la morosidad obrero patronal atenta con el régimen de seguridad social. ¿Porqué?**

Lic. Ramiro Fernández Elizondo, Abogado del INCOP	Lic. Juan Carlos Bravo Miranda, Abogado. Laboró como Analista de Contrataciones por 35 años	Mario Murillo Loría, Analista de Contrataciones RECOPE
Desde mi perspectiva, no solo atenta con la seguridad social, si no que otorga una ventaja indebida. Además, muchas empresas realizan un arreglo de pago para participar y luego en algunos casos no lo cumplen, inclusive también se podría dar que no estén todos inscritos en la planilla con la Caja.	El hecho que estén morosas desde mi perspectiva ya está atentando con el régimen de la seguridad social.	No considero que atente con la seguridad social, más bien colabora con la recaudación para el fortalecimiento del régimen.

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a especialistas en contratación administrativa, año 2019

**Tabla 15: Respuestas a la pregunta 6 (continuación): Desde su perspectiva, considera que el aceptar que las empresas subsanen lo correspondiente a la morosidad obrero patronal atenta con el régimen de seguridad social. ¿Por qué?**

Lic. José Eduardo Rojas López, Jefe de Cobro de la Morosidad de la CCSS	Lic. Alexander Porras Castillo, Área Gestión Técnica Regional, Dirección Regional Chorotega CCSS
<p>Efectivamente, el aceptar que empresas que participan en un procedimiento de contratación administrativa subsanen el tema de la morosidad patronal y de trabajadores independientes, es contrario al régimen de la seguridad social por los siguientes motivos: Al permitirse la subsanación al oferente en la etapa de recepción y apertura de ofertas, se le estaría brindando al este “a priori”, una ventaja para participar en los procesos de contratación administrativa en detrimento de las obligaciones que como patrono debe cumplir y en perjuicio del resto de los oferentes que sí cumplen en tiempo y forma con el pago de sus obligaciones con la Caja. De manera tal que, el oferente sacaría provecho para sí, para ello, una vez revisadas las ofertas de los otros oferentes solo optaría por normalizar su situación de morosidad con la Caja, en aquellos casos donde la posibilidad de resultar adjudicado sea alta con respecto a las plicas del resto de los oferentes. Lo anterior, en perjuicio de los intereses institucionales, con lo cual se estarían impactando la recaudación de las cuotas obrero-patronales y por ende esta disminución económica repercutiría en forma negativa en los ingresos económicos de la Caja y afectándose de esta forma, el financiamiento de los seguros sociales (Seguro de Enfermedad y Maternidad; S.E.M. y el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte; (I.V.M.), cuyo gobierno por mandato constitucional le corresponde a la Caja Costarricense de Seguro Social (artículo 73 de la Constitución Política)</p>	<p>No, ya la morosidad patronal es atendida con otros mecanismos internos para su recuperación, asimismo no todos los morosos son proveedores, por el contrario, dado el volumen de compra que esta puede ofrecer muchos prefieren mantenerse al día para ser considerados.</p>

Fuente: Elaboración propia, de datos obtenidos del cuestionario aplicado a funcionarios de la CCSS, año 2019

En las entrevistas realizadas, la mayoría considera que, con la interpretación realizada por el órgano contralor, lejos de afectar el régimen de la seguridad social, permite que los oferentes cuando se encuentren morosos normalicen su situación con la seguridad social, ya que, de no hacerlo, en el plazo concedido por la Administración estos serán excluidos del proceso de contratación.

En la entrevista llama la atención, dos situaciones, la primera es que, si bien es cierto, las empresas pueden realizar un arreglo de pago y con eso continuar en el proceso licitatorio, esto no garantiza que las empresas van a honrar el arreglo realizado con la seguridad social. Por lo tanto, no considera se deba permitir tal situación para quienes contratan con la Administración.

La segunda situación acotada por uno de los entrevistados es el hecho, que al encontrarse moroso con la Caja Costarricense de Seguro Social ya se está afectando el régimen de la seguridad social y por ende no debería ser susceptible a aceptar ser subsanado, ya que las empresas deben saber que si desean participar con la Administración Pública, necesariamente, deben encontrarse al día con sus obligaciones con la seguridad social, cosa que con el criterio del órgano contralor se estaría desvirtuando.

