

# PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ERA QUE VIENE

*Dr. Fernando Zamora Castellanos\**  
*Abogado constitucionalista.*

## La cultura constitucional que viene. La transformación de ésta en la era digital:

Ante la realidad de la irrupción de los mecanismos digitales de contratación, la aspiración jurídica de los siempre proactivos europeos se resumen en la solicitud contenida en la directiva 2000/31/ CE de su Parlamento y Consejo continental, -de fecha 8 de junio del 2000-, el cual establece en su artículo 9.1: *“Los estados miembro velarán porque su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica.<sup>1</sup>”* Lo anterior significa que, -desde hace más

de diez años-, ya era un objetivo esencial para la Comunidad Europea el consolidar la administración pública electrónica como una aspiración en pro de perfeccionar su funcionamiento gubernamental a través de la tecnología.

Desde la modesta perspectiva de este servidor, -constitucionalista de formación-, debo reconocer que frente a la realidad de las características que implican el gobierno digital, la reacción instintiva de quien esté formado en la defensa y promoción de los caros ideales de la constitucionalidad, debe ser la de celebrar gozoso la irrupción y la llegada de la realidad digital en el sistema jurídico y gubernamental iberoamericano.

Hija de la revolución industrial, la revolución digital de los últimos cincuenta años ha sido paridora de la era del conocimiento que hoy vemos irrumpir. Esta era del conocimiento

\* Doctor en derecho constitucional Summa Cum Laude por el Programa Latinoamericano de Doctorado en derecho de la Universidad Complutense de Madrid y ULACIT. Master en Teología de la California Latin University of Theology. Ha sido profesor de diversas instituciones universitarias dentro de las que destaca ser docente de la Maestría en derecho constitucional de la Universidad Interamericana de Costa Rica. Autor de diversas obras jurídicas entre las que se encuentran: Militarismo y Estado Constitucional en Costa Rica (Editorial Investigaciones Jurídicas 1997) Principios de interpretación procesal legislativa costarricense (Editorial Juricentro 1998) y Los ideales constitucionales costarricenses (Editorial Juricentro 2002 y Editorial Univ.SJ. 2da edición 2009) El origen del ideal constitucional (actualmente en prensa).

1 Perez, Melba Rocío, en El contrato por medios electrónicos. Universidad Externado de Colombia. 2003

digital ha provocado el nacimiento de una nueva sociedad, formas exponencialmente novedosas en que los actores del proceso jurídico interactúan e interactuarán en el futuro inmediato.

En el plano estrictamente político, a este fenómeno se le llama el de la democracia interactiva o participativa, en sustitución de la democracia representativa. Un sistema en donde el ciudadano ya deja de ser un convidado de piedra, y pasa a interactuar casi protagónicamente en la ejecución directa del proceso democrático. La materialización, -ante nuestros propios ojos-, del vaticinio orteguiano contenido en la Rebelión de las Masas. Pues bien, yo vengo a congratularme y a reconocer en mis amigos administrativistas organizadores de este congreso su aspiración manifiesta que nos anuncia que el derecho administrativo toca la puerta de entrada para subir al vagón de la democracia interactiva que el gobierno digital hoy nos ofrece. Es un escenario que nos permite multiplicidad de mecanismos para enriquecer las posibilidades de protección y estímulo de las garantías e ideales contenidas en el derecho de la Constitución. Representa una revolución de tales dimensiones, que se permite soñar la posibilidad del retorno del ideal democrático de la Grecia antigua, pero dimensionado en la realidad de sociedades cuyas poblaciones implican millones de habitantes.

Al respecto, y siguiendo a Abelló Silva<sup>2</sup>, podemos afirmar que cuatro son los elementos de la nueva versión de la democracia en la era digital. Por una parte tiene un carácter informativo, lo que no es novedoso en relación a los medios tradicionales como la televisión, la radio o la prensa, pero que aporta la ventaja de que su información es permanente sin restricciones horarias ni de espacio, pues los requerimientos de traslado se reducen drásticamente. Desde la perspectiva pública revitaliza la participación pues permite una información permanente del ciudadano sobre la actividad estatal permitiéndole acceder a la información referida a proyectos de ley o ejecución de presupuestos públicos. Además tiene un carácter interactivo. De inmenso valor es que esa capacidad informativa sea bidireccional instantánea entre ambos intervinientes del proceso comunicativo, receptor y emisor, lo que le permite al Estado y sus representantes una mayor y mejor interacción con su ciudadanía especialmente en función de resolver sus peticiones e inquietudes. Esta nueva interactividad facilita así mismo el control del ciudadano sobre el Estado mas fácilmente, como sucede, por ejemplo, en aspectos como materia de contratación administrativa o de control de los recursos fiscales, en la que el administrado no solo tiene un mayor acceso y cercanía a la información, sino que además puede accionar en relación a ella. A manera

