

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE INVESTIGACIÓN

Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho

“Perspectivas de desarrollo en los contratos administrativos de riesgo compartido en el suministro de medicamentos en Costa Rica”

Karla Solís Badilla
Carné universitario N° B16390

San José, Ciudad Universitaria “Rodrigo Facio”

Marzo, 2017



09 de marzo de 2017
FD-310-2017

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de la estudiante: Karla Solís Badilla, carné B16390 denominado: "Perspectivas de desarrollo en los contratos administrativos de riesgo compartido en el suministro de medicamentos en Costa Rica" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILDES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

| | |
|-------------------|----------------------------------|
| Informante | Dr. Marvin Carvajal Pérez |
| Presidente | Dr. Carlos Estrada Navas |
| Secretario | MSc. Julio Fonseca Pión |
| Miembro | Lic. José Martín Conejo Cantillo |
| Miembro | MSc. José Roberto Garita Navarro |

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **29 de marzo del 2017**, a las 5:00 p.m. en el primer piso de la Facultad.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



RSP/lcv
Cc: arch. expediente



San Pedro de Montes de Oca, 06 de febrero de 2017

Señor
Doctor Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

En mi condición de director del trabajo final de graduación de la egresada Karla Solís Badilla, titulado "*Perspectivas de desarrollo de los contratos administrativos de riesgo compartido en el suministro de medicamentos en Costa Rica*", me complace informarle que he revisado dicha investigación, la cual cuenta con mi aprobación. Lo anterior, debido a que cumple con todos los requisitos de forma y contenido exigidos por la normativa universitaria.

Se trata de un trabajo riguroso, basado en un tema de actualidad y alta complejidad, poco abordado por la doctrina nacional y muy disperso en la extranjera, que la postulante aborda con precisión y desde una perspectiva multidisciplinaria. Se trata de una investigación de utilidad académica y práctica.

Por las razones anteriores, reitero la aprobación dada al referido trabajo final de graduación.

Con muestras de mi alta estima y consideración,



Marvin Carvajal Pérez
Profesor

San José, 7 de marzo de 2017

Doctor
Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director,

Reciba un cordial saludo. A través de la presente hago constar que, en mi condición de lector y miembro del Comité Asesor, he revisado la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciados en Derecho titulada "**Perspectivas de desarrollo en los contratos administrativos de riesgo compartido en el suministro de medicamentos en Costa Rica**", elaborada por la estudiante Karla Solís Badilla, portadora de la cédula de identidad número 1-1496-0823, carné universitario número B16390.

Además, expresamente, indico que, el trabajo cumple satisfactoriamente con los requisitos de forma y fondo establecidos por la Facultad de Derecho para este tipo de investigaciones, por lo cual extiendo la aprobación respectiva.

Sin más por el momento, se despide



Msc. José Martín Conejo Cantillo
Lector
Comité Asesor

San José, 2 de marzo de 2017

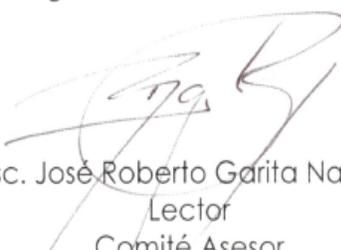
Doctor
Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Sr. Salas Porras:

Luego de un atento saludo, por este medio, me permito comunicarle que he leído y revisado, en mi calidad de lector y miembro del Comité Asesor, la Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciada en Derecho "**Perspectivas de desarrollo en los contratos administrativos de riesgo compartido en el suministro de medicamentos en Costa Rica**", realizada por la estudiante Karla Solís Badilla, portadora de la cédula de identidad número 1-1496-0823, carné universitario número B16390.

Con fundamento en lo anterior, hago constar que dicha investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos de fondo y forma establecidos por la Facultad de Derecho para este tipo de investigaciones, de allí que extiendo la aprobación respectiva para que sea defendida en forma oral ante el Tribunal que se designe.

Cordialmente,



Msc. José Roberto Garita Navarro
Lector
Comité Asesor

San José, 6 de marzo de 2017

Doctor
Ricardo Salas Porras,
Director del Área de Investigación,
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Quien suscribe, en mi condición de filóloga, he leído y corregido el trabajo final de graduación denominado: “**Perspectivas de desarrollo en los contratos administrativos de riesgo compartido en el suministro de medicamentos en Costa Rica**”, elaborado por la estudiante Karla Solís Badilla, con el fin de optar por el grado académico de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Hago constar que he revisado el trabajo de investigación mencionado en todos los aspectos de redacción (cacofonía, repeticiones, queísmos, dequeísmos, anfibología), así como la ortografía y ofrecerle cadencia al texto y fluidez léxica.

Atentamente,


Grettel Hernández Valdés
Carné 166



DEDICATORIA

Agradecida con Dios, sin Él no hubiera llegado hasta aquí.

A mi papá que siempre invirtió en mi futuro y nunca dudó de mí.

A mi mamá que, sin lugar a dudas, me apoyó durante toda la carrera. Siempre velando por mi bienestar, escuchándome, motivándome a seguir adelante y a nunca darme por vencida.

A mis hermanos y mis sobrinos, por todo su cariño y apoyo.

A todas las personas que, de alguna forma, me motivaron durante la carrera y formación profesional.

AGRADECIMIENTOS

A don Marvin Carvajal, por su apoyo desde el inicio de la carrera, por asesorarme en cada una de mis decisiones académicas y profesionales.

A José Roberto Garita, por ser un excelente profesor y enseñarme los fundamentos del Derecho Administrativo, desde sus clases entendí mi vocación.

A José Martín Conejo, por guiarme durante todo este proceso y orientarme en los momentos de duda.

Por último, a Julio Fonseca, mi mentor en Derecho Público, especialmente, en contratación administrativa. Este trabajo de investigación se desarrolló con su guía y su motivación.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|-----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I | 7 |
| DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA..... | 7 |
| Sección A: generalidades del contrato administrativo | 7 |
| A.1.- Sobre su desarrollo en la doctrina internacional | 8 |
| A.2.- Sobre su desarrollo en la doctrina y jurisprudencia nacional | 13 |
| A.3.- De los elementos esenciales de los contratos administrativos | 22 |
| A.4.- En cuanto a las diferencias entre el contrato administrativo y el contrato privado | 33 |
| Sección B: Procedimiento de contratación administrativa | 40 |
| B.1.- Requisitos previos de la contratación administrativa | 40 |
| B.2.- De la selección del contratista | 49 |
| B.3.- Perfección y formalización del contrato administrativo | 59 |
| Sección C: tipología de los contratos administrativos | 65 |
| C.1.- Contratos administrativos típicos | 66 |
| C.2.- Contratos administrativos atípicos: tipos abiertos | 75 |
| CAPÍTULO II | 83 |
| CONTRATOS DE RIESGO COMPARTIDO | 83 |
| Sección A: Antecedentes del contrato de riesgo compartido | 83 |
| Sección B: Definición y régimen normativa aplicable | 88 |
| Sección C: tipología de contratos de riesgo compartido..... | 92 |
| Sección D: ventajas y desventajas de la adopción de contrato de riesgo compartido..... | 97 |
| CAPÍTULO III..... | 109 |
| Del abastecimiento de medicamentos de la Caja Costarricense de Seguro Social..... | 109 |
| Sección A: del principio de legalidad en los contratos atípicos | 110 |

| | |
|--|-----|
| Sección B: procedimiento de contratación administrativo habitual, para la compra de medicamentos | 116 |
| Sección C: utilización del contrato de riesgo compartido en su modalidad de acuerdo de garantía de resultados..... | 118 |
| C.1.- DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA No. 2014CD-000174-51 | 120 |
| C.2.- DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA No. 2015CD-000152-51 | 122 |
| C.3.- De la contratación directa No. 2016CD-000022-5101 | 125 |
| Sección D: posibilidades de utilización de este tipo de relación en las compras públicas de medicamentos | 126 |
| CONCLUSIONES | 132 |
| Bibliografía | 135 |

TABLA DE ABREVIATURAS

CCSS: Caja Costarricense de Seguro Social.

CD: Contratación directa.

CGR: Contraloría General de la República

CRC: Contratos de riesgos compartido.

INS: Instituto Nacional de Seguros.

LCA: Ley de Contratación Administrativa.

LGAP: Ley General de la Administración Pública.

LOM: Lista Oficial de Medicamentos.

RLCA: Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

RESUMEN

Por disposición del artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa y 146 de su Reglamento, las instituciones públicas se encuentran facultadas para definir tipos contractuales que contribuyan a satisfacer el interés general, siempre y cuando respeten los procedimientos ordinarios dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa.

Sin embargo, como se desarrollará en la presente investigación, surge una indebida interpretación del principio de legalidad, la cual ha impedido implementar la figura del tipo abierto, de manera efectiva, como lo es el contrato de riesgo compartido en la compra de medicamentos.

Así las cosas, resulta esencial determinar distintas formas de interpretación del ordenamiento jurídico, las cuales permitan utilizar a la Administración Pública el contrato de riesgo compartido en el suministro de medicamentos.

La presente investigación se desarrollará con base en una serie de métodos destinados a la descripción analítica de la información pertinente para el caso concreto. Dentro de la metodología se utilizarán los métodos de análisis doctrinario, legal, comparativo y deductivo.

Con el análisis de doctrina internacional sobre los resultados de la aplicación del contrato de riesgo compartido en el suministro de medicamentos, se pretende determinar las utilidades que este tipo de contrato puede aportar a la compra pública de medicamentos en Costa Rica.

Asimismo, se analizará la normativa vigente relacionada con los tipos abiertos en materia de contratación administrativa, para así determinar distintas formas de interpretación del marco normativo actual, las cuales permitan a la Administración Pública poner en práctica, en forma efectiva, el contrato de riesgo compartido para el suministro de medicamentos en Costa Rica.

De igual manera, se comparará la obtención de resultados a nivel nacional con respecto a la experiencia internacional. También, de manera general, se analizará el contrato de riesgo compartido en el suministro de medicamentos y cómo ha sido utilizado en Costa Rica; para finalmente concluir las razones por las cuales la Administración Pública costarricense ha sostenido una interpretación limitante, que ha impedido la puesta en práctica de la figura.

Los procedimientos de contratación administrativa para la compra de medicamentos, comúnmente utilizados por la Administración Pública, presentan limitaciones instrumentales, las cuales no permiten una relación transparente de “ganar-ganar”, en donde se discuta las incertidumbres asociadas a toda innovación terapéutica.

Mientras que, para la compra de medicamentos, los contratos de riesgo compartido tienen como objetivo fundamental modificar el sistema vigente de financiación de los medicamentos, el cual paga un precio fijo por cada unidad vendida, por otro sistema de pago variable, en función de los resultados terapéuticos.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Solís Badilla, Karla. "Perspectivas de desarrollo en los contratos administrativos de riesgo compartido en el suministro de medicamentos en Costa Rica". Tesis de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2017. xiii y 140.

Director: doctor Marvin Carvajal Pérez.

Palabras claves: contratación administrativa, contrato atípico, contrato irregular, principio de legalidad, riesgo compartido, suministro de medicamentos.

- i.- Portada
- ii.- Carta de aprobación de Director. Dr. Marvin Carvajal Pérez.
- iii.- Carta de aprobación del lector, MSc. José Martín Conejo Cantillo.
- iv.- Carta de aprobación del lector, MSc. José Roberto Garita Navarro.
- v.- Carta de la filóloga Licda. Grettel Hernández Valdés.
- vi.- Dedicatoria.
- vii.- Agradecimientos y Epígrafe.
- viii.- Índice general.
- x.- Tabla de abreviaturas.
- xi.- Resumen.
- xiii.- Ficha bibliográfica.
- xiv.- Numeración de páginas preliminares

INTRODUCCIÓN

En Costa Rica, aunque la actividad contractual de la Administración Pública se encuentra en su pleno apogeo, la contratación administrativa como tal ha sido poco desarrollada doctrinalmente.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, si bien las instituciones públicas se encuentran facultadas para definir tipos contractuales que contribuyan a satisfacer el interés general, siempre y cuando respeten los procedimientos ordinarios dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa, lo cierto es que existe una indebida interpretación del principio de legalidad, lo cual ha impedido implementar efectivamente la figura del tipo abierto en el suministro de medicamentos, como lo es el contrato de riesgo compartido.

Por lo tanto, resulta necesario determinar distintas formas de interpretación del ordenamiento jurídico vigente, que permitan a la Administración Pública utilizar el contrato de riesgo compartido en el suministro de medicamentos.

Con todo, el tratamiento de una enfermedad conlleva un grado de incertidumbre, el cual se debe asumir y, en el sistema tradicional, solo por la Administración Pública. Sin embargo, es posible reducir la incertidumbre mediante la adopción de un acuerdo de riesgo compartido. Consecuentemente, la regulación, o bien, comprensión de dicha figura contractual resulta primaria para su correcta implementación en los procedimientos de contratación administrativa.

Esta investigación pretende revisar la experiencia relacionada con implementar este tipo de acuerdos de riesgo compartido, para así determinar las utilidades y las posibilidades de emplear la figura en las compras públicas de medicamentos, promovidas ya sea por la Caja Costarricense de Seguro Social o el Instituto Nacional de Seguros.

Al comprobarse su beneficio, la Administración Pública aprovecharía con mayor facilidad los contratos de riesgo compartido, de manera que el precio ofertado por la industria farmacéutica, se encuentra condicionado al proceso de objetivos previamente pactados.

Como se verá en el desarrollo de este estudio, la Administración Pública costarricense ha sostenido una interpretación limitante, por la falta de un reglamento específico relativo al contrato de riesgo compartido para el suministro de medicamentos, esto ha impedido la puesta en práctica de la figura, pese a que el marco normativo general lo permitiría.

Así las cosas, con su implementación no solo las instituciones públicas resultarían beneficiadas, sino los pacientes tendrían acceso a medicamentos innovadores, cuyo precio dependa de la efectividad del producto farmacéutico.

El presente estudio pretende definir formas de interpretación del marco normativo vigente, las cuales permitan a la Administración Pública poner en práctica, en forma efectiva, el contrato de riesgo compartido para el suministro de medicamentos en Costa Rica.

De igual manera, procura analizar las utilidades que pueden aportar los contratos de riesgo compartido en el suministro de medicamentos a las relaciones entre la Caja Costarricense de Seguro Social, el Instituto Nacional de Seguros y las casas farmacéuticas.

Asimismo, busca proponer una regulación para implementar el uso de los contratos de riesgo compartido en el suministro de medicamentos, aplicados a los procedimientos de contratación administrativa, los cuales promueve la Caja Costarricense de Seguro Social y el Instituto Nacional de Seguros.

Igualmente, se pretende revisar la experiencia relacionada con la implementación de este contrato de riesgo compartido en el suministro de medicamentos y sus resultados.

Por último, sin ánimos de agotar la discusión, se dirige a debatir las posibilidades de utilizar este tipo de relación en las compras públicas de medicamentos, promovidas por la Administración Pública.

La presente investigación se desarrollará con base en una serie de métodos destinados a la descripción analítica de la información pertinente para el caso concreto. Dentro de la metodología se utilizarán los métodos de análisis doctrinario, legal, comparativo y deductivo.

Con el análisis de doctrina internacional sobre los resultados de la aplicación del contrato de riesgo compartido en el suministro de medicamentos, se pretende determinar las utilidades que este tipo de contrato puede aportar a las relaciones entre la Caja Costarricense de Seguro Social, el Instituto Nacional de Seguros y las casas farmacéuticas.

El ordenamiento jurídico costarricense no contiene una regulación específica relacionada con el contrato de riesgo compartido para el suministro de medicamentos. Por lo tanto, se analizará la normativa vigente relacionada con los tipos abiertos, en materia de contratación administrativa, de manera que se logre determinar distintas formas de interpretación del marco normativo actual, las cuales permitan a la Administración Pública poner en práctica el contrato de riesgo compartido para el suministro de medicamentos en Costa Rica.

En aras de cumplir con uno de los objetivos específicos de esta investigación, se revisará la experiencia internacional y, por ende, los resultados relacionados con la implementación de este contrato de riesgo compartido en el suministro de medicamentos.

De igual forma, dado que la Administración Pública costarricense, por el momento solo ha utilizado la figura contractual en tres ocasiones, se comparará la obtención de resultados a nivel nacional con respecto a la experiencia internacional.

Se usará el método de investigación deductivo, pues se partirá de un estudio general, con el fin de derivar en conclusiones de un tema en particular. Es decir, se estudiará de manera general el contrato de riesgo compartido en el suministro de medicamentos en Costa Rica, para finalmente concluir las razones por las cuales la Administración Pública costarricense ha sostenido una interpretación limitante, la cual ha impedido la puesta en práctica de la figura.

El presente trabajo, se encuentra integrado por tres capítulos. El primero de ellos está compuesto por tres secciones, el segundo por cuatro y el tercero, también, por cuatro secciones.