## 4.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN

En este capítulo, se analiza la información desarrollada en la presente investigación, con el propósito de brindar un panorama desde el punto de vista del investigador.

El instituto de la subsanación, conforme a la literatura resulta fundamental para corregir defectos u omisiones en las aplicaciones presentada por los oferentes, donde conforme a los principios rectores en contratación administrativa se busca la conservación de las ofertas en los procesos licitatorios.

Con el instituto de la subsanación, las empresas, por un lado, buscan que sus ofertas se mantengan dentro de los concursos de contratación y con eso, poder satisfacer las necesidades de las Administraciones. Se podrían realizar sus correcciones de oficio o a solicitud de parte de la Administración. Donde conforme a los principios constitucionales de eficiencia y eficacia, las empresas presentan a la Administración las subsanaciones que estiman necesarias para continuar en el proceso licitatorio.

La Administración Pública, por su parte, puede solicitar a las empresas que subsanen aspectos de forma y fondo, siempre cuando, con la corrección solicitada no se otorgue una ventaja indebida de cara a las demás ofertas presentadas. En caso de que sean los oferentes quienes realicen la subsanación de oficio, de igual manera, deberá la Administración velar para que no se modifiquen los elementos esenciales de las ofertas, como lo podrían ser: el precio, el plazo, entre otros; que

puedan ocasionar una ventaja indebida respecto a los demás oferentes participantes en el proceso de contratación.

#### **4.2.1. Análisis de la incidencia de los pronunciamientos de la Contraloría General de la República en lo relacionado con la experiencia positiva**

Tal y como se desarrolló en lo correspondiente al instituto de la subsanación de la experiencia positiva, la Contraloría General de la República aplica los principios que rigen la contratación administrativa, específicamente, los de eficiencia y eficacia, mediante la modificación de los criterios emitidos en su oportunidad, lo cual permitió que los oferentes pudieran incorporar en sus aplicaciones hechos históricos que no se hubiesen incorporados en el momento de la presentación de la oferta.

Esta situación, que antes del cambio de criterio, únicamente era permitido si dicha experiencia al menos había sido referenciada en la oferta presentada, de no ser así, no se permitía que los oferentes subsanaran dicho aspecto después de la apertura de las ofertas, al considerarse una ventaja indebida.

La experiencia positiva, como aspecto subsanable, fue como ya se dijo, reconsiderado por el órgano contralor con el propósito de poder permitir que el mismo pudiese ser corregido o subsanado si se trataban de hechos históricos, es decir, los oferentes aunque no hubiesen referenciado trabajos realizados en sus aplicaciones podrán de oficio o a solicitud de parte presentar experiencia que hayan obtenido antes de la apertura de las ofertas, claro está, deben ser positivas, lo cual quiere decir que, dichos trabajos tuvieron que ser recibidos a satisfacción por quien le contratara.

En la aplicación del instituto de la subsanación, específicamente, en donde se relaciona a la experiencia positiva, que hoy se permite sin que sea necesario que se encontrará referenciado en la oferta presentada, que las empresas puedan mostrar a la Administración certificaciones que demuestren que los trabajos fueron realizados a satisfacción por la oferente; claro está que, la misma debe ajustarse a lo pretendido por las Administraciones, por cuanto de nada valdría si la misma no se ajusta a lo requerido por la Administración en el cartel de la licitación.

Cuando se dice, se debe cumplir con los requisitos solicitados por la Administración, no se debe pensar necesariamente en asuntos de forma, ya que, si bien es importante que se ajuste al formato solicitado por la Administración, no por el incumplimiento en el formato se va a excluir, ya que va a prevalecer el contenido sobre la forma. No obstante, sí resulta fundamental considerar en esta etapa, si la experiencia presentada cumple con lo requerido en el cartel por la Administración, ya que de esto si va a depender si la misma es aceptada o no por la contratante.