2 Harún Abelló Silva. Ciudadanía y Gobierno electrónico, en Gobierno Digital. Tendencias y Desafíos. Universidad Externado de Colombia. 2003

de ilustración, sabemos que, a mediano plazo, la democracia digital permitirá auditar la actividad pública de forma tan eficaz, que institutos constitucionales como el de la revocatoria censitaria o el referéndum cibernético irrumpirán obligatoriamente en la realidad democrática occidental. Son cambios constitucionales de los que ya debemos estar pensando. Los latinoamericanos debemos prepararnos desde ya para esa nueva cultura constitucional que nos está trayendo la era de la información. De hecho en materia de participación, sabemos que instituciones y empresas de la Unión europea desarrollan desde algún tiempo atrás proyectos como el Cybervote donde realizan ensayos y diseños prototipo en materia de encriptación y seguridad de los sufragios y los datos dentro del contexto de propuestas para determinar los eventuales requerimientos en cambios legislativos que permitan la emisión de sufragios desde computadoras base o móviles. Democracias sustentadas en la red informática mundial generaría además una minimización tan brutal de los costos económicos y un ahorro de los recursos materiales durante el desarrollo general de los procesos políticos y de administración pública que las consecuencias de ello son inimaginables. Eso alentará aún más la consecución de la igualdad de condiciones para los actores de los procesos democráticos y en los diferentes procesos promovidos por el Estado, como lo son por ejemplo los procesos licitatorios. Amén de que en aspectos como el electoral, solo para mencionar una de sus consecuencias,

las tendencias abstencionistas, usualmente sustentadas en las dificultades y en la apatía ante los desplazamientos físicos, se verán disminuidas de forma igualmente sustancial. Aunado a lo anterior, la capacidad asociativa de los ciudadanos igualmente aumentará en razón de las facilidades que permiten las redes sociales informáticas como motores de la participación ciudadana. Sin duda los grandes obstáculos a vencer para determinar cuánto tardará en implementarse esta nueva cultura constitucional y democrática radican, por una parte, en el tiempo que tomará para que el acceso a la actividad digital se masifique aún más entre la población, pues como ocurrió al inicio con la televisión, estos instrumentos tecnológicos implican algún lapso en que sean accesibles a todos, en segundo término en lograr desarrollar los medios tecnológicos para que la comunicación del participante sea segura y honesta. Ya la democracia se ha visto golpeada por las dudas respecto del conteo electrónico. Fallas en el sistema pueden permitir la alteración de los resultados, los votos dobles, cambio de los votos por el de otros participantes del proceso, o hacer finalizar el proceso antes de lo acordado. Dichos elementos son los que aún hacen desconfiar de su implementación hasta que no se conquisten mejores avances en materia de seguridad y acceso. Dependerá del tiempo que tome al Estado entender que es su responsabilidad educar a la población y habituarla a la actividad digital. De la disposición de este y del mercado para facilitarle a la población el acceso masivo a

los medios tecnológicos básicos. También depende del apoyo que se dé a las entidades que buscan concretar la implementación de mecanismos tecnológicos que garanticen la seguridad de la participación electrónica del ciudadano. El último obstáculo es la resistencia de los estamentos políticos para promover los cambios. Pero creo que esto es cuestión de un plazo mediano. Solo nos resta dimensionar la transformación de la cultura constitucional a la que nos está llevando la era digital. Es una metamorfosis radical, -en contenidos y formas-, de la interacción entre ciudadanos y empresas con sus gobiernos tanto nacionales como locales. El ideal tan anhelado de la descentralización, en proceso de venida. Y la necesaria transformación, de ese estado burocratizado, vertical, distante y costoso, en uno más cercano y dinámico obligado a ello por las ineludibles circunstancias que conllevan la digitalización.