El primer capítulo, en su primera sección se desarrolla el concepto de contrato administrativo, los elementos esenciales que lo componen y, además, su diferencia con los contratos privados. En su segunda sección, se explican los procedimientos de contratación administrativa, los requisitos previos para promover un concurso, la formación de un contrato administrativo y, también, el perfeccionamiento y la formalización de este.

En la tercera sección del primer capítulo, se esboza la tipología de los contratos administrativos. Es más, se exponen los contratos administrativos típicos, el contrato de suministro de bienes y los tipos abiertos en materia de contratación administrativa.

El segundo capítulo se enfoca en exponer el contrato de riesgo compartido. En su primera sección, se establecen los antecedentes de este modelo contractual, para así entender su origen. En la segunda sección, se conceptualiza el contrato de riesgo compartido y el régimen normativo aplicable. En el mismo sentido, en la tercera sección se estudia la tipología de los contratos de riesgo compartido. Finalmente, en su cuarta sección se dilucidan las posibles ventajas y desventajas de la adopción del contrato de riesgo compartido.

En el tercer capítulo se analiza el abastecimiento de medicamentos de la Caja Costarricense de Seguro Social; para ello, en su primera sección se desarrolla el principio de legalidad en sus diferentes vertientes y cómo afecta el trabajo de la Administración Pública. De conformidad con lo

anterior, en su segunda sección, se establecen los procedimientos de contratación administrativa habitual, utilizado por la Caja Costarricense de Seguro Social para la compra de medicamentos.

La tercera sección del tercer capítulo, se refiere a la utilización del contrato de riesgo compartido en su modalidad de acuerdo de garantía de resultados, por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social. Por último, en su cuarta sección, se detallan posibles formas de utilización de este tipo de vínculo en las compras públicas de medicamentos.

CAPÍTULO I

DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En este primer capítulo, se desarrollará el concepto de contrato administrativo, sus elementos esenciales y, además, se contrastará con los contratos privados. De igual forma, se procederá a explicar los procedimientos de contratación administrativa, los requisitos previos para promover un concurso, la selección de un contratista, la formación de un contrato administrativo así como el perfeccionamiento y la formalización de este.

Asimismo, se expondrá los contratos administrativos típicos, el contrato de suministro de bienes y los tipos abiertos en materia de contratación administrativa.

Sección A: generalidades del contrato administrativo

Tanto en la doctrina internacional como en la nacional, existe un sinnúmero de definiciones del contrato administrativo. Pese a ello, en este apartado no se pretende agotar el tema, sino que se procura brindar una concepción genérica sobre dicha figura jurídica.

En este sentido, se esbozará cuáles son elementos esenciales del contrato administrativo y, además, se detallarán las características diferenciadoras que permiten su distinción de la contratación efectuada entre sujetos particulares.

A.1.- Sobre su desarrollo en la doctrina internacional

Primeramente, resulta necesario contemplar la conceptualización y los alcances de la figura del contrato administrativo.

Así las cosas, en su sentido genérico el contrato se entiende como un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos, cuyo objetivo es crear obligaciones y derechos, aplicables a las partes contratantes, de manera que el contrato se configura como la fuente de las obligaciones.¹

Como se evidencia, la percepción anterior resulta aplicable, tanto para el derecho público como el privado. Cabe destacar que muchos de los conceptos e institutos jurídicos que se emplean en la actualidad en el derecho administrativo, provienen precisamente del derecho privado, de ahí que el contrato se configure como un instituto jurídico general, común entre ambas categorías del derecho.²

En cuanto a la definición del contrato administrativo, el autor Juan Carlos Cassagne lo define como: "*[...] una creación del Consejo de Estado francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual que, correlativamente, le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos*".³

¹ Joaquín Nebreda Pérez, *Manual de Derecho de la Contratación Pública y Privada*, (Madrid: Editorial Iustel, 2005) 176.

² Irene Jiménez Fonseca y Andrés Sancho Simoneau, *La modalidad de entrega según demanda y la contratación pública electrónica en el régimen de contratación administrativa costarricense*, (Tesis de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2011) 14.

³ Juan Carlos Cassagne, *El contrato Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, segunda edición, 2006) 15.

El contrato administrativo se refiere a la actividad contractual de la Administración, en donde por acuerdo de dos o más voluntades se crea una relación contractual, en vista de la creación de un vínculo jurídico.⁴

De lo anterior se destaca que existe una colaboración recíproca entre el sujeto privado y la Administración, de modo que el primero le asiste al último, para así satisfacer sus necesidades; mientras que la Administración se obliga a mantener el equilibrio económico del contrato, en aplicación del principio de intangibilidad patrimonial.

Bajo el mismo razonamiento, el contratista no se configura en un simple proveedor, ya sea de bienes o servicios, sino que coadyuva en la satisfacción de un interés general. Así lo indica Dromi:

"1. El contrato como técnica de colaboración administrativa. El obrar administrativo requiere la colaboración voluntaria de particulares u otros entre públicos, ya sea en forma amplia, por medio de un acuerdo creador, o en forma limitada, por adhesión. Si la colaboración fuera forzosa, daría lugar a la carga pública o prestación personal obligatoria. / El contrato es una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera. Quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos, aun actuando en situaciones de subordinación económico-jurídica respecto de las personas públicas comitentes".⁵

⁴ Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I* (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1984) 84.

⁵ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998) 339.

En otras palabras, se otorga una colaboración, de tal forma que el contrato administrativo se le considera como un instrumento de solidaridad, por medio del cual los particulares realizan en conjunto con la Administración una tarea social. De igual forma, el autor Héctor Escola definió el contrato administrativo como: “[...] una parte o una forma de la actividad administrativa, tiene una finalidad específica y propia, distinta de la que es inherente a la generalidad de los contratos de derecho privado, y que no es otra que la satisfacción y el logro de interés público, de las necesidades colectivas [...]”⁶

Por su parte, el autor Franco Gutiérrez entiende el contrato administrativo como “[...] aquel acuerdo que se celebra entre la administración y un particular, tendiente a que éste dé, haga algo, o se abstenga de hacer algo a favor de aquella, previo el lleno de ciertos requisitos, y teniendo en cuenta que la administración obra en nombre del Estado”.⁷

Ahora bien, en materia de contratos administrativos existen diferentes posiciones con respecto a sus elementos. En razón de lo anterior, se encuentra la tesis tradicional y la contemporánea. Respectivamente, según la primera tesis, se destaca la limitación de la voluntad de las partes y, asimismo, la desigualdad en que se encuentra uno de los contratantes con respecto al otro:

“Tesis tradicional: Tradicionalmente se han señalado diversos caracteres de la contratación administrativa.

⁶ Héctor Escola, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, (Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1989) 342.

⁷ Omar Franco Gutiérrez, *La Contratación Administrativa*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, 2000) 32.

I. *Limitación de la voluntad de las partes: la Administración contratante debe perseguir el interés general y elegir su contratante de acuerdo al procedimiento que determina el derecho objetivo. Respecto a este particular, se ha dicho que no puede negociar y debe adherir al contrato que la presente el Estado.*

II. *Desigualdad del particular contratante: para la tesis tradicional, ello se deriva de los diferentes fines que persiguen las partes y se materializa en los poderes exorbitantes que –por principio- posee la Administración. La desigualdad basada en el interés general determina que el particular no puede dejar de cumplir el contrato mediante la exceptio non adimpleti contractus, y debe soportar la rescisión unilateral, la aplicación de sanciones, sin texto expreso.”⁸*

Como se vio, la tesis tradicional esboza dos ideas principales. La primera se relaciona en forma directa con procedimiento de contratación administrativa, en virtud del cual, la Administración Pública en uso de sus potestades discrecionales y en aras de satisfacer el interés público, debe elegir al contratista mediante un concurso permitido por el ordenamiento jurídico. Consecuentemente, el contrato originado de dicho procedimiento, podría considerarse como uno de adhesión; pues desde el cartel, el oferente –posterior contratista– se encuentra sometido a las condiciones previstas. Es decir, se le imponen las disposiciones previas estipuladas en el reglamento específico de la contratación.

Por otro lado, la segunda idea comprendida dentro de la tesis tradicional,

⁸ Rubén Flores Dapkevicius, *Manual Teórico Práctico de Contrataciones Administrativas* (Buenos Aires: Euros Editores SRL, 2003)18 y 19.

se refiere a la existencia de una desigualdad entre las partes que suscriben el contrato administrativo. Es decir, entre la Administración Pública y el sujeto particular. De manera que la institución estatal se ubica en una posición de superioridad frente al contratista, la cual se plasma en los poderes potestades de imperio de la Administración, más específicamente, en las cláusulas exorbitantes, de modo que así el particular se encuentra sujeto a los mandatos que se le exijan.

Dicho en palabras más sencillas, el sujeto privado no está contratando con un igual. El contratista no está en igualdad de condiciones con la Administración.⁹

Directamente, la tesis contemporánea se relaciona con lo que se ha denominado como “administración concertada”:

“b) Tesis contemporánea: En la actualidad se entiende que la contratación administrativa debe partir de la colaboración de la Administración con los particulares. Eso es lo que la doctrina denomina “administración concertada”, donde ésta renuncia a hacer valer imperativa y unilateralmente sus poderes aviniéndose a convenir con los particulares destinatarios [...] ganando una colaboración activa de los administrados que resulta más beneficiosa no sólo en el orden social, sino también en el de la pura eficacia, que la pasiva y resignada [...] sumisión.”¹⁰

En otras palabras, la tesis contemporánea formula una idea contraria a la de tradicional, toda vez que establece un simple vínculo de colaboración

⁹ Omar Franco Gutiérrez, *La Contratación Administrativa*, (Bogotá: Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, 2000) 36.

¹⁰ Rubén Flores Dapkevicius, *op. cit.* Pp. 18 y 19.

entre las partes contratantes; es decir, entre la Administración Pública la noción que es el Estado y el particular.

En consecuencia, el ente público renuncia a sus potestades de imperio, frente al administrado y se coloca en una posición que, a su parecer, resulta más beneficiosa.

Como se analizará más adelante, el contrato administrativo costarricense adopta la tesis tradicional, puesto que a la Administración Pública no le es permitido renunciar a sus potestades de imperio. De hecho, los contratos suscritos con entidades públicas se caracterizan por la presencia de cláusulas exorbitantes, de manera que la contratante se encuentra por encima de la contratista.

A.2.- Sobre su desarrollo en la doctrina y jurisprudencia nacional

En Costa Rica, funcionaron constituciones que anteceden a la del 7 de noviembre de 1949, donde los constituyentes regularon la contratación administrativa de manera indirecta y formal. De acuerdo con Jinesta Lobo, en un primer momento se utilizó como una técnica para delimitar esferas de competencia, pues establecía que los contratos del Estado con particulares serían conocidos y resueltos por la Corte Suprema de Justicia, o bien, autorizados por el Congreso (respecto de los Poderes Legislativo y Ejecutivo).¹¹

En 1917 surgió una nueva vertiente formal, toda vez que la Constitución utilizó una forma de contratación administrativa, en donde establecía una

¹¹ Ernesto Jinesta Lobo, *Contratación Administrativa Tomo IV Tratado de Derecho Administrativo* (San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán, 2010) 38.

especie de régimen de prohibiciones, que impedía a los Diputados y Senadores ser contraparte en los contratos públicos.

La "Ley de Bases y Garantías" del 8 de marzo de 1841 fue la primera Constitución que se refirió, expresamente, a la contratación administrativa. El quinto párrafo de su artículo 5 estableció que a la Cámara Judicial le correspondía conocer "[...] de las controversias que se susciten por los contratos ó negociaciones que interesan al Estado, celebradas inmediatamente por el primer Jefe, ó por sus agentes, de orden especial suya [...]".¹²

Posteriormente, en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica del 9 de abril de 1844 en su artículo 154, a la Corte Plena se le asignó, entre otras competencias, la de conocer "[...] controversias que se susciten por los contratos ó negociaciones interesantes al Estado y celebrados de orden del Ejecutivo [...]"]¹³.

Con una redacción similar, la Constitución del 10 de febrero de 1847, de manera expresa, en su artículo 134 inciso 4, determinó que a la Corte Suprema de Justicia le correspondía resolver "[...] de las controversias que se susciten por los contratos ó negociaciones interesantes al Estado, que se hayan celebrado por el Ejecutivo [...]"]¹⁴.

¹² "Ley de Bases y Garantías," Sistema Costarricense de Información Jurídica, accedida el 5 de marzo de 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=59660&nValor3=66659&strTipM=TC.

¹³ "Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica." Sistema Costarricense de Información Jurídica, accedida el 5 de marzo de 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=59661&nValor3=66706&strTipM=TC.

¹⁴ "Constitución Política del 10 de febrero de 1847." Sistema Costarricense de Información Jurídica, accedida el 5 de marzo de 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=27495&nValor3=29083&strTipM=TC.

La Constitución de la República "Reformada" del 30 de noviembre de 1848, expresamente, le asignó al Congreso la facultad de "[...] Autorizar empréstitos y otros contratos cuando lo exija el interés público"¹⁵. En el mismo sentido, la Constitución del 27 de diciembre de 1859, le otorgó también al Congreso la potestad de "[...] Autorizar especialmente al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos ó celebrar otros contratos, pudiendo hipotecas a su seguridad las rentas nacionales."¹⁶ De hecho, las Constituciones del 15 de abril de 1869 y del 7 de diciembre de 1871, utilizaron una redacción prácticamente idéntica a la de 1859.

Según Jinesta Lobo, la Constitución del 8 de junio de 1917 es la más clara, en cuanto a cómo regular la contratación administrativa¹⁷; pues el artículo 77 inciso 7, establecía como atribución de la Cámara de Diputados, la que de seguido se transcribe:

"[...] Autorizar especialmente al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos o celebras otros contratos, pudiendo hipotecas a su seguridad las rentas nacionales. / Los contratos que fueran aprobados por las Cámaras sin modificación, no podrán ser vetados por el Ejecutivo, pero sí los que fueren alterados. Las modificaciones que introduzca el Congreso quedarán además sujetas a la aceptación del interesado".¹⁸

¹⁵ "Constitución de la República (Constitución Reformada) del 30 de noviembre de 1848." Sistema Costarricense de Información Jurídica. Accedida el 5 de marzo de 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=23394&nValor3=66939&strTipM=TC.

¹⁶ "Constitución Política del 27 de diciembre de 1858." Sistema Costarricense de Información Jurídica. Accedida el 5 de marzo de 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=59771&nValor3=66940&strTipM=TC.

¹⁷ Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 39.

¹⁸ "Constitución Política del 10 de febrero de 1847." Sistema Costarricense de Información

Asimismo, en el inciso 5 de su artículo 78, facultaba al Senado para “[...] Aprobar o improbar los contratos que celebre el Estado cuando por la entidad y trascendencia del negocio juzgue el Poder Ejecutivo o Cámara de Diputados, a petición de un tercio de los votos presentes, que sea necesaria la sanción del Senado”.¹⁹

La Constitución Política del 7 de noviembre de 1949 regula, de manera indirecta y formal, la contratación administrativa. Su contenido concibe los procedimientos de la actividad contractual de la Administración Pública y, más específicamente, la licitación como garantía institucional.²⁰ La actividad contractual de la Administración Pública se encuentra establecida en el artículo 182 de la Constitución Política. En dicho precepto constitucional se establece que: “Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.”

La Sala Constitucional ha desarrollado importante jurisprudencia en relación con la anterior norma transcrita.

Jurídica. Accedida el 5 de marzo de 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=27495&nValor3=29083&strTipM=TC.

¹⁹ "Constitución Política del 10 de febrero de 1847." Sistema Costarricense de Información Jurídica. Accedida el 5 de marzo de 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=27495&nValor3=29083&strTipM=TC.

²⁰ Ernesto Jinesta Lobo, *Contratación Administrativa Tomo IV Tratado de Derecho Administrativo* (San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán, 2010) 41.