Por tal motivo y conforme al análisis realizado por el órgano contralor y como veremos en el análisis de las entrevistas realizadas, el instituto de la subsanación, en lo relacionado con la experiencia positiva, permite su presentación aún después de la apertura de las ofertas y de ser posible antes de la adjudicación de la contratación.

Se debe decir que, es posible antes de la adjudicación, por cuanto el órgano contralor ya ha permitido que se presenten tales certificaciones de experiencia, aún en el momento cuando se presenten los recursos de apelación, razón por la cual las Administraciones no podrían hacer distinciones odiosas cuando ante ellas se

presenten recursos de revocatoria, en caso de que dichas certificaciones cumplan, deben ser admitirlas aún en esta etapa, sin con eso se otorgue alguna ventaja indebida para con los demás participantes.

Ante tal situación y aplicando el principio de eficiencia y el de la conservación de las ofertas, la modificación al criterio del instituto de la subsanación en lo concerniente a la experiencia positiva tiene su fundamento como ya se dijo, que un mayor número de ofertas, se mantengan en concurso y con esto adjudicar la oferta que conforme a la metodología de evaluación planteada resulte como ganadora.

#### **4.2.2. Análisis de la incidencia de los pronunciamientos de la Contraloría General de la República respecto a la morosidad obrero patronal**

El instituto de la subsanación, en lo relacionado con la morosidad obrero patronal, ha sido durante los últimos años un tema de controversia. Tal y como se desarrolló en el marco teórico, la morosidad obrero patronal hasta el 2012, no era susceptible de ser subsanado, por cuanto era considerado un elemento sustancial de la oferta, como también, lo es: el precio, el plazo, la garantía de los productos, entre otros.

La Contraloría General de la República estimaba, hasta antes del 2012, que la morosidad obrero patronal constituía un elemento sustancial de la oferta y como tal no podría ser susceptible a corrección. Situación que obligaba a la exclusión de las ofertas participantes en los procesos licitatorios, sin importar que las mismas resultará la oferta más conveniente para los intereses de las Administraciones.

Con el criterio que se aplicó, hasta el 2012, por el órgano contralor, se excluían las ofertas por no cumplir con la seguridad social, a pesar de que, como se dijo en el párrafo anterior, la aplicación cumpliera con todas las consideraciones técnicas, legales y financieras. No permitiéndose, aún en aquellos casos, donde solo se hubiese presentado únicamente la oferta morosa con la seguridad social, no permitiéndose aun así la subsanación del estado en que se encontraba, sin ponderar situaciones donde el bien, servicio u obra a contratar resultara imprescindible para satisfacer el interés público y, en muchos casos, lograr la continuidad del servicio público que brinda.

Ante este panorama, el órgano contralor y desde mi perspectiva de una forma acertada, modificó el criterio vertido en cuanto a la morosidad obrero patronal, al considerar principios de contratación administrativa a fin de que el hecho encontrarse pendiente con la seguridad social resultare posible de ser subsanado.

Es mediante la aplicación, principalmente de los principios constitucionales, desarrollados por la Sala Constitucional, específicamente, los principios de eficiencia y eficacia. Donde el órgano contralor realiza una interpretación en el sentido amplio de la norma, es decir, no apegado a la literalidad, sino más bien, al fin perseguido, siendo en el caso del régimen de la seguridad social la protección de los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte.

En el caso de la actividad de contratación administrativa es el cumplimiento de la satisfacción del interés público y con esto garantizar la continuidad de los servicios que se brinda por parte de las Administraciones Públicas.

Mediante el desarrollo de los fines que busca cada una de las normas en controversia, donde el órgano contralor, como entidad, que le corresponde la interpretación y aplicación de la Ley de Contratación Administrativa en concordancia con sus facultades de fiscalización de la hacienda pública, realiza una interpretación de la norma, establece que la morosidad obrero patronal en los procesos de contratación pueden ser susceptibles a subsanación, al estimarse que bajo los principios de eficiencia y eficacia, tal aspecto puede ser corregido, ya sea de oficio por parte del oferente o a solicitud de parte de la Administración.