### **Retos de la digitalización de la actividad gubernamental**

Creo que el reto jurídico en materia de digitalización de la actividad gubernamental radica en la necesidad de una ley marco y de un régimen marco del gobierno digital, que permita una mayor sistematización de dicha actividad. Sabemos que en Costa Rica un esfuerzo importante ha sido la ley de *Certificados, firmas digitales y documentos electrónicos*. Sin embargo creo que esta es una iniciativa insuficiente

para las dimensiones del reto y del cambio. Una ley marco deberá incluir al menos elementos tales como regulación en materia de métodos cibernéticos de comunicación, mecanismos cibernéticos de identidad y su protección, mecanismos de certificación y autenticación, regulación en materia de páginas cibernéticas gubernamentales, manejo de archivos y registros electrónicos, y expedientes y documentos cibernéticos, remedios que prevea la administración ante las consecuencias de ataques de influencia informática contra las páginas electrónicas de la administración, todo lo cual permitirá la consolidación de la Administración Pública electrónica indispensable ante la llegada de la era digital y como necesidad de eficiencia y eficacia de esa misma administración, ahorro de costos, desplazamiento, y libertad de restricciones horarias.

El mundo que tenemos por ganar debe convencernos que para el Estado no debe ser discrecional la elección de la aplicación de la e-administración, sino un imperativo categórico.

Ahora bien, en el marco estricto de la contratación electrónica administrativa ensayemos algunas preguntas y respuestas que nos permitan comprender cuál es el marco de constitucionalidad dentro del que se debe operar.

En primer término, ¿Porqué ser tan insistente respecto de la mayor democratización de los medios de participación en la contratación

administrativa? Esencialmente por el fin público prevalente en la contratación administrativa. Rasgos de preeminencia de fin público que son característicos de la contratación administrativa, se extraen con claridad de la jurisprudencia constitucional, como por ejemplo se concluye del voto 6432 del año 1998 y de la doctrina del Derecho administrativo, de cuya lectura extraemos siete fundamentos. Que su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, destinado a satisfacer las exigencias de funciones públicas esenciales del Estado, razón por la que lo esencial del contrato se desplaza de la armonía de intereses entre las partes involucradas, a la consecución del fin de interés público que se persigue; que la Administración goza de prerrogativas que se concretan en facultades que se fundan en el interés público; del concepto mismo de contrato se deriva la idea de equilibrio de los intereses contrapuestos, debiendo existir reciprocidad de intereses; por ello, y como regla general, el contrato administrativo responde al tipo de los contratos que son onerosos (concepto de financiamiento por medio del gasto público), pero a la vez conmutativos (contraprestaciones equivalentes); la doctrina reconoce que las prestaciones deben ser equilibradas porque la Administración financia el contrato con gasto público, que tiene un orden de origen constitucional como lo son los principios de la Hacienda Pública, de manera que la obligación debe ser respaldada, necesariamente, con la existencia

de fondos suficientes para enfrentarla; y porque la formalización del contrato reconoce un valor de contraprestación que debe ser íntegramente respetado, sin que sean posibles alteraciones futuras, a menos que medie un nuevo acuerdo entre las partes; el contrato está sujeto a riesgos y a circunstancias imprevistas que afectan el nivel económico originalmente establecido por las partes al acordar las prestaciones, dependiendo el grado de incidencia, usualmente, de la complejidad de la relación y de su permanencia en el tiempo; igualmente es vital examinar el origen de las alteraciones que modifiquen la economía del contrato, para definir el tipo de respuesta administrativa para restituir ese nivel. Siendo que si las modificaciones corresponden a la acción unilateral de la Administración o responde a un acto contractual derivado de su facultad modificadora de la relación, es la Administración la que deberá asumir, integral y plenamente, los efectos de sus propias decisiones; y finalmente, el contratante al celebrar el contrato persigue un beneficio, una utilidad, que se calcula, normalmente, no solo sobre la prestación que deberá realizar (suministro, obra o transportes, por ejemplo), sino también sobre el capital que ha de invertir en ello, de manera que al formalizarse la relación, este acto le asegura la obtención del beneficio proyectado y si por razones sobrevinientes o imprevisibles, ese beneficio sufre un menoscabo, el contratista tiene el derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, para que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de

cumplirse con el contrato en las condiciones originarias.