En su conocido voto No. 998-98 de las once horas con treinta minutos del dieciséis de febrero de 1998:

*“[...] la exigencia que se deriva del artículo 182 constitucional, es en cuanto el Estado debe sujetar su actividad contractual a la licitación, esto es, a la modalidad o conjunto de principios derivados de la norma constitucional, como procedimiento de garantía de control del interés público. En este sentido, no puede entenderse que esta norma constitucional -artículo 182-constituya una lista cerrada y taxativa con respecto a los distintos tipos o figuras contractuales, a manera de “numerus clausus”, en tanto se refiere a “la ejecución de obras públicas”, o “compras”, “ventas o arrendamientos”; sino que debe entenderse que se trata de una enumeración ejemplarizante de actividades que puede realizar el Estado, con lo que el sentido jurídico de la norma conduce a entender que ella se refiere a **toda la actividad contractual del Estado, sin importar las distintas modalidades, o tipos contractuales que la administración utilice para lograr su fin, sea la satisfacción del interés público. Lo anterior, siempre y cuando su implementación se haga con respeto de las normas, principios y requisitos constitucionales comentados.** Como lo afirma la Procuraduría General de la República, la utilización de figuras contractuales no reguladas en forma expresa en el ordenamiento jurídico administrativo no resulta contrario al orden constitucional, por cuanto se reconoce al Estado, tanto la capacidad de Derecho público como de Derecho privado -artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública-. El sentido indicado es el que permite concebir al Estado actuando dentro de las líneas modernas de contratación, pero siempre dentro del campo del Derecho administrativo y ello evita desembocar, por el contrario, dentro de un*

*marco inflexible de actuaciones, que como tal sería ilógico, **porque limita la capacidad contractual del Estado, ciñéndolo a un listado agotado de “negocios” que estará determinado por ley; esto implicaría “amarrar” a la Administración en su propio perjuicio y desde luego, en detrimento de la satisfacción del interés público que tiene encomendado”.***

Como se deduce, la Sala Constitucional interpretó que la Carta Magna costarricense, en su artículo 182, no obliga a tramitar la contratación administrativa únicamente por "licitación pública", sino también, permite a la ley el establecimiento y la regulación de diferentes modalidades de concurso público.

En otra palabras, si bien la Constitución Política solo dispone de la licitación como procedimiento para ejercer la actividad contractual pública –sin distinguir entre licitación pública o abreviada–, lo cierto es que la Administración Pública se encuentra facultada para promover concursos públicos, en aras de satisfacer el interés público que le fue encargado.

Una vez expresado lo anterior, el contrato administrativo se celebra entre un ente público y un sujeto privado. En lo que interesa, una empresa farmacéutica para la consecución de un interés público y las necesidades de la colectividad.²¹ Asimismo, la figura contractual le permite a la Administración Pública cumplir con una función pública determinada.

Los contratos administrativos se caracterizan por la necesaria presencia de un ente u órgano público; además, se distinguen por el reconocimiento de potestades o prerrogativas propias e irrenunciables frente a los

²¹ Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 97.

administrados. El interés público, incorporado a un contrato administrativo, juega un papel esencial y autónomo como criterio sustantivo de interpretación.

El autor Hidalgo Cuadra se refiere al contrato administrativo, como “[...] una de las formas por las cuales se lleva adelante la función administrativa y debe existir norma previa que la habilite”.²² En este sentido, agrega que “El contrato administrativo es tal en la de que es medio para llevar adelante una función administrativa por la que se tutela el interés público”.²³

Al respecto, la Procuraduría General de la República, en su opinión jurídica OJ-083-2004 del 5 de julio de 2004 sostuvo lo que se detalla de seguido:

*“El contrato es una de las fuentes de las obligaciones a cargo de la Administración. Como tal compromete los recursos públicos. De allí la importancia de seleccionar la mejor oferta. La sola presencia de fondos públicos justifica que la contratación administrativa presente diversas especificidades en relación con la contratación privada. Una de ellas está determinada por la ausencia de libertad de la Administración para contratar. La contratación está sujeta a un procedimiento [...] **El contrato es instrumental a la Administración, en tanto es el mecanismo que le permite obtener los bienes y servicios necesarios para el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas y la prestación de los servicios públicos a su cargo, en suma la satisfacción del interés general.** Por ello, el ordenamiento*

²² Ronald Hidalgo Cuadra, Reflexiones sobre el concepto de contrato administrativo, (San José, Costa Rica: Revista de Derecho Público No. 3, 2006) 36.

²³ Ronald Hidalgo Cuadra, *op. cit.* 52.

impone a la Administración seleccionar la oferta que permita en mejor forma la satisfacción de ese interés general.” (Se aporta subrayado).

Asimismo, en la No. 58 de las nueve horas cincuenta minutos del veintisiete de mayo de 2005, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial, determinó al contrato administrativo como: “[...] es un acto de colaboración voluntaria con la Administración Pública, destinado a satisfacer funciones esenciales del Estado, es decir, fines públicos; disfrutando la Administración de prerrogativas que se concretan en facultades de dirección, modificación, resolución, ejecución entre otros, llamados en doctrina como “cláusulas exorbitantes”, y que se fundan o motivan fundadas en ese interés público a tutelar”.

Más actualmente, la Sección IV del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en su sentencia No. 27 de las catorce horas del siete de marzo de dos mil dieciséis, dispuso lo siguiente:

“V.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN

ADMINISTRATIVA: *La Administración Pública emplea diversos medios para el cumplimiento de los fines públicos, que no se agotan en las meras actuaciones materiales o en actos administrativos formales, en tanto que también recurre al mecanismo de la contratación administrativa, en la cual, se pacta el cumplimiento de un objeto con un contratista, como sujeto colaborador del logro del interés público buscado. Además, como instrumento para la adquisición de los bienes y servicios que requiere la Administración para su funcionamiento [...] Es así como el contrato administrativo está condicionado en su origen, evolución y finalización al ordenamiento*

propio que rige la materia y la contratación en específico. En este sentido, el acto de voluntad, libre y soberano del contratista, queda filtrado por el ordenamiento jurídico administrativo, y fundamentalmente por la reglamentación de la contratación, sea el cartel o pliego de condiciones, base de la misma. Si bien la doctrina ha oscilado en una discusión sobre si debe ser considerado un acto complejo o una modalidad de contratación, incluso viéndola como una especie de promesa unilateral aceptada, la discusión aun cuando es interesante desde el plano académico, resulta intrascendente para la resolución de la litis que ahora nos ocupa. El ordinal 182 de la Constitución Política [...] De conformidad con dicha norma, la Administración Pública para alcanzar los fines establecidos en el ordenamiento jurídico y con el propósito de satisfacer de modo eficiente y oportuno sus requerimientos, habrá de acudir a los procedimientos de contratación administrativa con el fin de seleccionar la oferta que mejor se adecue a las necesidades públicas.”

Por lo tanto, el contrato administrativo es un instrumento que utiliza la Administración Pública para realizar no pocas de sus actividades, en aras de satisfacer el interés público, en ejercicio de su función administrativo.

Tanto la doctrina internacional como nacional, concuerdan que el contrato administrativo es un mecanismo que permite a la Administración Pública obtener bienes y servicios, para así satisfacer el interés general.

Sin perjuicio de lo anterior, pese a que en la doctrina internacional surgen dos vertientes (tradicional y contemporánea), en Costa Rica se adopta la tesis tradicional; pues de acuerdo con el artículo 66 de la Ley General de la

Administración Pública, a la Administración Pública no le es permitido renunciar a sus potestades de imperio. De hecho, como se estudiará más adelante, los contratos suscritos con entidades públicas se caracterizan por la presencia de cláusulas exorbitantes, de manera que la contratante se encuentra por encima de la contratista.

Entendido lo anterior, el contrato administrativo permite a la Administración Pública obtener bienes, productos o servicios, sea de un particular –incluso de otra entidad–, con los que el Estado no cuenta.

Es decir, la figura se emplea cuando las instituciones públicas no producen un bien, no brindan un servicio, o bien, no disponen de los medios (entiéndase equipos, maquinaria, tecnología, entre otros), para cumplir con su principal objetivo: satisfacer las necesidades públicas.

A.3.- De los elementos esenciales de los contratos administrativos

Al igual que los actos administrativos, los contratos de naturaleza pública se caracterizan por contener elementos esenciales.

Por ello, una vez sostenidas las nociones generales del concepto del contrato administrativo, se considera pertinente puntualizar, de manera detallada cuáles son los elementos esenciales que lo componen. Véase:

De acuerdo con Miguel Ángel Berçaitz el contrato administrativo contempla seis elementos esenciales; de acuerdo con su categorización,

de seguido se detallarán sus componentes y según el sistema costarricense:

1.- Sujetos: son las partes del contrato administrativo. Los sujetos de los contratos administrativos, como se verá inmediatamente, son la Administración Pública y los particulares²⁴ –incluso otra entidad pública–.

Por un lado, perceptiblemente, uno de los sujetos es la Administración Pública. Según el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, la Administración Pública será entendida como “[...] Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Poder Legislativo, Tribunal Supremo de Elecciones, Contraloría General de la República, Defensoría de los Habitantes, instituciones descentralizadas, municipalidades, entes públicos no estatales y empresas públicas”.

De igual forma, los principios de la contratación administrativa, también le serán aplicables a toda persona, ya sea física o jurídica, de naturaleza privada cuando utilicen parcial o totalmente recursos públicos.

Por otro lado, se encuentra el “co-contratante”, el cual puede ser un particular u otro órgano administrativo del Estado.²⁵ En otras palabras, contratista es toda aquella persona física o jurídica, quien tiene como objetivo celebrar un contrato con la Administración Pública.²⁶

En igual sentido, el artículo 16 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece, en lo que interesa, que “Sólo podrán contratar

²⁴ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998) 346.

²⁵ Miguel Angel Berçaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, (Buenos Aires Editorial De Palma, 1980) 261.

²⁶ Omar Franco Gutiérrez, *op. cit.* P. 59.

con la Administración las personas físicas o jurídicas que cuenten con plena capacidad de actuar [...] y que demuestren su idoneidad legal, técnica y financiera, según el objeto a contratar”.

Asimismo, cabe destacar que según el artículo 19 de la Ley de Contratación Administrativo, el sujeto privado no puede encontrarse cubierto por el régimen de prohibiciones establecido en los numerales 22 y 22 bis de la LCA.

De igual forma, tampoco pueden inhabilitarse para contratar con la Administración, por habersele sancionado en aplicación de lo dispuesto en los artículos 100 y 100 bis de la Ley de Contratación Administrativa. Ni mucho menos, pueden encontrarse inhabilitados para el ejercicio del comercio, o bien, se encuentren en estado de quiebra o insolvencia.

En suma, los siguientes pueden ser sujetos de la contratación administrativa: las personas físicas, las personas jurídicas privadas, las personas jurídicas públicas, estatales o no estatales²⁷, siempre y cuando utilicen, de manera parcial o total, fondos públicos.

2.- Consentimiento: el consentimiento resulta esencial en cualquier contrato y, por ende, indispensablemente, debe existir un acuerdo de voluntades. El consentimiento de la Administración Pública, como expresión de su voluntad, se encuentra sometido al Derecho Público, de manera que toda actuación jurídica-administrativa es formal.

El artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece al cartel como el reglamento específico de la contratación

²⁷ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998) 346.

administrativa. Es más, la Contraloría General de la República ha interpretado al cartel como manifestación de la voluntad de la Administración Pública; así se refleja en su resolución No. R-DCA-111-2012 del 5 de marzo de 2012:

“[...] Al respecto, debe considerarse en primer término que la voluntad de la Administración se manifiesta expresamente en cada una de las cláusulas cartelarias y esta voluntad de contratar, se ajusta a principios como seguridad jurídica y legalidad cartelaria, en la medida que son las reglas fijadas en el cartel las que la Administración debe observar en todas las ofertas durante la evaluación, respetando también el principio de igualdad”.

En el mismo sentido, la Contraloría General de la República, en su resolución No. R-DCA-203-2015 del 11 de marzo de 2015, sostuvo que:

“[...] la actuación de la Administración dentro de un procedimiento de contratación, además de sujetarse al bloque de legalidad, necesariamente debe encontrarse inspirada y respaldada en el propio cartel de la contratación, que constituye el documento que recoge la expresión de su voluntad en punto a los requerimientos cartelarios, sobre la base de criterios objetivos y preestablecidos para el conocimiento de los oferentes, e íntegramente ligado lo anterior con el principio de legalidad, en el entendido que el cartel es parte del ordenamiento jurídico, tal como lo señala expresamente el régimen jurídico de la contratación administrativa definido en el artículo 4 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Así las cosas, una condición cartelaria previamente definida y consolidada por la Administración, no puede simplemente ser

desatendida o interpretada de manera antojadiza o diferente a su letra expresa".

Asimismo, en cuanto al contratista, por disposición del artículo 61 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la oferta es la manifestación de voluntad del oferente –futuro contratista–, dirigida a la Administración, con el fin de celebrar un contrato con ella, según las estipulaciones cartelarias.

Más aún, de acuerdo con el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en su párrafo segundo, dispone que: *“La sola presentación de la oferta, se entenderá como una manifestación inequívoca de la voluntad del oferente de contratar con pleno sometimiento a las condiciones cartelarias, disposiciones legales y reglamentarias vigentes. La sumisión operará de pleno derecho, e implicará la incorporación dentro del contenido de la relación contractual de las normas constitucionales, de la Ley de Contratación Administrativa, el presente Reglamento, el Reglamento Institucional y el cartel”*.

En otras palabras, la oferta se constituye en una manifestación de voluntad por parte del oferente, de su deseo de contratar con la Administración Pública, apegándose a los requerimientos cartelarios. Así lo ha interpretado la Contraloría General de la República, entre otros, en su oficio 0354 (DJ-1420-2010) del 19 de abril de 2010:

“En relación con la oferta, este órgano contralor ha sostenido que ésta se constituye como la manifestación de un sujeto interesado en contratar con el Estado bajo las condiciones que éste define en su cartel y en cuyo cuerpo deben constar las especificaciones concretas de lo que se ofrece como reflejo del ánimo y voluntad de contratar”.

La voluntad para contratar, por parte de la Administración Pública, se refleja en el cartel de la contratación administrativa; mientras que la voluntad del contratista se halla contenida en la oferta; por lo tanto, con su presentación se supone el consentimiento de contratar con la entidad pública.

3.- Objeto: cuando se habla de objeto, este se relaciona directamente con el contenido propio de la obligación²⁸. Según Dromi, con ello el objeto del contrato es “[...] la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes. El objeto del contrato, en otro término, es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes”.²⁹

El objeto del contrato debe estar plenamente identificado y, además, debe ser cierto, posible, lícito y moral. Por ello, el artículo 8 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone la obligatoriedad de la Administración Pública, en su decisión administrativa que da inicio al procedimiento de contratación administrativa de describir el objeto, las especificaciones técnicas y las características de los bienes, obras o servicios que se requieran.

4.- Causa: lo cierto es que todos los contratos tienen causas y los administrativos no son la excepción a esa regla.

En materia de contratación administrativa, la causa se considera el motivo por el cual las partes deciden celebrar el contrato. Pese a ello, la causa de la Administración Pública es diferente a la del contratista, este último es un

²⁸ Omar Franco Gutiérrez, *op. cit.* 304.

²⁹ Roberto Dromi, *op. cit.* 350.

sujeto privado con intereses particulares, mientras que el órgano público dirige sus actuaciones a la satisfacción de las necesidades generales.

Más aún, es la decisión inicial de contratar, o bien, la voluntad de la Administración Pública la que determina el nacimiento de los procedimientos de contratación administrativa.

En otras palabras, se entiende como el motivo de las partes contratantes, el cual funcionó como móvil para la suscripción del contrato, su ejecución contractual y, además, su cumplimiento a cabalidad.

Lo cierto es que, para el caso de la Administración podría pensarse que el motivo es la consecución del interés público, que por sí sola no alcanzaría llegar a satisfacer.

5.- Finalidad: se constituye en el fin último que persigue el contrato administrativo; es decir, la satisfacción del interés público.³⁰ Asimismo, la finalidad se encuentra estrechamente ligada al elemento esencial de la causa, toda vez que se halla implícito en el propio objeto.

En efecto, la finalidad explica el porqué del objeto y, por ende, se convierte en el motivo justificante de la emisión del acto administrativo. Además, dicho elemento puede estar expresamente determinado por la Administración, de lo contrario, todas las actuaciones administrativas se entienden dirigidas a la consecución del interés general.

³⁰ Miguel Ángel Berçaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, (Buenos Aires Editorial De Palma, 1980) 292.

En tesis de principio, la finalidad debe estar dada por ley, de manera que se condiciona a la actividad administrativa que desempeña la institución, la cual lleva a cabo el procedimiento concursal y su respectivo contrato.

Al respecto, el autor Miguel Ángel Berçaitz indicó lo que se transcribe a continuación: *“En tanto que la causa en el derecho administrativo es objetiva, la finalidad responde a un criterio subjetivo por su necesaria adecuación en cada caso a las necesidades colectivas y a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la emanación del acto o en la celebración del contrato [...]”*.³¹

En suma, la finalidad –como elemento esencial del contrato administrativo– refiere satisfacer una necesidad pública determinada.

6.- Forma: en cuanto a este aspecto, se considera necesario distinguir entre formalidades y forma. De acuerdo con Dromi: *“Las formalidades son los recaudos que han de observarse para la celebración del contrato. Pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación), al encuentro de ambas voluntades. La forma es uno de los elementos esenciales. Se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual”*.³²

En otras palabras, las formalidades son todos aquellos procedimientos, mediante los cuales se lleva a la contratación administrativa; mientras que la forma es el modo como se concreta la relación contractual.³³

³¹ Miguel Ángel Berçaitz, *op. cit.* P. 293.