Este criterio ha sido refutado por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social, donde en su oportunidad solicitó a la Contraloría General de la República una reconsideración del criterio esbozado, sin que tal solicitud tuviese efectos diferentes al ya emitido.

Ante este panorama, se presentó demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del II Circuito Judicial de San José por considerar la parte accionante que la norma es contraria al ordenamiento jurídico, al estimar la parte actora que la norma no permite una interpretación como la realizada por el órgano contralor, ya que, la misma debe ajustarse al principio de legalidad, pero es, para la parte accionante, contraria al principio de legalidad que rige la Administración Pública.

Desde mi perspectiva y conforme a los argumentos dados por las partes involucradas y esbozados en el marco teórico; el permitir la subsanación de la morosidad obrero patronal lejos de socavar la seguridad social, como es el criterio de

la parte actora, contribuye a que aquellos oferentes que al momento de presentar sus ofertas normalicen su situación para continuar en el proceso licitatorio.

Tal y como se verá en las entrevistas llevadas a cabo para la presente investigación, es criterio de los entrevistados que el permitir la subsanación de la morosidad obrero patronal lejos de “alcahuetear” a los oferentes morosos, incentiva la participación en los procesos de contratación.

Resulta difícil pensar y no pudiendo ser la regla que las empresas “jueguen” con la seguridad social, lo cual sí sucede cuando en algunas ocasiones, producto de las condiciones del mercado y en otras oportunidades a causa de las mismas Administraciones, por la falta de pago en tiempo de los trabajos contratados o por el pago en los 30 a 45 días hábiles, según corresponda conforme a la norma, las empresas se atrasen con el pago de sus obligaciones patronales, por lo tanto, no podría darse por sentado que el fenómeno de atraso con la seguridad social sea algo permanente, sino, más bien, algo que en la mayoría de los casos, resulta temporal.

Otro aspecto, que considero de vital relevancia, es el hecho que al permitir la subsanación de la morosidad obrero patronal muchas ofertas puedan continuar en los procesos de contratación, donde en un momento donde la economía se encuentra en crisis, las empresas no se salvan, provocando como ya se dijo, que estas puedan atrasarse en algún momento dado con sus obligaciones, situación que con la subsanación a criterio del órgano contralor y desde mi perspectiva es factible de ser corregido, ya sea de oficio o a solicitud de la Administración.

Por lo expuesto y basando la siguiente afirmación en las resoluciones, sentencia, votos de la Sala Constitucional, análisis del recurso de casación en contra la sentencia que anuló el oficio de la Contraloría General de la República en cuanto a la subsanación de la morosidad obrero patronal es que desde mi perspectiva el hecho de excluir las ofertas morosas con la seguridad social al momento de la presentación de las ofertas, en nada vendría a mejorar la seguridad social, por el contrario, se estaría desalentando que las empresas se pongan al día con sus obligaciones.

Ante las situaciones descritas, se estima que, quienes participan en los procesos de contratación con la Administración Pública, si en algún momento se encontraren morosos con las obligaciones obrero patronales, pueden de oficio o a solicitud de parte, corregir tal situación y continuar con el proceso, con eso todas las partes ganarían.

Se dice que todos ganarían, porque se beneficiaría la seguridad social con la subsanación ya señalada y las Administraciones, donde desde el principio de conservación de las ofertas y de eficiencia se permitiría que las mismas una vez puestas al día con sus obligaciones o con un arreglo de pago con la seguridad social, puedan adjudicar ofertas que satisfagan las necesidades de la Administración y cumplan con el fin público perseguido.

Finalmente, considero que si bien no podemos poner en duda que el cumplimiento con la seguridad social es un principio enmarcado en la justicia social, mismo que contiene rango constitucional y sin que exista cuestionamiento alguno respecto a dicha consideración; el permitirse la subsanación de la morosidad patronal en nada

limitaría la protección y el cumplimiento de dicho régimen, por el contrario, estimo que lo fortalecería, ya que si una empresa o persona física quiere contratar con la Administración debe saber que solo se le permitirá si está al día con la seguridad social o bien estando moroso realice un arreglo de pago o por último, estando moroso al momento de la aperturas se pongan al día ya sea, como ya se dijo, de oficio o a solicitud de la Administración.