Y en estricta conformidad con el derecho de la constitución ¿cuáles son los ejes constitucionales que debe respetar la contratación administrativa, incluida la electrónica, según los ha delineado nuestro Tribunal constitucional?

Nuestra jurisdicción constitucional se ha manifestado respecto de la contratación administrativa, el contenido del artículo 182 de la Constitución Política y los principios constitucionales que de esta norma se derivan. En este sentido, son las sentencias número 2101-91, de las ocho horas cuarenta minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno, 2341-91, de las nueve horas del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y uno, 1490-92, de las dieciséis horas nueve minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y dos, 2864-92, de las quince horas del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y dos, 2202-93, de las quince horas treinta y nueve del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y tres, 2633-93, de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres, 078-7-94, de las quince veintiuno de ocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, 3348-95, de las ocho horas treinta minutos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, y 1205-96, de las nueve horas del quince de marzo de mil novecientos noventa y seis, entre otras.

Como el artículo 182 de la Constitución Política establece en la figura de la licitación, el concepto dentro del cual podemos hallar inmersos todos los principios propios de la Contratación Administrativa, debemos interpretar que de aquel artículo podemos derivar los diez grandes parámetros constitucionales que deben regir la actividad digital o electrónica del Estado en materia contractual. Sabemos que la Sala Constitucional ha determinado que estos diez principios, -sin duda, aún plenamente vigentes-, son:

**1) el de 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;

**2) de 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;

**3) de 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;

**4) de 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;

**5) de 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;

**6) 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 concurrencia;

**7) 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;

**8) 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;

**8) de la 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;

**9) de intangibilidad patrimonial**, 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 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); y **10) del 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, control que se lleva a cabo muy parcialmente por parte de las instituciones y no se ha concebido como un efectivo instrumento para el desarrollo gerencial e institucional.

En aras de promover los objetivos constitucionales en la materia de contratación específicamente por medios electrónicos, seis son los principios básicos que la doctrina reconoce con mayor celo: Autonomía de la voluntad, buena fe, libertad de forma, autenticidad, equivalencia funcional e integridad.

**Ahora bien, ¿Cuáles son los ideales esenciales de la administración electrónica gubernamental?**

Antes una definición conceptual básica: entendemos que en la contratación electrónica, el contrato es celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando éstas su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos<sup>3</sup> y por administración pública electrónica entendemos la ejecución de las actividades público administrativas a través de flujos de información por medio de datos codificados en dígitos binarios, en sustitución del procedimiento manual que permite el papel y la presencia física.

Sancho Royo<sup>4</sup> tres son los objetivos fundamentales de la actividad electrónica estatal: el mejoramiento del servicio a la ciudadanía, el aumento de la eficacia y la eficiencia de la gestión interna del Estado, y la superación de la gobernabilidad democrática. De ahí que, tal y como lo ha sostenido Peres Useche<sup>5</sup> una estrategia de

3 Paloma Llana Gonzalez. Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación, Madrid, Bosch, 1999.

4 Sancho Royo David. Gobierno electrónico y participación. VII Congreso Internacional del CLAD sobre reforma del estado y la administración pública, Lisboa 2002.

5 Peres Useche Marco. Función Pública y Seguridad en el gobierno digital. Universidad Externado de Colombia. 2003

*gobierno electrónico debe asegurarse con medidas y sistemas de seguridad informática que enfrenten los riesgos y las amenazas propias de este nuevo entorno. Las ventajas que pueda generar el gobierno digital para la ciudadanía serán tangibles si se optimiza el uso de la tecnología garantizando la integridad de los derechos de los usuarios.*

Con ellos, finalmente podemos afirmar que seis son los principios rectores de la función pública electrónica:

El principio de igualdad, el principio de transparencia: o sea, todo a la vista de todos, el principio de eficacia, el principio de economía que implica además cooperación tecnológica interinstitucional, el principio de celeridad, el principio de imparcialidad, el principio de protección y custodia de la información, el principio de preferencia de la tecnología amigable y adaptación a las nuevas técnicas.