³² Roberto Dromi, *op. cit.* P. 351.

³³ Miguel Ángel Berçaitz, *op. cit.* P. 261.

Al utilizar como base el ordenamiento jurídico que rige la materia de contratación administrativa y, además, en precedentes administrativos de la Contraloría General de la República; los elementos esenciales del contrato administrativo esbozados por el autor Miguel Ángel Bercaitz, se le puede agregar las siguientes características:

Mutabilidad: dentro de los principios constitucionales que rigen la actividad de contratación pública, se encuentra el principio de la mutabilidad del contrato, referido a que la administración cuenta con los poderes y las prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar (véase la resolución N° 998-98 de la Sala Constitucional).

Más aún, el ordenamiento jurídico costarricense, en su artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 de su Reglamento, dispone la facultad de la Administración Pública para modificar sus contratos en forma unilateral.

En ese sentido, el autor Roberto Dromi señala que la mutabilidad pública o *ius variandi*, es la competencia que tiene la Administración Pública “[...] para variar por sí lo establecido en el contrato, y alterar las prestaciones y condiciones de su cumplimiento [...] este principio es una condición exorbitante del derecho privado. No necesita ser incluido expresamente para que tenga plena existencia [...] El principio del *ius variandi* en los contratos administrativos tiende a lograr una más eficiente realización de la justicia distributiva, como consecuencia obligada por la finalidad de interés público que justifica su celebración”.³⁴

³⁴ Roberto Dromi, *Renegociación y Reconversión de los Contratos Públicos*, (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 1998) 22.

Al respecto, la Contraloría General de la República, en su oficio No. 07138 (DCA-1415) del 02 de junio de 2016, resalta lo que de seguido se transcribe:

“[...] una de las características que se identifican en los contratos administrativos, es la existencia de cláusulas exorbitantes, como lo es por ejemplo la posibilidad de modificación unilateral del contrato. Esta potestad, se constituye como una de las características típicas del contrato administrativo, en el tanto posibilita a la Administración, variar las cláusulas del contrato, en el ejercicio de sus potestades de imperio, para asegurar la satisfacción del fin público que pretende alcanzar el procedimiento de contratación desarrollado”.

En suma, la posibilidad de modificar el contrato se encuentra inmerso en los procesos de contratación administrativa, de manera que las condiciones inicialmente pactadas por parte de la institución contratante, podrían modificarse, en el tanto esta se origine como consecuencia directa de una necesidad en la satisfacción y el cumplimiento del interés general.

Régimen jurídico especial: por disposición del artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa y 4 de su Reglamento, la actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo.

Una vez dicho lo anterior, se tiene que el régimen jurídico de los contratos administrativos es diferente al que rige en la contratación privada. Si bien, en tesis de principio, el régimen jurídico aplicable de un particular es el

privado, lo cierto es que al participar en un proceso licitatorio, pasa a ser sujeto del régimen jurídico aplicable a la contratación administrativa.³⁵

Es decir, el particular que contrata con el Estado, en ese momento pierde la esfera de sujeto particular y, por ende, también la posibilidad de ser sometido a las normas que reglan los contratos privados. Con ello, se convierte en sujeto sometido al derecho público, en este caso a un régimen especial.³⁶

Intransferibilidad: el adjudicatario fue elegido por medio de un procedimiento de contratación administrativa, en virtud del principio de eficacia y eficiencia, el contratista no se encuentra facultado para ceder, unilateralmente, sus derechos y obligaciones, para con la Administración Pública.

Sin embargo, los numerales 36 de la Ley de Contratación Administrativa y 209 de su Reglamento, establecen la posibilidad del contratista de ceder sus derechos y obligaciones a terceros, siempre y cuando no se trate de una obligación personalísima.

Además, el contratista deberá solicitar autorización previa y expresa, la cual brindará la Administración contratante, mediante un acto administrativo debidamente razonado. En caso de que la cesión corresponda a más de un cincuenta por ciento (50 %) del objeto del contrato, se requerirá autorización previa de la Contraloría General de la República.

³⁵ Irene Jiménez Fonseca y Andrés Sancho Simoneau, *op. cit.* P. 27.

³⁶ Luis Mariano Villareal Salazar, *Los tipos abiertos en la contratación administrativa y la adquisición de tecnologías de información en el sector público*, (Tesis de licenciatura, en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2014) 29.

Claro está que el cesionario queda subrogado en todos los derechos y las obligaciones que corresponderían al cedente y, por ende, este último quedará libre de todas las obligaciones con la Administración. En todo caso, el cesionario no debe entrar en ninguna de las prohibiciones del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa.

En suma, el contrato administrativo posee una serie de elementos esenciales que, de manera gradual y sutil, permiten diferenciarlo con el contrato común.

A.4.- En cuanto a las diferencias entre el contrato administrativo y el contrato privado

Si bien los contratos administrativos se encuentran compuestos por elementos similares a los privados, lo cierto es que ambos tienen diferencias básicas.

Por ello, en este apartado se pretende exponer las principales diferencias entre el contrato administrativo y el contrato privado, de manera que se logre determinar un régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos.

Cabe destacar que dentro de los elementos esenciales esbozados con anterioridad, se debe subrayar la mutabilidad en la cual se destacan las potestades de imperio de la Administración Pública y, además, el régimen jurídico especial, aplicable a los contratos administrativos.

Así las cosas, de acuerdo con Ortiz Ortiz, todos los contratos administrativos se encuentran condicionados al ejercicio de las prerrogativas administrativas, al indicar que:

*“Todos los contratos de la Administración están condicionados al ejercicio de sus potestades irrenunciables de imperio, pero en los contratos privados el mismo es anormal y en los contratos administrativos es normal. En los primeros, la aparición de ese ejercicio es un evento contrario a la voluntad inicial del Estado, que pactó como si fuera un simple particular y sin hacer mención alguna de dichas potestades ni de otras posibilidades de conducta normales en su vida de relación; en los segundos, en cambio, el ejercicio de estas potestades es previsible y conforme con la posición especial asumida por el Estado desde un principio, mediante la estipulación de cláusulas exorbitantes y desuales en la contratación común, sin embargo, sólo en muy contadas ocasiones puede hablarse de cláusulas imposibles o ilícitas en el contrato común, porque y aquí viene lo puramente gradual la mayoría de las cláusulas exorbitantes podrían pactarse, sin dificultad legal alguna, entre particulares”.*³⁷

De lo anterior se deduce que todo contrato administrativo implica el ejercicio de las potestades de imperio de la Administración Pública contratante, las cuales son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles, por disposición del artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública.

En efecto, la potestad de imperio de la Administración se establece y, por ende, se ejerce en los contratos públicos celebrados por las instituciones

³⁷ Eduardo Ortiz Ortiz, *Tesis de Derecho Administrativo, Tomo III*, (San José, Costa Rica: Stradtman Editorial, 2002) 34.

estatales, la cual se refleja en la estipulación de cláusulas exorbitantes, contenidas tanto en el pliego de condiciones como en el contrato.

Asimismo, los contratos administrativos suponen una superioridad para el Estado frente al particular, de modo que se rompe la igualdad y, además, la inmutabilidad.³⁸ Como se adelantó, dentro de las prerrogativas de la Administración, se encuentra la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato.

Ante un contrato cuyas condiciones sean variables por voluntad de una sola de las partes, a todas luces, es distinto del común; sin embargo, puede seguir considerándose como un contrato.

Si bien las potestades de las partes contratantes se encuentran presentes, tanto en los contratos administrativos como en los contratos privados, lo cierto es que en los primeros, dicha característica deviene inherente a ellos. Como se mencionó, se trata de un elemento normal del contrato pactado por la Administración y, por ello, su aplicación no resulta excepcional, como sí lo sería en los contratos privados.³⁹

Dicho de otra forma, las potestades de las partes pueden darse en ambos contratos, pese a ello, su aplicación en los contratos públicos se presenta como un aspecto más dentro del procedimiento de contratación administrativa; mientras en los contratos privados dicha situación se presenta como anormal.⁴⁰

³⁸ Eduardo Ortiz Ortiz, *op. cit.* P. 35.

³⁹ Luis Mariano Villareal Salazar, *Los tipos abiertos en la contratación administrativa y la adquisición de tecnologías de información en el sector público*, (Tesis de licenciatura, en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2014) 33.

⁴⁰ Irene Jiménez Fonseca y Andrés Sancho Simoneau, *op. cit.* P. 30.

En este sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia 00894-F-S1-2011 de las nueve horas con quince minutos del 04 de agosto de 2011, se pronunció con respecto a las características distintivas de los contratos administrativos:

“III.- Los contratos de la Administración Pública se caracterizan por la necesaria presencia de un ente u órgano público y el reconocimiento de un régimen jurídico exorbitante del derecho común. Este último elemento determina que la Administración sea titular de una serie de potestades o prerrogativas frente a los administrados. En esta misma línea, el interés público, incorporado a un contrato administrativo, juega un papel esencial y autónomo como criterio sustantivo de interpretación. Concretamente, y en lo que se refiere a la ejecución contractual, es admitido que por causas vinculadas con ese interés público, la Administración pueda extinguir el contrato unilateralmente. Esto es así porque, más allá de la existencia de cláusulas exorbitantes expresas en el contrato, la Administración se encuentra situada –en orden al fin público que como cometido estatal persigue-, en una situación de preeminencia que la dota de prerrogativas o potestades propias e irrenunciables, las cuales son inherentes, como ya se dijo, a todo contrato administrativo, estén o no previstas en él.”

En consecuencia, más allá de la presencia notoria de las potestades de imperio de la Administración, el régimen jurídico es otra de las diferencias entre los contratos, toda vez que los contratos privados se rigen por la normativa civil y comercial; mientras los administrativos se rigen por la normativa del Derecho Público y la normativa especial de la contratación administrativa.

Así lo expone el autor Bartolomé Fiorini:

*“La diferencia fundamental se asienta, antes que en un objeto formalista, en el distinto régimen de normas que rigen. Podría decir que la diferencia se encuentra en las fuentes normativas; los contratos privados se rigen por el régimen jurídico encuadrado en los códigos sobre la materia civil o comercial. El régimen correspondiente a los contratos administrativos proviene de normas especiales creadas por el legislador o el mismo administrador (la Administración Pública)[...]”.*⁴¹

Bajo la misma óptica, el autor costarricense Eduardo Ortiz Ortiz estimó que: *“La calificación de un contrato como administrativo por su contenido o por su objetivo, determina la aplicación en bloque de un régimen jurídico especial, distinto del derecho común de los contratos, contenido en el CC. Este régimen regula tanto la formación como la ejecución y la extinción del contrato y se analiza estudiando los efectos del mismo”.*⁴²

Además, el mismo autor resalta lo siguiente: *“Dado el carácter normal de las potestades públicas en el contrato administrativo, su existencia se presenta como parte de un régimen completo con principio propios, que obliga a excluir el Derecho Común de los contratos y a aplicar otro distinto, que contiene también otras regulaciones de Derecho Público que no se aplican al contrato común”.*⁴³

Con todo, a diferencia de un contrato privado en la contratación administrativa existe una serie de elementos que trascienden el mero

⁴¹ Bartolomé Fiorini, *Manual de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial La Ley, 1986) 413.

⁴² Eduardo Ortiz Ortiz, *op. cit.* P. 52.

⁴³ Eduardo Ortiz Ortiz, *op. cit.* P. 51.

acuerdo de voluntades y, en palabras de Ortiz Ortiz, dichos aspectos condicionan su formación, ejecución y extinción.

Lo anterior, determina una diferencia incuestionable con respecto al contrato privado, donde los intereses particulares de las partes predominan; en tanto, en el caso de los contratos administrativos, el interés público reviste a todo contrato resultante.

Como se observa, el contrato administrativo está condicionado desde su origen, evolución y finalización al régimen jurídico especial que lo regula. En este sentido, el acto de voluntad, libre y soberano del contratista, queda limitado por el ordenamiento jurídico administrativo y, fundamentalmente, por la reglamentación de la contratación, sea el cartel o pliego de condiciones.⁴⁴

En suma, se podría realizar una distinción entre los contratos administrativos y los privados, de acuerdo con las siguientes características distintivas:

Sujeto: el criterio permite identificar un contrato administrativo, cuando uno de los sujetos es la Administración Pública, o bien, cuando una persona, ya sea física o jurídica, utilice parcial o totalmente recursos públicos.

Formalidad: ante la presencia de un procedimiento especial de contratación administrativa, se podría concluir que se está frente a un contrato de naturaleza pública.

Motivo y fin: si un contrato tiene como fin último la satisfacción del interés

⁴⁴ Véase sentencias: 0006 de las once horas del veintidós de enero de dos mil dieciséis y 00019 de las catorce horas del diecinueve de febrero de dos mil dieciséis, ambas de la Sección IV del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

público y, además, funciona como instrumento para la adquisición de los bienes y los servicios que requiere la Administración para su funcionamiento, se podría interpretar su naturaleza pública.

Potestades de imperio: si el contrato se encuentra condicionado al ejercicio de potestades irrenunciables de imperio de la Administración Pública, mediante la estipulación o no de cláusulas exorbitantes, se supone la presencia de un contrato de carácter público.

Régimen jurídico especial: en caso de que el régimen jurídico aplicable a la figura contractual sea el Derecho Administrativo, se presume la existencia de un contrato administrativa.

Cabe indicar que si bien las características distintivas mencionadas sirven para diferenciar un contrato administrativo de uno privado; lo cierto es que no todos los criterios deben coincidir para estar ante un contrato de uno u otro tipo.

Es más, como se ruega apreciar, los criterios indicados tampoco son determinantes en todos los casos. Es decir, se debe revisar el contrato de manera casuística; pues como se indicó, las características diferenciadoras no resultan precisas para todos los escenarios.

Sección B: Procedimiento de contratación administrativa

Como se estudiará, el procedimiento de contratación administrativa, se encuentra compuesto por fases, todas dependientes entre sí.

B.1.- Requisitos previos de la contratación administrativa

En primer término, la fase preparatoria, de acuerdo con Dromi (1998, p. 364), se constituye en aquella en donde se cumplen los presupuestos que jurídicamente tornan posible la manifestación de voluntad de la Administración Pública. Ella se da sin intervención ni participación de terceros; pues comprende los estudios de factibilidad física, jurídica, contable, financiera, económica y política del objeto contractual.⁴⁵

(i) De la planeación

En tesis de principio, la Administración goza de discrecionalidad para establecer cuáles son sus necesidades y la mejor forma de satisfacerlas. De manera previa a iniciar un procedimiento de contratación administrativa, cabe efectuar un análisis sobre cuáles son las necesidades institucionales. Para ello, resulta necesario contar con una justificación detallada, mediante la cual se demuestren motivos de índole social, económico y financiero, los cuales tengan como fin el satisfacer un interés público.⁴⁶

Consecuentemente, con ello se logra determinar el objeto contractual del concurso, cuyas contrataciones se deberán concretar con sujetos privados, en virtud de la insuficiencia de la propia Administración para suplirlas, así como cuáles necesidades pueden ser solventadas por sí

⁴⁵ Roberto Dromi, *op. cit.* P. 364.

⁴⁶ Irene Jiménez Fonseca y Andrés Sancho Simoneau, *op. cit.* P. 71.

mismas.⁴⁷

Una vez realizados los estudios necesarios, la Administración podrá iniciar con todas las actuaciones correspondientes, pasa así promover el concurso de contratación administrativa, destinado a satisfacer la necesidad que se desea solventar.

Así las cosas, de acuerdo con los artículos 6 de la Ley de Contratación Administrativa y 7 de su Reglamento, la Administración dará a conocer el Programa de Adquisiciones proyectado para ese año en el primer mes de cada período presupuestario.

Es más, existe una serie de aspectos mínimos los cuales debe contener dicho Programa y, además, tienen que ser publicados anualmente por diversos medios, ya sea en el Diario Oficial La Gaceta, dos periódicos de circulación nacional, Sistema de Compras Gubernamentales (como Compr@red, Mer-Link, Sistema Integrado de Compras Públicos).

Por disposición del artículo 7 del RLCA, el Programa de Adquisiciones, por lo menos, debe incluir la siguiente información:

- “a) Tipo de bien, servicio u obra por contratar.*
- b) Proyecto o programa dentro del cual se realizará la contratación.*
- c) Monto estimado de la compra.*
- d) Período estimado del inicio de los procedimientos de contratación.*
- e) Fuente de financiamiento.*
- f) Cualquier otra información complementaria que contribuya a la identificación del bien o servicio”.*

Lo anterior, sin perjuicio de que si posteriormente surge una necesidad

⁴⁷ *Idem.*

administrativa no contemplada, se incluya al Programa de Adquisiciones.