Con el propósito de una mayor ilustración, a manera de ejemplo, imaginemos que existe un proceso de contratación para la construcción de un hospital, el cual por muchos años se ha esperado por diversos motivos, al momento de la apertura de las ofertas se recibieron tres ofertas, dos de ellas se encuentran morosas, por lo tanto, una de ellas realiza la subsanación de oficio dos días después de la apertura de las ofertas y la otra oferta que se encuentra morosa a solicitud de la Administración realiza la subsanación correspondiente, cancelando las dos empresas sus obligaciones obrero patronales.

La oferta que subsano, a solicitud de la Administración, una vez realizada la misma, se sometió al proceso de evaluación de las aplicaciones, donde conforme a la metodología de evaluación propuesto resulta ser la mejor oferta para cumplir con los intereses del colectivo.

Conforme al caso anterior, podemos ver que, en nada afectaría a la seguridad social que se le haya permitido la subsanación de dicho aspecto, por el contrario, se logró que dos empresas que se encontraban morosas corrigieran su situación, sin que eso implique que se esté defraudando a la seguridad social.

Se considera que, con la aplicación de la morosidad obrero patronal, se está dando una interpretación correcta que en nada afecta a la seguridad social y como ya vimos, más bien permite el cumplimiento eficiente y eficaz de los principios de contratación administrativa y con esto la satisfacción del interés público.

**CAPÍTULO V**  
**CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

## **5.1. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **5.1.1. Conclusiones**

La presente investigación se realizó con el propósito de analizar el instituto de la subsanación en los procesos de contratación administrativa, conforme al estudio de las resoluciones emitidas por la Contraloría General de la República y el desarrollo de los principios rectores en contratación pública realizado por estos, analizándose lo correspondiente a la experiencia positiva y la morosidad obrero patronal.

En la Constitución Política de Costa Rica, se define que las Administraciones Públicas deberán realizar sus procesos de contratación para adquirir bienes, servicios y obras necesarias para el cumplimiento de los fines encomendados mediante procesos licitatorios, donde mediante la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento, se han definido las pautas que regirán dichos procesos, así como, los principios que tutelan la contratación administrativa.

Los principios constituciones de la contratación administrativa, desarrollados por la Sala Constitucional y, posteriormente, incorporados a la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento, sirven de guía a las Administraciones Públicas con el propósito de que los procesos de contratación administrativa se rijan por principios rectores, de acuerdo con su definición permite la interpretación de las normas relativas a las compras públicas, donde dichos principios están orientados a la búsqueda de los fines propuestos por la Administración contratante.

Las interpretaciones realizadas, por el órgano contralor, basados en los principios constitucionales, deben ser únicamente aplicados en caso de que exista un vacío en la norma, no para decir algo que la norma no dice, ya que podría estarse extralimitando en sus facultades interpretativas.

De acuerdo con la aplicación de los principios de contratación que rigen los procesos de contratación con la Administración Pública, se permite la aplicación del instituto de la subsanación en los procesos licitatorios, en donde se tiene como fin la corrección de aspectos susceptibles a ser corregidos, ya sean de forma o fondo, siempre y cuando no otorgue una ventaja indebida de cara a los demás oferentes que participan en el proceso de contratación.

La Contraloría General de la República, como órgano público, con potestades para la fiscalización de la hacienda pública, en materia de contratación administrativa, le corresponde la interpretación de las normas de conformidad con su Ley Orgánica y la Constitución Política.

Las normas, en el Derecho, están sujetas a una interpretación, mismas que pueden ser literal, histórica y conforme a sus fines. Desde esta perspectiva, la Contraloría General de la República ha realizado interpretaciones apegadas, principalmente, a momentos históricos, como en el caso de la experiencia positiva, donde en un momento específico estaba basada en la literalidad de la norma, posteriormente, se aplicó conforme al fin que se busca.