(ii) Decisión inicial y disponibilidad presupuestaria

El procedimiento de contratación administrativa debe iniciarse con el acto administrativo que así disponga promoverlo. En efecto, este debe ser emitido por el jerarca, o bien, el funcionario competente, de acuerdo con el artículo 7 de la LCA.⁴⁸

La resolución administrativa debe encontrarse debidamente motivada y, además, contener una descripción y estimación de la cuantía del negocio; es decir, del objeto contractual. Es más, también debe incluirse un cronograma de las tareas y los responsables de su ejecución.⁴⁹

Más aún, la resolución inicial debe ser una acción administrativa coherente y planificada. En otras palabras, debe ser congruente y consonante tanto con la planificación nacional e institucional respectiva como con el programa anual de adquisiciones de la entidad, así lo determina el párrafo tercero del artículo 7 de la LCA.

Al respecto, la Contraloría General de la República ha sostenido la necesidad de mejorar la planificación de las compras públicas y lo ha señalado como un reto pendiente del Sistema de Contratación Pública. Así lo refleja en su "Memoria Anual de 2008":

"La Administración en su conjunto requiere del sistema de adquisiciones para crear nuevos bienes y servicios públicos y para

⁴⁸ Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 237.

⁴⁹ Ernesto Jinesta Lobo, *Contratación Administrativa Tomo IV Tratado de Derecho Administrativo* (San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán, 2010) 237.

mejorar y mantener las capacidades requeridas para hacer más eficientes las operaciones existentes [...] resulta vital, de previo a iniciar cualquier procedimiento de contratación, determinar la necesidad pública que se desea atender y desarrollar la mejor forma de resolverla. Esta decisión deberá estar debidamente justificada en los planes de largo y mediano plazo de la entidad, el plan nacional de desarrollo, el plan anual operativo el presupuesto y el programa de adquisiciones institucional según corresponda. En términos concretos, el alcance, las especificaciones técnicas, el análisis de alternativas, la calidad, la estimación de costos y los estudios costo beneficio, entre otros, deben estar realizados por la unidad usuaria de previo al inicio del procedimiento. Para tal efecto la unidad usuaria debe coordinar lo pertinente con las unidades técnicas, legal y financiera según corresponda. Sin embargo, el hecho de que el proceso de planificación en la materia, no ha logrado insertarse como parte de la cultura institucional, ha originado que contratos millonarios deban ser abandonados ya sea en las fases de selección de los contratistas o incluso, aún más grave, durante la ejecución contractual, obligando a la Administración a realizar indemnizaciones por sumas millonarias, con el costo adicional de tener que llevar a cabo un nuevo proceso de compra y no haber logrado satisfacer la necesidad pública prevista. También es factible identificar Administraciones que por deficiencias en sus procesos de planificación, continúan con licitaciones de bienes o servicios que no se ajustan a su realidad actual por lo que, a pesar de recibir los objetos contratados, se ven obligadas a concursar nuevamente para poder ajustar aquellos bienes recibidos. Si a lo señalado se le suma que muchas veces esos proyectos llevan aparejados mecanismos de financiamiento que encarecen luego los costos por tener que abandonar un proceso de contratación, se

*evidencia un serio problema en el direccionamiento de los procesos de compras y proyectos en la Administración Pública, con un alto costo para el país. Lo anterior impone el reto de mejorar sustancialmente el proceso de planificación de las compras públicas. Se debe tener presente [...] que los contratos administrativos son tan solo una herramienta o instrumento por medio de los cuales se materializa la ejecución de la planificación y del presupuesto institucional, logrando con ello cumplir los fines del Estado. Por ello se puede afirmar que la elaboración de un contrato inicia con la planificación institucional de una entidad, materializada en sus planes y programas generales de gasto e inversión. Por ello, si las entidades y órganos nacionales logran mejorar sus procesos de planificación de la actividad contractual, podrán facilitar la consecución de sus objetivos estratégicos, podrán conseguir precios más competitivos, efectuar las compras de manera oportuna y ejecutar de una forma más transparente sus presupuestos”.*⁵⁰

Por su parte, en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en el artículo 8 se determina sobre el inicio de un procedimiento que se debe cumplir con una serie de requisitos, a saber:

“Decisión inicial. La decisión administrativa que da inicio al procedimiento de contratación será emitida por el Jefe de la Unidad solicitante o por el titular subordinado competente, de conformidad con las disposiciones internas de cada institución.

Esta decisión se adoptará una vez que la unidad usuaria, en coordinación con las respectivas unidades técnica, legal y financiera,

⁵⁰ Citado por Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 238.

según corresponda, haya acreditado, al menos, lo siguiente:

a) *Una justificación de la procedencia de la contratación, con indicación expresa de la necesidad a satisfacer, considerando para ello los planes de largo y mediano plazo, el Plan Nacional de Desarrollo, el Plan Anual Operativo, el presupuesto y el Programa de Adquisición Institucional, según corresponda.*

b) *La descripción del objeto, las especificaciones técnicas y características de los bienes, obras o servicios que se requieran, en caso de que puedan existir diferentes opciones técnicas para satisfacer la necesidad, acreditar las razones por las cuales se escoge una determinada solución, así como la indicación de la posibilidad de adjudicar parcialmente de acuerdo a la naturaleza del objeto. La Administración Central de manera obligatoria, y facultativamente las demás instituciones del Sector Público, utilizarán el catálogo de mercancías de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda.*

c) *Cuando corresponda por la naturaleza del objeto, los procedimientos de control de calidad que se aplicarán durante la ejecución del contrato y para la recepción de la obra, suministro o servicio.*

d) *La estimación actualizada del costo del objeto, de acuerdo con lo establecido en el presente Reglamento en cuanto a la estimación del negocio.*

e) *En las licitaciones públicas, salvo que por la naturaleza del objeto*

no resulte pertinente, deberá acreditarse la existencia de estudios que demuestren que los objetivos del proyecto de contratación serán alcanzados con una eficiencia y seguridad razonables. Para determinar la eficiencia, se valorará el costo beneficio de modo que se dé la aplicación más conveniente de los recursos asignados.

La seguridad razonable será determinada una vez considerados los riesgos asociados de la contratación, y éstos sean analizados y evaluados para adoptar las medidas pertinentes de administración de riesgos, según lo dispone la Ley General de Control Interno.

f) Indicación expresa de los recursos humanos y materiales de que dispone o llegará a disponer para verificar la correcta ejecución del objeto del contrato. En la etapa de definición de especificaciones técnicas, selección y ejecución contractual deberá participar la unidad usuaria de la Administración que formuló el requerimiento.

g) La designación de un encargado general del contrato cuando, por la magnitud del negocio o porque así sea conveniente al interés público o institucional, tal designación resulte conveniente para la adecuada ejecución del contrato.

El funcionario competente valorará el cumplimiento de los anteriores requisitos, dispondrá la confección de un cronograma con tareas y responsables de su ejecución y velará por el debido cumplimiento del contrato que llegue a realizarse; e informará a la brevedad posible al adjudicatario, cualquier ajuste en los tiempos del cronograma o incumplimiento trascendente de éste, a fin de que se adopten las medidas pertinentes, de lo cual deberá mantener informado en todo

momento a la Proveduría Institucional”.

Con lo anterior, se destaca que el artículo de cita establece la necesidad de la concurrencia de una serie de requisitos, para así dar inicio a un procedimiento de contratación administrativa. De forma resumida, la decisión inicial debe incluir, al menos, con los aspectos: la justificación de la procedencia de la contratación, la descripción del objeto, la estimación del negocio, la disponibilidad presupuestaria, la especificación de los requerimientos, la designación del encargado general del concurso y la fiscalización de la contratación.

Una vez determinado lo anterior, desde el inicio del procedimiento de contratación administrativa, debe existir un respaldo suficiente para así enfrentar las eventuales erogaciones contractuales. Para tal efecto, resulta necesario certificar el contenido presupuestario de la entidad.⁵¹

Así, los artículos 8 de la Ley de Contratación y 9 de su Reglamento contienen dos preceptos, los cuales la Administración debe valorar al momento de iniciar un procedimiento de contratación administrativa.

El primero se refiere al caso que la ejecución del contrato se prolongue durante varios períodos presupuestarios, de manera que la Administración debe adoptar las previsiones necesarias para garantizar el pago efectivo de las obligaciones contraídas, asegurar la ejecución del contrato y, por ende, evitar cualquier incumplimiento que lesione el interés público.⁵² Es decir, la entidad pública se encuentra en la obligación de efectuar las reservas presupuestarias, para efectos de asegurar el cumplimiento de sus

⁵¹ Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 239.

⁵² *Idem.*

pagos.⁵³

El segundo se refiere a aquellos casos excepcionales, a criterio de la Administración, en donde es necesario atender una necesidad muy calificada. La entidad pública debe solicitar la aprobación a la Contraloría General de la República, para iniciar un procedimiento de contratación administrativa, sin contar con la disponibilidad presupuestaria, siempre y cuando se comprometa a contar oportunamente con los fondos necesarios.

De igual forma, el ente deberá así advertirlo en el cartel, o bien, en el pliego de condiciones, de modo que la validez del contrato se encuentra condicionada a la existencia del contenido presupuestario.

Luego de la decisión inicial, en cumplimiento con el artículo 10 del RLCA, se trasladará a la Proveduría Institucional quien conducirá el procedimiento de contratación administrativa. El departamento encargado deberá verificar que se cuenta con los fondos suficientes para atender la erogación, determinar el procedimiento de contratación a seguir; establecer los controles necesarios para cumplir con el cronograma estándar de las tareas y plazos máximos previamente definidos; así como comunicar a cada uno de los funcionarios responsables sus tareas a realizar; elaborar, con la participación de las unidades usuaria, técnica, legal y financiera, según corresponda, el respectivo cartel; custodiar el expediente original y atender las consultas que la propia Administración o terceros formulen sobre el estado del procedimiento.

⁵³ Irene Jiménez Fonseca y Andrés Sancho Simoneau, *op. cit.* P. 76.

B.2.- De la selección del contratista

La formación del contrato administrativo remite a la fase esencial del concurso, en donde los actos de la Administración se encuentran dirigidos a manifestar su voluntad y la de los oferentes, pues se incluye la invitación a participar, el cartel **(i)**; las ofertas **(ii)**; y apertura, estudio y calificación de los oferentes **(iii)**.⁵⁴ Para un mejor entendimiento, se referirá a las tres por separado:

(i) Cartel

El cartel, también conocido como pliego de condiciones, es de gran relevancia en el procedimiento de contratación administrativa, tanto que este llega a integrar el contrato. Además, tal y como dispone el artículo 51 del RLCA, el cartel se constituye en el reglamento específico del concurso, toda vez que establece el objeto contractual, los pasos a seguir, las reglas para escoger la oferta más conveniente para las necesidades institucionales y el interés público y, entre otros, los derechos y las obligaciones a las cuales se someten las partes en la fase de ejecución.⁵⁵

A mayor abundamiento, de acuerdo con el artículo 51 del RLCA, el cartel es un conjunto de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar; adicionalmente, se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al respectivo procedimiento.

⁵⁴ Roberto Dromi, *op. cit.* Pp. 364 y 365.

⁵⁵ Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 275.

En palabras de Romero Pérez el cartel se encuentra compuesto por un conjunto de cláusulas redactadas por la Administración, en donde se especifica, de manera clara, suficiente, concreta, objetiva y amplia, tanto las condiciones del contrato como el procedimiento correspondiente.⁵⁶

En consecuencia, en el cartel se disponen las cláusulas, o bien, condiciones, de las cuales se generan derechos y deberes de las partes negociantes. Lo anterior, se refleja en la sentencia No. 1476 de las ocho horas con treinta minutos del 8 de diciembre de 2011 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

"El cartel, constituye el reglamento específico de la contratación, un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar. Viene a ser aquel conjunto de cláusulas que integran cada contratación, en él se fijan los elementos esenciales del negocio, entre ellos: el objeto concursal, descripción del bien o servicio por adquirir, fecha de recepción de ofertas, así como sus requisitos mínimos y vigencia, bases generales para la selección, documentación a presentar, forma de cotización, plazo de entrega, forma de pago, entre otras. Cabe destacar, que el contenido básico de un cartel muta constantemente según las necesidades que cada contratación pretenda satisfacer. Tiene carácter reglamentario, debido a que contiene una serie de normas de acatamiento obligatorio y es el instrumento básico del procedimiento de selección del contratista público, llegando a constituir el verdadero reglamento específico de la contratación, tanto de los trámites por seguir como de las condiciones contenidas en éstos. Es ley entre las partes, porque es un documento jurídico

⁵⁶ Jorge Enrique, Romero Pérez. *Derecho administrativo especial: contratación administrativa*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia (EUNED), 2002.

elaborado por la Administración contratante, el cual se configura en la norma específica que regulará el futuro contrato. Es también fuente de interpretación, ya que en el cartel quedan establecidas las cláusulas o condiciones creadoras de derechos y deberes de las partes."

En otras palabras, al amparo del artículo 51 del RLCA el cartel constituye el reglamento específico de la contratación, respecto al cual se establecen las pautas o las condiciones a seguir, por todas las partes involucradas, no solo en la selección del adjudicatario, sino en la ejecución misma de la contratación.

No se debe dejar de lado que el pliego de condiciones siempre debe permitir la libre concurrencia y la igualdad entre los participantes, de modo que se evite cualquier restricción arbitraria, ya sea técnica o jurídica no indispensable, la cual ponga en riesgo los principios de la contratación administrativa. Es decir, conforme a tales parámetros de legalidad, no deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes.

De hecho, cabe indicar que los posibles participantes pueden coadyuvar, de manera indirecta, a la elaboración del cartel mediante el recurso de objeción contra el pliego de condiciones. También, por disposición del inciso b) del artículo 42 de la LCA, la Administración podrá celebrar audiencias con oferentes potenciales, en aras de recibir observaciones que permitan la más adecuada elaboración del pliego de condiciones; para ello, extenderá invitación pública y levantará un acta de las audiencias, todo lo cual deberá constar en el expediente. Sin embargo, tales propuestas no son vinculantes para la entidad pública.

En suma, como se indicó, el cartel constituye el reglamento específico de la contratación, como parámetro objetivo del concurso y con base en el cual se delimitará, tanto la selección del adjudicatario como la ejecución del objeto contractual, de acuerdo con los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad, entre otros. En fin, cuando el cartel se consolida, resulta de acatamiento obligatorio de todas las partes participantes en el concurso, sin que sea factible que en una etapa posterior se pretendan desaplicar disposiciones de su contenido en los cuales, mediante recurso de objeción, oportunamente no se demostró oposición alguna.

(ii) Oferta

En aplicación del principio de eficiencia, dispuesto en el inciso a) del artículo 4 del RLCA, todo procedimiento debe encontrarse dirigido a la selección de la oferta más conveniente para el interés público e institucional, a partir de un correcto uso de los recursos públicos.

El artículo 61 del RLCA establece el concepto de oferta, el cual debe entenderse como “[...] *manifestación de voluntad del participante, dirigida a la Administración, a fin de celebrar un contrato con ella, conforme a las estipulaciones cartelarias*”.

Ahora bien, la oferta es la proposición firme y completa de un contrato. Es decir, la manifestación de voluntad dirigida a la entidad pública, en donde se expresa la idea de concluir un contrato con ella.⁵⁷

⁵⁷ Eduardo Ortiz Ortiz, *Tesis de Derecho Administrativo, Tomo III*, (San José, Costa Rica: Stradtman Editorial, 2002) 70.

En palabras de Jinema Lobo, la oferta es la manifestación de voluntad de un participante de un concurso, la cual debe adecuarse a las estipulaciones cartelarias; además, se dirige a la Administración interesada en contratar, con el objetivo de celebrar un contrato administrativo.⁵⁸

De igual forma, el artículo 20 de la LCA, expresamente establece que: *“Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato”*.

Al respecto, la Contraloría General de la República, en su resolución No. R-DCA-606-2016 de las diez horas con veintiún minutos del dieciocho de julio de dos mil dieciséis, señaló lo siguiente:

“[...] partiendo de que la oferta constituye la manifestación de voluntad del oferente dirigida a la Administración a fin de celebrar un contrato con ella conforme a las estipulaciones del cartel –artículo 61 RLCA-, y de que “los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato” –artículo 20 LCA-, ya que durante el curso del procedimiento de contratación es que se aporta tal documentación por parte del ahora adjudicatario con la cual se respalda la característica técnica requerida”.

⁵⁸ Ernesto Jinema Lobo, *op. cit.* P. 293.

Igualmente, según Ortiz Ortiz, la oferta se presenta como un acto unilateral, inicial, completo y firme. Para una mayor claridad, se referirá a cada una por separado:

- Unilateral, aunque provenga de varias personas, debe ser expresión de un único interés. Es decir, la oferta define la posición del oferente, el cual se entiende como el deseo de resultar adjudicatario del concurso y, por ende, contratar con la Administración.
- Inicial, pues es la primera manifestación de voluntad del participante de contratar con la Administración.
- Completa, en virtud de que debe contener lo necesario para la configuración del contrato y su contenido, de ser aceptada. En otras palabras, se trata de proponer lo esencial, de manera que le permita a la Administración conocer con certeza la intención negociar del oferente.
- Firme, toda vez que manifiesta la voluntad del oferente de obligarse, libre de reservas ni condiciones, a las especificaciones contractuales.