En relación con la subsanación de la morosidad obrero patronal, al momento de las aperturas de las ofertas, el órgano contralor modificó sus interpretaciones, que en un principio estaban fundadas en la literalidad de la norma a una interpretación justificada en el fin que persigue la misma, situación tal y como se desarrolló en la presente investigación es como actualmente se aplica.

Las interpretaciones realizadas por el órgano contralor, específicamente, en lo relacionado con la subsanación de la morosidad patronal, ha sido presentado ante los Tribunales de Justicia, al existir criterios encontrados entre los diferentes actores, donde conforme al análisis realizado en el marco metodológico existen aspectos que hoy, se mantienen en discusión y, por ende, en casación, para ser resueltas por la Sala Primera.

Ante este panorama, aún quedan situaciones por resolver en cuanto a la subsanación, específicamente, relacionado con la morosidad obrero patronal, donde existen criterios contra opuestos y pendientes de ser atendidas.

De acuerdo con los cambios de criterios que se han venido dando, a lo largo de los últimos años, específicamente, en el 2012 sobre la morosidad obrero patronal y en el 2015, en lo concerniente a la experiencia positiva, que se logró determinar que con las modificaciones a las interpretaciones realizadas por el órgano contralor, algunas empresas fueron excluidas, antes de la modificación de la interpretación realizada, lo cual incidió en la posibilidad de resultar adjudicados en los procesos de contratación en donde participaron.

En los dos casos sometidos a análisis, se consideraba que subsanar ya sea de oficio o a solicitud de la Administración, otorgaba una ventaja indebida de cara a las demás ofertas recibidas en el proceso de contratación.

### **5.1.2. Recomendaciones**

Como parte de las recomendaciones, que surgen de la presente investigación, se mencionan las siguientes:

- La necesidad de incorporar una adición al Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa N° 33411, con el propósito que se incluya la etapa procesal oportuna para presentar la subsanación, específicamente, en lo relacionado a la experiencia positiva. Lo anterior, con el propósito de brindar seguridad jurídica a los oferentes y evitar incertidumbre inconveniente en los procesos de contratación.
- Asimismo, en la reforma al Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa N° 33411 se deberá definir, que se podrá aceptar experiencia que no haya sido referenciada en la oferta.
- La necesidad de una reforma en la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, con el propósito que mediante ley se permita subsanar el requisito de estar al día con las obligaciones obrero-patronales, con el propósito que se permita de oficio o a solicitud de parte de la Administración, el normalizar su situación con la Caja Costarricense del Seguro Social, esto para poder continuar en los procesos de contratación.

- Una vez realizada la reforma a la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, específicamente lo relacionado a que se permita subsanar la morosidad obrero patronal, en cuanto al momento de la apertura de las ofertas las personas físicas o jurídicas se encuentren morosas con la seguridad social, se deberá regular mediante el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa el plazo que se concederá a las ofertas morosas al momento de la apertura de las ofertas para corregir su estatus de morosos con la seguridad social.
- De igual forma, podría modificarse la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, con el propósito de brindar un plazo de tolerancia razonable, para que las empresas que participen en los procesos de contratación y al momento de la apertura se encuentran morosas con la seguridad social regulen situación, donde en caso de no cumplir sin necesidad de mayor trámite se le pueda excluir de la licitación en que participa.

**ANEXOS**

## **Anexo I: Cuestionario dirigido a expertos en contratación administrativa**

Introducción:

Por medio de la presente, reciba un cordial saludo y, a la vez, solicitarle su colaboración para responder las siguientes preguntas contempladas en la presente entrevista, la cual tiene como objetivo analizar el instituto de la subsanación, conforme a las resoluciones de la Contraloría General de la República, en cuanto a la experiencia y la morosidad obrero patronal.

La información que usted pueda brindar será de gran utilidad para la investigación, con la finalidad de obtener el grado de Licenciatura en Derecho, por lo que agradezco de antemano las respuestas a las interrogantes planteadas.

Gracias por su colaboración

1. Según su criterio, la posición actual del órgano contralor respecto al instituto de la subsanación en lo relacionado a la experiencia positiva es acertada o, por lo contrario, ¿consideran que la misma para ser subsanada debe encontrarse al menos referenciada en las ofertas?