El oferente se encuentra obligado a describir, de manera completa y detallada, las características del objeto y cotizándolo con un precio firme y definitivo, por disposición del artículo 54 del RLCA.⁵⁹

En otro orden de ideas, la normativa aplicable a la contratación administrativa, permite presentar ofertas en diferentes modalidades. Entre ellas, la presentación de una oferta base con una alternativa, ofertas en conjunto y en consorcio, siempre y cuando el cartel lo permita.

De acuerdo con el artículo 70 del RLCA, la oferta base es una propuesta

⁵⁹ Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 296.

distinta a la definida en el cartel, siempre respetando el eje esencial del objeto y la necesidad a satisfacer, la cual puede ser conveniente y oportuna para la entidad.

El artículo 39 de la LCA, la Administración podrá autorizar la participación de oferente en el pliego de condiciones, de manera conjunta, cuando por la naturaleza del bien o el servicio, sea posible y conveniente para el interés público.⁶⁰

En las ofertas presentadas en conjunto –ya sea por dos o más personas (físicas o jurídicas)– los oferentes deberán delimitar lo más claro posible las responsabilidades de cada uno de los oferentes, donde existe una obligación solidaria de todos los interesados; por lo tanto, la Administración podrá pedirle a cualquiera de los oferentes el cumplimiento del contrato o en caso que no se logre, la indemnización por los daños y los perjuicios.⁶¹

En las ofertas en consorcio, cualquier empresa o persona en ejercicio de la libertad de comercio que tutela el numeral 46 constitucional, puede asociarse con otros para cumplir a cabalidad con el requerimiento cartelario. Por disposición del artículo 72 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, dos o más empresas pueden ofertar con el propósito de cumplir o reunir requisitos cartelarios.

El mecanismo de oferta en consorcio, debe ser advertido en la propuesta de manera expresa; además, cabe indicar el nombre, las calidades y el

⁶⁰ Ernesto Jinesta Lobo, *Contratación Administrativa Tomo IV Tratado de Derecho Administrativo* (San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán, 2010) 304.

⁶¹ Irene Jiménez Fonseca & Andrés Sancho Simoneau, *La modalidad de entrega según demanda y la contratación pública electrónica en el régimen de contratación administrativa costarricense*, (Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2011) 90.

representante de cada una de las empresas que conforman el consorcio, siempre y cuando se presente documentación de respaldo. Igualmente, es importante señalar que en el cartel se podrá solicitar que los oferentes actúen bajo una misma representación.

Por otro lado, para efecto de los procedimientos es suficiente que una sola de las empresas consorciadas haya sido invitada, con el fin de que el grupo pueda participar. De igual forma, el cartel puede exigir las condiciones de capacidad y solvencia técnica y financiera para cada uno de los miembros del consorcio, sin perjuicio de que para cumplir ciertos requisitos se admita la sumatoria de elementos. Por dicho motivo, el cartel debe indicar con toda precisión cuáles requisitos deben ser cumplidos por todos los integrantes y cuáles por el consorcio.

De acuerdo con el artículo 38 de la Ley de Contratación Administrativa, para utilizar el mecanismo de ofertas en consorcio, resulta necesario acreditar ante la Administración, la existencia de un acuerdo de consorcio. Dicho acuerdo debe contener al menos, las obligaciones entre las partes firmantes y los términos de su relación con la Administración que licita.

Para la Contraloría General de la República, el acuerdo consorcial se constituye en un documento de naturaleza contractual y privada, en donde dos o más personas físicas, o bien, jurídicas, convienen unirse para participar en una determinada contratación administrativa; así lo contempla la resolución No. RC-166-2001 de las dieciséis horas del 27 de marzo de 2001:

“[...] el acuerdo consorcial consiste en un contrato privado mediante el cual una, dos o más empresas, o personas físicas, o de ambas,

deciden unir sus intereses para participar de manera unívoca (consorcial) en un determinado concurso o en varios a la vez; [...]”.

En una línea similar, la CGR en resolución No. DAGJ-1173-2002 en lo que interesa expuso: “[...] *El Consorcio es una forma de asociación permitida por la Ley, para presentar ofertas en procedimientos de contratación administrativa [...], se permite que los participantes combinen fortalezas técnicas, logísticas o financieras, con la seguridad para la Administración de que el régimen de responsabilidad solidaria cubre las actuaciones de las partes [...]*”.

(iii) Apertura, estudio y calificación de las ofertas

Ahora bien, en el mismo cartel del concurso indicará el día, la hora límite y la dirección, para presentar las ofertas y las garantías de participación. Una vez concluido el plazo de recepción de ofertas, de acuerdo con el artículo 78 del RLCA, sigue un acto formal de apertura de las plicas.⁶²

Es necesario comunicar, a cada uno de los oferentes, la apertura de ofertas. En dicho acto, el funcionario encargado procederá a abrir las propuestas en presencia de los asistentes y, para ello, levantará un acta donde hará constar sus datos generales, así como cualquier incidencia relevante del acto.

Inmediatamente después de abiertas las plicas, los oferentes o sus representantes legales se encuentra facultados para revisar las demás ofertas, donde hacen constar sus observaciones en el acta, sin que sea necesario resolverlas. Durante ese acto, las preguntas y los reclamos que

⁶² Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 305.

dirijan, sí deben considerarse dentro del estudio de ofertas.⁶³

Una vez celebrada la apertura de las ofertas, inicia el trámite de subsanación, para ello se goza de un plazo de cinco días hábiles para subsanar los defectos. La prevención realizada, por parte de la Administración, podrá ser de oficio, a instancia de otro oferente o del participante interesado.⁶⁴

Cabe destacar que si el oferente no atiende en forma oportuna la prevención de subsanar o aclarar, la Administración procederá a descalificarlo, siempre que la naturaleza del defecto lo amerite y, después, a ejecutar –previa audiencia– la garantía de participación.

Tramitada la etapa de corrección o aclaración de aspectos subsanables, la Administración realiza el estudio de las ofertas, para ello se apegará a los parámetros dispuestos en el cartel y al régimen jurídico que regula la contratación administrativa. Las ofertas que incumplan con aspectos esenciales del pliego de condiciones, o bien, resulten sustancialmente disconformes con la normativa, se excluirán del concurso por disposición del artículo 83 del RLCA.

En aras de facilitar el estudio y la valoración de las ofertas, el órgano encargado deberá elaborar un cuadro comparativo de análisis de las ofertas según su ajuste a las especificaciones del cartel y sus características más importantes, el cual formará parte del expediente respectivo.

Superada la etapa de estudio y análisis de las ofertas, la Administración entrará a calificar todas las ofertas elegibles; es decir, las que cumplan con

⁶³ Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 305.

⁶⁴ Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 300.

las especificaciones cartelarias y, además, sean sustancialmente conformes con el ordenamiento jurídico, todo ello según el sistema de evaluación determinado en el cartel. El oferente que resulte con la mayor calificación será considerado el más conveniente.⁶⁵

B.3.- Perfección y formalización del contrato administrativo

Por último, la perfección y la formalización del contrato administrativo se constituyen en una fase integrativa, la cual da lugar a la manifestación de voluntad de ambas partes y su exteriorización en un contrato.⁶⁶

La fase de adjudicación se inicia una vez se concluye de calificar las ofertas.⁶⁷ En consecuencia, la etapa de perfeccionamiento del contrato administrativo, se encuentra determinada por el acto firme de adjudicación –el cual se establece en el cierre del procedimiento de contratación administrativa– y la constitución de la garantía de cumplimiento, en los casos en donde se exija.

En general, el acto de adjudicación debe ser dictado dentro del plazo máximo previsto en el cartel, el cual no podrá ser superior al doble del otorgado, para la recepción de ofertas, esto incluye las prórrogas conferidas. La comunicación se realizará por los mismos medios en que se cursó la invitación.

En efecto, la adjudicación es el acto administrativo por el cual la entidad pública determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa para el interés público, así concluye el procedimiento de

⁶⁵ Ernesto Jinesta Lobo, *loc. cit.*

⁶⁶ Roberto Dromi, *op. cit.* P. 365.

⁶⁷ *Idem.* P. 387.

contratación administrativa.⁶⁸

En palabras de Jinesta Lobo: *"La adjudicación es el acto administrativo de voluntad unilateral por el que se le pone término normal al procedimiento respectivo de contratación, a través del cual uno de los oferentes elegibles es seleccionado por la administración pública como la contraparte del contrato administrativo para que asuma su ejecución cabal e íntegra y, en general, el cumplimiento de su objeto, dado que, formuló la oferta más conveniente para el interés público"*.⁶⁹

Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia No. 903 de las nueve horas con treinta minutos del once de agosto de dos mil once:

*"[...] la adjudicación se debe concebir como aquel acto administrativo unilateral, por el cual, la Administración finaliza, dentro del curso normal, el procedimiento respectivo de contratación, mediante la selección de uno de los oferentes elegibles para que asuma la ejecución del contrato administrativo correspondiente. Se entiende, que la Administración contratante elige la oferta más conveniente a los intereses públicos. La adjudicación surge a la vida jurídica, después de la valoración, estudio y calificación de las ofertas elegibles y en consecuencia, emerge un contrato administrativo **válido** por encontrarse este conforme al ordenamiento jurídico (teoría del artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa y 188 del actual Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). Debe entenderse en este apartado, que el acto de adjudicación es unilateral, puesto que la propia administración es la obligada a*

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Ernesto Jinesta Lobo, *loc. cit.*

brindarla, después de valorar las ofertas existentes; por tal motivo, dicha aprobación se configura como el consentimiento que otorga la Administración para que surja el contrato administrativo. Ahora bien, el acto firme de adjudicación y el otorgamiento de la garantía de cumplimiento, cuando sea exigida, perfeccionará la relación contractual entre la Administración y el contratista. En síntesis, la decisión de adjudicación, es el acto de voluntad de la Administración, que determina cuál de las ofertas presentadas es la más ventajosa, con lo cual el vínculo jurídico queda perfeccionado y tanto la Administración como el particular, pueden esperar consecuencias jurídicas por ese acto. El contrato es válido cuando el convenio fue creado o propuesto por un órgano o ente competente, y cuando en la creación de aquél, se siguió el procedimiento reglado para ello, con respeto a las prescripciones limitativas y de fondo previstas en la materia".

Aunado a lo anterior, al ser la adjudicación un acto administrativo, cabe resaltar que al ser una declaración unilateral de voluntad de la Administración, realizada en el ejercicio de su función administrativa y, por ende, produce efectos jurídicos en forma concreta, este debe comprender el motivo y el contenido.

La motivación hace referencia al razonamiento que justifica la decisión de la Administración; es decir, es la declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la entidad pública al dictado o emanación del acto administrativo.⁷⁰

El contenido del acto administrativo consiste en una declaración

⁷⁰ Véase Voto No. 18472-06 de las diez horas con cincuenta y tres minutos del 22 de diciembre de 2006 de la Sala Constitucional.

productora de efectos jurídicos, la cual suele expresarse en la parte dispositiva de las resoluciones administrativas.⁷¹

Si se enfoca lo descrito en la materia en estudio, el motivo de un acto de adjudicación serían todas las razones o justificaciones por las cuales la entidad licitante decide adjudicar un procedimiento de contratación administrativa a un determinado oferente; el contenido sería la selección y el otorgamiento del contrato a ese oferente.

La adjudicación se constituye en un acto administrativo reglado, por ello, le resulta aplicable el artículo 131 de la LGAP. El acto final del procedimiento de contratación administrativa debe, necesariamente, dictarse, si se consideran todas aquellas normas establecidas en el reglamento específico de la contratación.

En ese sentido, apunta: “[...] los actos administrativos se clasifican en dos categorías: el acto obligatorio, reglado o vinculado, y el acto discrecional. El primero es el acto que constituye la mera ejecución de la ley, el cumplimiento de una obligación que la norma impone a la Administración cuando se han realizado determinadas condiciones de hecho [...] Por el contrario, el acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la Administración un poder de libre apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o en fin qué contenido va a dar a su actuación”.⁷²

Pese a ello, se considera oportuno aclarar lo siguiente: la emisión de un

⁷¹ Santamaría Pastor Juan Alfonso, *Principios De Derecho Administrativo General II*, 2nd ed., vol. II (Madrid: Iustel, 2009) 125.

⁷² Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, (México: Editorial Porrúa, 1996) 231 y 232

acto final de adjudicación, implica un cierto grado de discrecionalidad por parte de la Administración, toda vez que no existe la obligatoriedad de adjudicar el objeto contractual a un determinado oferente. En ese sentido, el autor Roberto Dromi sostuvo que:

"La norma no determina la conducta administrativa a seguir, permitiéndole al órgano de la decisión apreciar la oportunidad y conveniencia del acto y las correspondencia entre el objeto requerido y las circunstancias de hecho ante las cuales debe operarse. Pero ello no habilita un proceder arbitrario lesivo de los derechos e intereses de oferentes y terceros. La decisión de adjudicación es discrecional en tanto puede optarse por una variedad de alternativas señaladas como marco decisional, pero ella debe ser siempre razonable, fundada y motivada. Entre esas alternativas figura la posibilidad de adjudicar la licitación a tal o cual oferta, o el rechazo de todas ellas por inconvenientes, pero siempre actuando conforme a un debido proceso de razonabilidad, investigando, comprobando, verificando apreciando y juzgando los motivos causantes de la decisión [...] Entendemos que la adjudicación es un acto discrecional que la autoridad encargada de juzgamiento de la licitación puede o no practicar, según razones de conveniencia y oportunidad debidamente justificadas (discrecionalidad no se confunde con arbitrio y la motivación es en este caso, esencial para la validez del acto administrativo). No existe, por tanto, obligatoriedad de atribuir necesariamente el objeto de la licitación a un licitante".⁷³

En suma, la adjudicación de un contrato administrativo presume la existencia de un previo concurso público, en donde un oferente o varios,

⁷³ Roberto Dromi, Licitación Pública II Edición, (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999) 433 y 435

se reputa adjudicatario y, posteriormente, contratista; cuya labor remite a la ejecución contractual, en cumplimiento del objeto contractual.

Como se observa, el procedimiento de contratación administrativa se encuentra compuesto por fases, dependientes entre sí. A manera de resumen, se podría indicar que en primer lugar, la Administración Pública, para iniciar un procedimiento de contratación administrativa, antes debe efectuar un análisis sobre cuáles son las necesidades institucionales.

Para cumplir con lo anterior, resulta necesario contar con una justificación detallada de índole social, económica, financiera y, además, que contenga la disponibilidad presupuestaria institucional.

A grandes rasgos, una vez que la Administración cuenta con una debida justificación para iniciar con el procedimiento de contratación administrativa, puede iniciar la redacción del cartel, donde se establecen las condiciones a seguir por todas las partes involucradas, no solo en la formular las ofertas, sino en el escogimiento del adjudicatario y la ejecución misma de la contratación.

Las empresas interesadas pueden proceder con la formulación de las ofertas, de acuerdo con las pautas constituidas en reglamento específico de la contratación administrativa y, posteriormente, presentar su oferta, en el lugar, la fecha y la hora indicados en el cartel.

En consecuencia, después de finalizar con el acto de la apertura de las ofertas, la Administración Pública puede empezar con el estudio técnico y legal de estas, para así proceder con la evaluación de los oferentes.

Así las cosas, al considerar la calificación de los oferentes, la Administración Pública procede a dictar un acto de adjudicación debidamente motivado, donde favorece a la empresa que mejor satisfaga las necesidades institucionales y, por supuesto, el interés general.

De seguido, la institución pública cuenta con un plazo para perfeccionar la relación contractual con el adjudicatario, de manera que se pueda proceder con la ejecución del objeto contractual.

Sección C: tipología de los contratos administrativos

En materia de contratos administrativo, de acuerdo con Jinesta Lobo, se distingue entre contratos de atribución y los de colaboración.

Los contratos de atribución consisten en brindarle al administrado una ventaja. A manera de ejemplo, la concesión de un bien de dominio público.⁷⁴ Con ellos, el fin inmediato es de carácter privado, de modo que el interés general se satisface en forma mediata o indirecta.