2. Considera que, ¿para poder admitir la subsanación de la experiencia positiva, la misma debe presentarse únicamente en el formato establecido por la administración, caso contrario, no podría ser aceptada?

3. ¿Cuáles otros supuestos se podrían admitir como susceptible a ser subsanado en lo correspondiente a la experiencia positiva?

4. ¿Comparte usted la tesis de la Contraloría General de la República, respecto a la subsanación de lo concerniente a la morosidad obrero patronal, una vez realizada la apertura de las ofertas?

5. ¿Cómo califica la interpretación realizada por la Contraloría General de la República, de cara al artículo 74 inciso 3) de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social?

6. Desde su perspectiva, ¿considera que el aceptar que las empresas subsanen lo correspondiente a la morosidad obrero patronal atenta con el régimen de seguridad social. ¿Por qué?

## **Anexo 2: Cuestionario dirigido a expertos en contratación administrativa**

Introducción:

Por medio de la presente, reciba un cordial saludo y, a la vez, le solicito su colaboración para responder las siguientes preguntas contempladas en la presente entrevista, la cual tiene como objetivo analizar el instituto de la subsanación, conforme a las resoluciones de la Contraloría General de la República, en cuanto a la experiencia y la morosidad obrero patronal.

La información que usted pueda brindar será de gran utilidad para la investigación, a fin de obtener el grado de Licenciatura en Derecho, por lo que agradezco de antemano las respuestas a las interrogantes planteadas.

Gracias por su colaboración

1. ¿Comparte, usted, la tesis de la Contraloría General de la República respecto a la subsanación de lo concerniente a la morosidad obrero patronal, una vez realizada la apertura de las ofertas?

2. ¿Cómo califica la interpretación realizada por la Contraloría General de la República, de cara al artículo 74 inciso 3) de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social?

3. Desde su perspectiva, ¿considera que el aceptar que las empresas subsanen lo correspondiente a la morosidad obrero patronal atenta con el régimen de seguridad social? ¿Por qué?

**Anexo 3: Carta de autorización del autor para la consulta, la reproducción parcial o total y publicación electrónica de los trabajos finales de graduación**

**UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA  
CENTRO DE INFORMACION TECNOLOGICO (CENIT)  
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES PARA LA CONSULTA, LA  
REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA  
DE LOS TRABAJOS FINALES DE GRADUACION**

San José, 6 de diciembre 2019

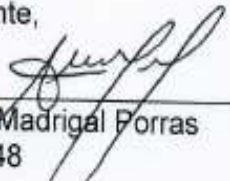
Señores:  
Universidad Hispanoamericana  
Centro de Información Tecnológico (CENIT)

Estimados Señores:

El suscrito Juan Ariel Madrigal Porras con número de identificación 6-0305-0948 autor del trabajo de graduación titulado "El tratamiento del instituto de la subsanación en contratación administrativa, conforme a las resoluciones dadas por la Contraloría General de la República: en los casos concretos de la experiencia y la morosidad obrero patronal", presentado y aprobado en el año 2019 como requisito para optar por el título de Licenciatura en Derecho; Si autorizo al Centro de Información Tecnológico (CENIT) para que con fines académicos, muestre a la comunidad universitaria la producción intelectual contenida en este documento.

De conformidad con lo establecido en la Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.