Mientras que en los de colaboración, el particular se obliga a realizar una determinada prestación en beneficio de la Administración Pública. En este caso, le compete al contratista satisfacer las necesidades de interés general; es decir, la actuación del administrado debe favorecer al ente público.⁷⁵

En el mismo sentido, en la actividad contractual de la Administración Pública, se distinguen entre contratos típicos y atípicos, los primeros se

⁷⁴ Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 102]

⁷⁵ Jinesta Lobo *op. cit.* P. 102.

encuentran legalmente establecidos; mientras que los segundos carecen de una regulación especial.⁷⁶

C.1.- Contratos administrativos típicos

Como se adelantó, los contratos típicos se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico, con un cierto grado de detalle.⁷⁷

Para efectos de esta investigación, se centrará en un contrato administrativo típico, al cual se referirá con detalle de seguido:

C.1.1.-Contrato de suministro de bienes

El suministro de bienes muebles es un contrato administrativo típico, mediante el cual la Administración Pública logra proveerse de elementos necesarios, en ejercicio de su función administrativa.⁷⁸

En ese sentido, en la doctrina se ha conceptualizado como: “[...] un haz de contratos instrumentales cuyo objeto sería proveer a la Administrativa de los productos, utensilios e incluso servicios relativos a dichos bienes, que necesita para el cumplimiento de sus funciones [...] es pues una figura compleja, no identificable en modo alguno con lo que en Derecho Civil se conoce por el mismo nombre, sino capaz de adoptar modalidades contractuales muy diferentes (compraventa, suministro en sentido civil, arrendamiento de servicios, incluso de obra pública, etc.), dentro de una común finalidad típicamente instrumental y referida siempre, en todo caso, a bienes muebles, que es el dato último de caracterización, lo cual, como

⁷⁶ Jinesta Lobo *op. cit.* P. 103.

⁷⁷ Santamaría Pastor Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General II*, 2nd ed., vol. II (Madrid: Iustel, 2009) 180.

⁷⁸ Roberto Dromi, *op. cit.* P. 475.

*bien se comprende tiene muy poco que ver con el tipo contractual definido [...]”.*⁷⁹

Como cabe observar, el suministro de bienes muebles se entiende como un contrato típico administrativo, por medio del cual la Administración se provee de elementos necesarios para la consecución del interés público. Se entiende como un contrato celebrado entre el Estado y un sujeto privado, en virtud del cual el contratista se encarga de proporcionar prestaciones mobiliarias, por su cuenta y riesgo; por la tanto, obtiene una remuneración pagada por la Administración.⁸⁰

Ahora bien, la Ley de Contratación Administrativa prevé en sus normas la noción del típico contrato de suministro de bienes muebles en su artículo 63. Dicha norma está reglamentada por los artículos 153 y siguientes del Reglamento a dicha Ley. Específicamente, el artículo 154 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece que dentro de las modalidades del contrato de suministro, se encuentran las siguientes:

(i) Cantidad definida: consiste en la compra de una cantidad definida en un precio alzado, con entregas parciales o una única entrega. Es decir, en este supuesto, la Administración Pública obtiene una cantidad específica, previamente definida por ella.⁸¹

(ii) Entrega según demanda: se conviene en el suministro de la cantidad requerida en forma periódica, según las necesidades de consumo que se vayan dando. Aunado a lo anterior, en la modalidad de entrega según demanda, no se pacta una cantidad específica y previamente definida,

⁷⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*, (Madrid: Editorial Civitas) 714.

⁸⁰ Roberto Dromi, *op. cit.* P. 475.

⁸¹ Jinesta Lobo *op. cit.* P. 406)

sino que el contratista se compromete a suministrar el objeto contractual de manera periódica, según las necesidades precisas de consumo, durante la ejecución.⁸²

Por ello, en las ofertas económicas se presentan los precios unitarios del producto, con base en los consumos de períodos anteriores y, además, fundamentos, proyecciones parciales o totales. De hecho, por la naturaleza de estas contrataciones, se consideran como de cuantía inestimable.

Al respecto, la Contraloría General de la República, entre otros, en su oficio No. 02381 (DJ-0947-2010) del 11 de marzo de 2010, se refiere a la modalidad de entrega según demanda, donde manifiesta lo que de seguido se transcribe:

“[...] la Administración podrá establecer como referencia a los potenciales oferentes, los consumos de años anteriores así como las proyecciones parciales y totales. / Véase entonces que, en principio, la filosofía que subyace en dicha modalidad de contratación está pensada para que la Administración no adjudique un precio total ni cantidad previamente definidos, sino que adjudique sobre precios unitarios, y solicitará al contratista el bien o servicio, cada vez que lo requiera, sin que deba sujetarse a un mínimo o máximo de pedido. / Bajo esa línea de pensamiento, se puede concluir, en tesis de principio, que por la naturaleza propia de estas contrataciones, las mismas se consideran de cuantía inestimable”.

A mayor abundamiento, la Administración Pública puede implementar la

⁸² *Idem.*

modalidad de entrega de acuerdo con la demanda, bajo los supuestos en donde por las condiciones del mercado, resulte más conveniente, tanto para el interés público como para las necesidades institucionales. No definir una cantidad específica, sino que únicamente el contratista se comprometa a suplir los bienes según las necesidades inmediatas de la institución contratante que se vayan dando durante su ejecución.⁸³

En realidad, esta modalidad de contrato de suministro de bienes, tiene como fin brindar una mayor eficiencia a las contrataciones públicas, toda vez que la Administración no se encontrará obligada a contratar una cantidad definida, la cual puede resultar insuficiente o excesiva, de acuerdo con las necesidades institucionales, durante la ejecución contractual; sino que se podrá requerir el objeto contractual, cuando sus intereses así lo ameriten.

(iii) Ejecución por consignación: previsto para objetos tales como suministros médicos, en donde pueden darse variaciones importantes. Se prevé la entrega de un lote inicial con el compromiso de restituir el consumible durante el plazo del contrato.

La modalidad de ejecución por consignación resulta aplicable durante la fase de ejecución contractual, cuando la demanda de bienes puede sufrir variaciones importantes y, además, periódicas. De hecho, para emplear esta figura, la Administración debe acreditar que su uso, para el caso particular, resulta más conveniente que la adquisición de una cantidad definida.⁸⁴

Al igual que la modalidad de entrega según demanda, en el cumplimiento

⁸³ Irene Jiménez Fonseca y Andrés Sancho Simoneau, *op. cit.* P. 149.

⁸⁴ Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 407.

por consignación no se determina una cantidad específica y previamente definida, sino que la entidad pública se encuentra en posibilidad, durante la ejecución contractual, de realizar requerimientos periódicos.

Es decir, la ejecución por consignación no va provista de un monto específico, sino que dependerá de los requerimientos que la Administración realice en fase de cumplimiento contractual.

Es más, dado que en ambas modalidades se permiten efectuar pedidos posteriores, resulta razonable pensar que la oferta económica se presente por precios unitarios. Igualmente, se debe establecer los plazos de aviso mínimos al contratista para la siguiente entrega y los máximos de entrega.⁸⁵ Ambas modalidades de contratación comparten algunos rasgos característicos, principalmente el que no se adquieren cantidades específicas, las cotizaciones que se realicen se fundamentan sobre la base de precios unitarios y la adquisición se efectúa según la demanda y las proyecciones de consumo.

En la modalidad de ejecución por consignación, en el pliego de condiciones se establece una cantidad por compra inicial. La ventaja de esta figura es que, si la cantidad inicial resulta insuficiente para satisfacer las necesidades institucionales y, además, se haya consumido o utilizado la totalidad del monto solicitado originalmente, la entidad contratante se encuentra facultada para realizar nuevos requerimientos, para así suplir con las necesidades puntuales del objeto contractual.

Dicho sea de otra forma, en la modalidad de ejecución por consignación, la Administración se encuentra obligada a determinar una cantidad inicial

⁸⁵ *Idem.*

del suministro que necesitará.

La Contraloría General de la República, entre otros, en su oficio No. 02548 (DCA-0696) del 16 de marzo de 2011, se refiere a dicha modalidad: “[...] el mecanismo de entrega o ejecución por consignación, constituye una de las modalidades de contrato de suministros por medio del cual la Administración puede proveerse de ciertos bienes, atendiendo la variación que durante la ejecución contractual puede tener la demanda de estos. Es decir, este instrumento de frecuente uso en suministros médicos, lo que pretende es precisamente que la Administración cuente con un mecanismo ágil y sobre todo eficaz, para mantener siempre en existencias cantidades determinadas de bienes o productos, de uso continuo en la institución, y con el compromiso de restituir los que se consuman por el contratista, visto que suplirlos por medio de contratos por cantidades específicas, no resultaría oportuno”.

Tanto la modalidad de entrega según demanda como el mecanismo de ejecución por consignación, responden a una filosofía de agilidad en las compras públicas para ciertos bienes, en los cuales la Administración no estima oportuno, en función del servicio público prestado, estarlos supliendo mediante cantidades específicas, sino que estas contrataciones poseen una particularidad; pues el objeto que se adquiere no es precisamente una cantidad definida, sino su adquisición más bien se basa en proyecciones de consumo y por precios unitarios, de manera que cada requerimiento de los bienes o insumos, se realizará conforme la demanda institucional así lo exija.

Como puede observarse, en los modelos examinados existe certeza de las partes en el precio convenido del objeto del suministro, si bien se producen variantes en la cantidad a suministrar y el momento de entrega.

No existe posibilidad de que las partes convengan en ajustes del precio con motivo del beneficio obtenido con el suministro. Existe un acuerdo puro y simple en cosa y precio, el cual se mantiene cualquiera que sea la variable elegida dentro de las previstas por la reglamentación examinada.

En suma, en ninguna de las alternativas, las partes alcanzan acuerdos basados en el reparto de incertidumbres en su relación contractual, sino que existe certeza en el precio y la cosa.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que si bien el precio siempre deberá ser cierto y definitivo, ello no impide un eventual reajuste de precios. Es más, sin necesidad de que el cartel o el contrato lo establezcan, el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa consagra de manera expresa el derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en resolución No. 6432-98 y en resumen de sus propios precedentes, con total claridad, señaló lo siguiente:

“Desde este punto de vista y siguiendo lo ya dicho por la Sala en sus Sentencias Nos. 785-90 y 1801-90, los reajustes de precios no son de carácter contractual, de tal forma que las partes puedan libremente pactarlos o no, sino que están reconocidos en todo contrato que se celebre con el Estado (en sentido lato), para obtener la

compensación de los mayores costos causados en la ejecución del objeto convenido, derecho que nace a la vida jurídica desde el momento en que se presenta la oferta respectiva. En síntesis, los reajustes de precios no constituyen una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino, más bien, un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino, es decir, es el pago integral del precio, para que no exista, ni perjuicio para el contratista, ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado”.

En esa misma resolución, la Sala Constitucional también dispuso que el derecho al reajuste de precios es irrenunciable por adelantado, sino solamente con la firma del respectivo finiquito por parte del contratista.

En idéntico sentido, la Contraloría General de la República también ha emitido múltiples criterios, en los cuales reafirma que el reajuste de precios es un derecho inalienable de todo contratista. Entre esos criterios, se destacan los oficios No. 17295-2005 y 2016-2010, donde el órgano contralor indicó lo siguiente:

“En consecuencia, se tiene como regla de principio que el precio pactado en un determinado negocio jurídico no podrá sufrir modificaciones, alteraciones o ajustes. No obstante, en salvaguarda del principio constitucional de intangibilidad patrimonial, se establece como salvedad, la aplicación de los mecanismos de reajuste y revisión del precio que, como se indicó líneas atrás, representa la actualización, durante el plazo contractual, del precio cotizado de conformidad con las alteraciones económicas ocurridas en el costo

de los elementos que lo integran y que se determina mediante la aplicación de las fórmulas polinómicas e índices de precios acordados por las partes”.

Efectivamente, el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, no implica romper la regla de que el precio debe ser invariable, sino únicamente, actualizar ese mismo precio con motivo del aumento en los costos surgidos durante el plazo de ejecución del contrato.

De ahí que la Administración esté obligada a reconocer el derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, lo cual no es otra cosa más que la consecuencia intrínseca del principio constitucional de intangibilidad patrimonial.

El reajuste de precios, como su nombre sugiere, incide sobre los elementos del precio que sufran variaciones entre la fecha de la oferta y la de ejecución contractual; así lo establece el artículo 31 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En otras palabras, el derecho a reajuste o revisión de los precios rige desde la presentación de la oferta y podrá ser solicitado una vez que inicie la ejecución contractual.

Entonces, si bien el precio siempre deberá ser cierto y definitivo, ello no impide un eventual reajuste de precios, de acuerdo con el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

C.2.- Contratos administrativos atípicos: tipos abiertos

Al igual que la evolución de las formas de contratación, las necesidades adquisitivas de la Administración Pública no se mantienen estáticas, sino que se mueven conforme a las exigencias sociales y económicas del mercado; por lo tanto, no pueden ser completamente reguladas en la ley, de manera que resulta más conveniente, tanto para el interés público como para las necesidades institucionales, incluir un precepto genérico, por medio del cual se le permite a las entidades públicas concertar relaciones contractuales no tipificadas en el ordenamiento jurídico, aun y cuando cuenten con una tipicidad social o económica, por ser usuales en el mercado.⁸⁶

En ese mismo sentido, la Procuraduría General de la República, entre otras, en su opinión jurídica No. OJ 086-98 del 13 de octubre de 1998, destacó lo que se transcribe a continuación:

“Sin embargo, cabe aclarar que el artículo 182 establece la exigencia para que el Estado ajuste sus actuaciones a los principios de la contratación administrativa, pero no limita a la Administración al empleo de solo cierto tipo de figuras contractuales, ya que ésta tiene la libertad de crear diversas modalidades para llevar a cabo su actividad contractual, siempre que estas respondan a los principios [...]”.

Existen contratos administrativos catalogados como atípicos, también como tipos abiertos, los cuales se encuentran regulados en el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa y 146 de su Reglamento.

⁸⁶ Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 434.

El artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, expresamente, establece que: *“Los tipos de contratación regulados en este capítulo no excluyen la posibilidad para que, mediante los Reglamentos de esta Ley, se defina cualquier tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos ordinarios fijados en esta Ley”*.

Por su parte, el artículo 145 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, explícitamente señala lo siguiente: *“La Administración puede acudir a cualquiera de las figuras contractuales [...] no establecidas en el ordenamiento jurídico administrativo, siempre y cuando lo justifique la satisfacción del interés público”*.

Con respecto al contenido del artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, la Contraloría General de la República señaló en el oficio 11089 (DAGJ-2650) del 05 de setiembre de 2005 que:

“[...] podemos denotar que la legislación pretende abrir la gama de posibilidades en cuanto a las figuras contractuales que puede utilizar cualquier entidad de la Administración Pública, dándole la posibilidad de acudir a todos aquellos tipos contractuales que nuestro ordenamiento jurídico desarrolla, pero también a aquellos extraños a nuestro sistema normativo”.

En ese mismo oficio se concluye que, mediante el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, a la Administración Pública se le reconoce un margen más amplio en cuanto a la libertad contractual, planteada normalmente solo en el ámbito del Derecho Privado, con el fin de habilitar

la utilización de las figuras contractuales impropias del ordenamiento jurídico administrativo, limitada solo a que su utilización se dirija en específico a satisfacer el interés público y se efectúe la consulta previa, no vinculante, a la Contraloría General de la República.

Dentro de los esfuerzos por fusionar ambas esferas, se han tratado de incorporar una serie de instrumentos al ordenamiento jurídico, tendientes a maximizar la satisfacción del interés público y la eficiencia en la prestación del servicio.

Las relaciones contractuales en el sector privado se desarrollan de una forma más acelerada que la velocidad con la cual evoluciona el ordenamiento jurídico como tal. De hecho, la complejidad y lentitud para impulsar reformas legislativas, impide modernizar la ley y adaptarla a las necesidades sociales y económicas.

Lo anterior, podría ser atribuido al principio de legalidad, como el primer obstáculo insoslayable, el cual dificulta cualquier esfuerzo por dinamizar la contratación pública. Por tanto, es necesario buscar el mecanismo idóneo para dotar a la Administración de la flexibilidad suficiente, de manera que pueda optar por utilizar la figura contractual que mejor se ajuste a la efectiva satisfacción del interés público, sin detrimento del principio de legalidad.

Al respecto, la Contraloría General de la República, por medio del oficio 11089 (DAGJ-2650) del 05 de setiembre de 2005, al referirse a los tipos abiertos o no regulados en el ordenamiento jurídico expuso lo siguiente:

“La legislación vigente incorpora normas que pretenden darle

flexibilidad al ordenamiento jurídico que rige para los contratos del Estado, el cual normalmente corre el riesgo de quedar rezagado en relación con los cambios sociales y el tipo de vínculos contractuales que van naciendo en la práctica. De esa forma, el Derecho Administrativo logra una mejor identidad entre las necesidades sociales, comerciales, industriales, productivas en general, y las regulaciones jurídicas”.