Cordialmente,

  
\_\_\_\_\_  
Juan Ariel Madrigal Porras  
6-0305-0948

## Referencias

### Libros

- Arias, F. G. (2006). *Proyecto de investigación: introducción a la metodología científica (5° ed)*. Caracas: Epísteme.
- Balestrini, M. (2006). *Como se elabora el proyecto de investigación: (para los Estudios Formulativos o Exploratorios, Descriptivos, Diagnósticos, Evaluativos, Formulación de Hipótesis Causales, Experimentales y los Proyectos Factibles)* . Caracas: BL Consultores Asociados.
- Caballenas, G. (1974). *Diccionario de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Díaz, R. E. (2016). *Metodología de la Investigación: Estructura de un proyecto de investigación*. San José, C.R.: Autor.
- Dromi, J. R. (1980). *La licitación Pública*. Buenos Aires: Astrea.
- Hernández Sampieri, R., Baptista, P & Fernández, C. (2014). *Metodología de la Investigación*. Mexico: McGraw-Hill.
- Kerlinger, F. (2002). *Investigaciones del comportamiento. Técnicas y metodología*. Mexico: Interamericana.
- Maldonado, J. A. (2015). *La metodología de la investigación*. Honduras.
- Marienhoff, M. (s.f.). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Tomo III-A.
- Ortiz, G. A. (1968). *Teoría del Equivalente Económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.

Pardinas, F. (2001). *Metodología y técnicas de investigación en ciencias sociales*. Argentina: Siglo XXI.

Pérez-Tejada, H. E. (2008). *Estadística para las ciencias sociales, del comportamiento y de la salud 3a. edición*. México, D.F.: Cengage Learning Editores S.A.

Rodríguez, D. (1980). *Estadística elemental para ciencias sociales*. San José , C.R.: Universidad de Costa Rica.

Sabino, C. (2007). *El proceso de investigación*. Caracas: Panapo.

Tamayo, M. T. (2003). *El proceso de la investigación científica. 4ta.* México: Limusa Noriega Editores.

### **Normativa**

Constitución Política de Costa Rica. (s.f.).

Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social. (s.f.).

Ley de Contratación Administrativa.

Ley General de Administración Pública . (s.f.).

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República número 7428. (s.f.).

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa N° 33411.

### **Resoluciones**

Contraloría General de la República (Voto 998.98), Voto 998.98 (Contraloría General de la República 16 de febrero de 1998).

Contraloría General de la República, decreto ejecutivo 41243, Decreto ejecutivo 41243 (Contraloría General de la República 10 de julio de 2018).

Contraloría General de la República, oficio 08706 (DCA-1982), Oficio 08706 (DCA-1982) (Contraloría General de la República agosto 27 de 2012).

Contraloría General de la República, Oficio DCA-1351, Oficio DCA-1351 (Contraloría General de la República 28 de junio de 2017).

Contraloría General de la República, resolución 63-98, Resolución 63-98 (Contraloría General de la República 1998).

Contraloría General de la República, resolución RC-299-200, Resolución RC-299-200 (Contraloría General de la República 03 de agosto de 200).

Contraloría General de la República, Resolución R-DCA-0286-2018, Resolución R-DCA-0286-2018 (Contraloría General de la República 20 de marzo de 2018).

Contraloría General de la República, resolución R-DCA-063-2012, Resolución R-DCA-063-2012 (Contraloría General de la República 07 de febrero de 2012).

Contraloría General de la República, resolución R-DCA-393-2012, Resolución R-DCA-393-2012 (Contraloría General de la República 30 de julio de 2012).

Contraloría General de la República, resolución R-DCA-402-2013, Resolución R-DCA-402-2013 (Contraloría General de la República 05 de julio de 2013).

Contraloría General de la República, resolución R-DCA-660-2015, Resolución R-DCA-660-2015 (Contraloría General de la República 02 de agosto de 2015).

Contraloría General de la República, resolución R-DJ-065-2009, Resolución R-DJ-065-2009 (Contraloría General de la República 05 de agosto de 2009).

Contraloría General de la República, voto 8583-2002, Voto 8583-2002 (Contraloría General de la República 04 de setiembre de 2002).

La Sala Constitucional (voto N° 5600-2005), voto N° 5600-2005 (La Sala Constitucional 10 de mayo de 2005).

Procuraduría General de la República, dictamen C-217-2000, Dictamen C-2017-2000 (Procuraduría General de la República 13 de setiembre de 2000).

Sala Constitucional de Costa Rica, resolución 787-94, Resolución 787-94 (Sala Constitucional de Costa Rica 08 de febrero de 1994).

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sentencia 023-2018-I, Setencia 023-2018-I (Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda 2018).

Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI, sentencia 005-2017, Expediente 14-001562-1027-CA (Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI 2017).