En esa línea de pensamiento, cabe destacar que la incursión de nuevas figuras contractuales en el ámbito jurídico, en la mayoría de los casos, se inicia en la esfera privada. Primeramente, se aprovecha el principio de la autonomía de la voluntad, en procura de una mayor flexibilidad, eficiencia, celeridad y mejoramiento en la capacidad de gestión de las relaciones privadas, las empresas y los operadores involucrados dentro de las relaciones comerciales que se producen en la esfera del Derecho Privado. En ese sentido, se comienzan a experimentar con nuevos modelos o figuras, en aras de agilizar el desarrollo de proyectos, facilitar la obtención de financiamiento, disminuir los costos operativos, mejorar la capacidad de gestión y aumentar las utilidades.

Las nuevas figuras comienzan a utilizarse de una forma experimental, hasta que aquellas resultan exitosas se consolidan dentro de las relaciones contractuales en el sector privado y su utilización comienza a replicarse. Dicho sea de paso, las figuras contractuales atípicas no resultan contrarias al régimen legal, en virtud de su ausencia momentánea de respaldo normativo, se entiende que se presenta lo que se podría llamar “tipicidad social”⁸⁷, en el tanto se trata de contratos utilizados en el ámbito de las relaciones privadas, al amparo de la autonomía de la voluntad.

⁸⁷ Ernesto Jinesta Lobo, *op. cit.* P. 434.

Las contrataciones atípicas de la Administración Pública, se constituyen en una figura contractual que, no se encuentra regulada por el legislador ordinario. Así lo dispone la Contraloría General de la República, en su resolución número R-DCA-053-2011 de las doce horas del treinta y uno de enero de dos mil once:

“El numeral 55 de la LCA encuentra su desarrollo reglamentario en las disposiciones contenidas en los artículos 145 y 146 del RLCA, donde el artículo 145 señala: “La Administración puede acudir a cualquiera de las figuras contractuales desarrolladas en la Ley de Contratación Administrativa y en el presente capítulo, así como aquellas otras no establecidas en el ordenamiento jurídico administrativo, siempre y cuando lo justifique la satisfacción del interés público.” Visto el capítulo donde se encuentra ubicado el artículo 145 del RLCA, se denota que en él se regulan tipos de contratos como el contrato de obra pública, el de suministro de bienes, el de arrendamiento de inmuebles, entre otros. De este modo, los tipos abiertos cuya ordenación legal se encuentra en el artículo 55 de la LCA se refieren a contratos que no tienen una regulación particular como los acotados y, por ello, necesitan de una reglamentación que venga a establecer sus reglas”.

A mayor abundamiento, se puede recurrir a aplicar los tipos abiertos, por disposición del artículo 55, siempre y cuando el Poder Ejecutivo emita un reglamento para ello.

Al respecto, la Sala Constitucional, en su Resolución No. 998-98 de las once horas con treinta minutos del 16 de febrero de 1998, se refirió a lo que se debía comprender como el concepto del “reglamento”, a saber:

“[...] entiende que en este concepto [reglamentar] se trata únicamente de regular la organización o administración interna que los jefes tienen a su cargo, entendidos como reglamentos autónomos de servicio o de organización, con el fin de habilitar los trámites de la contratación administrativa, como señala la Procuraduría General de la República; y si por el contrario, se tratara de regular diferentes modalidades o tipos de contratación no concebidos en la legislación vigente, de manera, que se trata de verdaderos reglamentos ejecutivos, en tanto desarrollo de los principios contenidos en los artículos 55 y 109 de la Ley (...).”

Como se mencionó, la posibilidad de definir cualquier otro tipo contractual se encuentra dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, del contenido de dicha disposición se deduce que los reglamentos, los cuales se someten a consideración de la Contraloría General de la República, son los que regulan, o bien, establecen un mecanismo de contratación administrativa diferente a las ya conocidas en el ordenamiento jurídico a las reguladas en la propia Ley y Reglamento de Contratación Administrativa.

En otras palabras, en los instrumentos que no poseen una regulación existente, se impone el deber del órgano fiscalizador –Contraloría General de la República– para conocerlos en la rama de su competencia. Sin embargo, el legislador manifestó el criterio que se emita como una mera recomendación sin carácter vinculante para la Administración solicitante.

Así lo refleja la resolución número DJ-2151-2010 del 2 de junio de 2010 – oficio 05192–, la cual se ratifica en el oficio No. 00647 del 16 de enero de 2015 (DCA-0132).

Esto es lo que se conoce como los tipos abiertos de contratación, anteriormente denominados como "contratos atípicos", atipicidad que se definía no por una ilegalidad de la figura, sino por una inexistencia de regulación para aplicarla.

Sobre este tema, anterior a la reforma operada en el 2006, al artículo 55 citado, la otrora Dirección General de Contratación Administrativa había manifestado sobre el tema lo siguiente, así lo refleja su oficio número 0476 (DGCA-66-97) del 15 de enero de 1997:

"[...] De lo transcrito se desprende que en el campo privado, los contratos innominados o atípicos no encuentran regulación legal ni reglamentaria específica, tan solo general, precisamente de allí su nombre y su flexibilidad para adaptarse a las necesidades de las partes. En nuestro criterio, el artículo 55 de la Ley de cita, recoge este principio de libertad contractual, pero con ciertas diferencias y restricciones, como el hecho de que antes de utilizar la figura, debe existir un reglamento dictaminado por este Órgano Contralor, es decir, se trata de contratos innominados en su origen, pero nominados en su aplicación y posterior ejecución. Esta norma permite la utilización de figuras contractuales, sin necesidad de que estén reguladas legalmente, evitando caer en el extremo de que baste la sola voluntad de las partes contratantes, para decidir el contenido y forma del acuerdo, pues en todo caso se requiere que exista un reglamento que desarrolle el tipo contractual. Se obtiene una apertura

contractual, pero siempre con un sustento normativo importante, que además exige el resguardo del interés general. El criterio restrictivo que en el pasado ha existido, para la utilización de los contratos atípicos o innominados, tratándose de contratos administrativos, puede tener diversas explicaciones, entre ellas, la existencia del principio de legalidad, que exige norma habilitante como sustento del actuar y que cuenta con fundamento constitucional (artículo 49 de la Carta Magna), el interés de que el contenido e interpretación de las cláusulas contractuales, no se libre únicamente a la voluntad de las partes, sino al marco general establecido reglamentariamente, etc. Posición que aún hoy se mantiene al aceptar el legislador -en forma expresa- en la Ley de Contratación Administrativa, los contratos atípicos, previa reglamentación.[...]”.

De lo señalado hasta el momento, resulta claro que los contratos atípicos o innominados deben contar con un dictamen previo de la Contraloría General de la República, al amparo de lo establecido en el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa.

La lógica es que el contrato que anteriormente era atípico, se vuelva un contrato regulado por medio de una normativa especial. Actualmente, dicha normativa, relacionada con el contrato de riesgo compartido, no existe en Costa Rica. Empero, dicho vacío bien podría suplirse de existir interés por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social o el Instituto Nacional de Seguros. De suceder esto, bastaría una única reglamentación para cobijar todos los contratos de riesgo compartido que pretendan implementarse a futuro.

CAPÍTULO II

CONTRATOS DE RIESGO COMPARTIDO

En los contratos administrativos, usualmente existe certeza en cuanto al objeto contractual y el precio. Si bien, se pueden presentar variantes en la cantidad a suministrar y el momento de entrega, lo cierto es que no existe posibilidad, como se vio, de que las partes convengan en ajustes del precio con motivo del beneficio obtenido con el suministro.

Surge un acuerdo puro y simple, en cosa y precio, el cual se mantiene cualquiera sea la variable elegida dentro de las previstas por la reglamentación examinada. Es decir, cuando se examinaron los contratos de suministro de bienes, las partes alcanzan acuerdos basados en el reparto de incertidumbres en su relación contractual, sino que existe certeza en el precio y la cosa.

Sin embargo, como se verá a continuación, se presentan contratos basados en incertidumbre terapéutica del medicamento suministrado, en los cuales interviene tanto la Administración Pública como la Caja Costarricense de Seguro Social y el Instituto Nacional de Seguros, así como una casa farmacéutica en particular.

Sección A: Antecedentes del contrato de riesgo compartido

Antes de indagar en la conceptualización del contrato de riesgo compartido, se considera necesario iniciar con los antecedentes prácticos, o bien, de uso de dicha figura contractual; para conocer sus orígenes.

Los esquemas opcionales de precios se originaron en Europa y Australia, en

donde sirvieron para superar obstáculos en la aprobación de reintegro del precio. En Gran Bretaña, por ejemplo, los acuerdos de riesgo compartido han ayudado a reducir el costo por paciente, junto con las directrices del Instituto Nacional de Salud y Excelencia Clínica (NICE por sus siglas en inglés).⁸⁸

El autor José Luis Segú Tolsa, en su artículo "*Nuevos medicamentos y nuevas formas de financiación: contratos de riesgo compartido*", resaltó algunas experiencias de los contratos de riesgo compartido, vinculados a los resultados y la utilización, en donde se logra determinar el nacimiento de figura contractual en estudio.⁸⁹

En 1994, en los Estados Unidos de América, se observó la primera utilización del contrato de riesgo compartido. En este caso, la industria farmacéutica se comprometía a devolver el precio del medicamento para tratar la hiperplasia benigna de próstata⁹⁰, si el paciente requería cirugía después de un año de tratamiento.⁹¹

En el mismo país, un año después, otra casa farmacéutica implementó la devolución garantizada del dinero pagado, en ese caso, por un

⁸⁸ Ed Schoonveld and Stefan Kloss, *Unpacking Risk Sharing and Alternative Pricing Schemes*, *Pharmaceutical Commerce*, January 2010, <http://pharmaceuticalcommerce.com/business-and-finance/unpacking-risk-sharing-and-alternative-pricing-schemes/>.

⁸⁹ José Luis Segú Tolsa, *Nuevos medicamentos y nuevas formas de financiación: contratos de riesgo compartido. La evaluación económica en Farmacogenómica Oncológica y Hematológica*. Instituto Roche. (Disponible en: http://www.institutoroche.es/web/pdf/2009/farmacoroche/FarmacoRoche_10.pdf, 2010), 199.

⁹⁰ La hiperplasia benigna de próstata se relaciona con diversos grados de obstrucción del tracto de salida de la vejiga. "Hiperplasia prostática benigna," 218 / *Enfermedades Prostáticas*, accedida el día 25 de febrero de 2017, <http://manualmerck.tripod.com/MMCap218.htm>.

⁹¹ José Luis Segú Tolsa, *loc. cit.*

antipsicótico contra la esquizofrenia refractaria al tratamiento⁹², el cual se encontraba condicionada a los resultados positivos del medicamento. Sin embargo, en dicho acuerdo la devolución se realizaría en beneficio de las aseguradoras americanas, mas no del paciente particular. Asimismo, en el supuesto de no obtenerse los efectos deseados, la reintegración de lo pagado no solo incluía los costes del producto, sino se agregaban los de dispensación y, además, los del seguimiento analítico de los efectos adversos hematológicos.⁹³

En 1998, la misma casa farmacéutica del ejemplo anterior, de nuevo en los Estado Unidos de América, garantizó la reintegración de los costes del tratamiento con simvastatina ⁹⁴, tanto a los pacientes como a las aseguradoras, en el caso que en seis meses no se obtuvieran los niveles de colesterol pactados. Cabe mencionar que bajo ese supuesto, eran los médicos quienes proveen atención necesaria al paciente para así definir, en cada caso particular, los objetivos de reducción de los niveles de colesterol a los seis meses, a partir de los cuales se valora la eficacia del producto.⁹⁵

Por otro lado, en el 2001, el Estado de Ontario de Canadá introdujo un sistema de contrato de riesgo compartido, para así financiar la terapia de

⁹² Cerca del 30 % de los pacientes con esquizofrenia no responden a los fármacos antipsicóticos convencionales (tratamiento refractario). "Esquizofrenia refractaria" 193 / Esquizofrenia y trastornos asociados, accedido el día 25 de febrero de 2017, <http://manualmerck.tripod.com/MMCap193.htm>.

⁹³ Según Tolsa *op. cit.* P.119)

⁹⁴ Simbastina es un medicamento que se usa para reducir la concentración de colesterol y otras sustancias dañinas en la sangre, tales como los triglicéridos. También está en estudio para el tratamiento de cáncer y otras afecciones. Además, la simvastatina impide la acción de la encima que ayuda en la producción de colesterol en el cuerpo. "Diccionario de cáncer," Instituto Nacional de Cáncer, accedido el 25 de febrero de 2017, <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario?cdrid=674709>.

⁹⁵ Según Tolsa. *Loc. cit.*

reemplazo enzimático en la enfermedad de Gaucher.⁹⁶ Sin embargo, a pesar de que la enfermedad de Gaucher tiene una prevalencia muy baja; la relación coste-efectividad incremental superaba por mucho, el límite marcado de los cien mil dólares canadienses por años de vida, en relación con la calidad del fármaco. Por ello, la Administración canadiense consideraba que no era aceptable plantearse la financiación.

El tratamiento se demostró efectivo y capaz de mejorar la calidad de vida; no obstante, era considerablemente oneroso. En consecuencia, en aras de solucionar el problema, las autoridades sanitarias canadienses idearon una financiación selectiva de los tratamientos, por medio del cual se analizarían las condiciones clínicas que pudieran predecir un alto grado de severidad de la patología. Dicha medida permitió que la subpoblación que más necesitara la terapia de reemplazo enzimático, accediera al medicamento y, por ende, se logró garantizar una estimación del gasto que permaneció estable durante tres años.⁹⁷

De acuerdo con la misma lógica, el sistema sanitario del Estado de Victoria de Australia promovió un acuerdo de riesgo compartido, el cual contenía la inclusión de un fármaco antiasmático. Bajo este contrato, el producto farmacéutico se financiaba y, a la vez, se incluía en la oferta de prestaciones, siempre y cuando la industria fabricante se comprometiera a financiar un programa, para así mejorar la utilización de los medicamentos por los pacientes asmáticos. El *National Asthma Council* desarrolló dicho programa, en el cual incluía elementos clínicos para la utilización

⁹⁶ La enfermedad de Gaucher es una enfermedad hereditaria poco frecuente en donde una persona no tiene una cantidad suficiente de una enzima llamada glucocerebrosidasa. Esto causa una acumulación de sustancias grasosas en el bazo, hígado, pulmones, huesos y, a veces, en el cerebro. "Enfermedad de Gaucher", MedlinePlus en español, accedido el día 25 de febrero de 2017, <https://medlineplus.gov/spanish/gaucherdisease.html>.

⁹⁷ Segú Tolsa. *Loc. cit.*

adecuada del producto.⁹⁸

Los programas federales asistenciales de *Medicaid*, en el Estado de Florida en los Estados Unidos de América, funcionaron de una manera similar; pues en el 2001 dicha empresa acordó con laboratorio farmacéutico, mantener sus productos al precio pactado en las listas, siempre y cuando este último se comprometiera contratar personal de enfermería especializado, con el fin de desarrollar un programa de gestión de casos. Este pretendía promover el correcto uso de los medicamentos, el cumplimiento de las medidas farmacológicas y no farmacológicas y la garantía del seguimiento sanitario.

Asimismo, ambas partes decidieron pactar la obtención de determinados resultados del programa, en los cuales se consagró un importante ahorro económico. En el hipotético supuesto de no alcanzarlos, al laboratorio se le sancionaría económicamente con el doble del coste estimado, el cual se reflejaría en una rebaja de precios de sus productos.⁹⁹

En ese mismo sentido, en el 2004, una industria farmacéutica, dentro del marco de un programa sanitario de alcance nacional en los Estados Unidos de América, promovió un acuerdo de riesgo compartido, bajo la modalidad "*si no cura, no se paga*" para un antihipertensivo, sobre la tensión arterial. Al igual que los supuestos anteriores, en caso de no conseguir los objetivos de control pactados, la casa farmacéutica se comprometía a reintegrar el dinero, tanto a los pacientes como a las aseguradoras.

Dicho acuerdo de riesgo compartido, contenía la posibilidad de probar el

⁹⁸ Segú Tolsa. *Loc. cit.*

⁹⁹ *Idem.*

fármaco durante treinta días y, además, disfrutar el financiamiento de aparatos ambulatorios de medida de la tensión arterial por parte del laboratorio, cuyo objetivo era mejorar el autocontrol. De hecho, se tenían por incorporadas las acciones de soporte para el cumplimiento terapéutico¹⁰⁰.

En el 2004, de nuevo en los Estados Unidos de América, se implementó un sistema de devolución garantizada, en relación con el producto tadalafil, destinado a tratar la disfunción eréctil. De igual forma, dicho acuerdo contemplaba la garantía de devolución del precio pagado a los pacientes, condicionado a los resultados obtenidos,¹⁰¹

Sección B: Definición y régimen normativa aplicable

Si bien algunos autores consideran que no se genera un riesgo como tal en este tipo de acuerdo y, por ello, deciden referirse a ellos como esquema alternativo de precios; ciertamente, para efectos de esta investigación, como se observará más adelante, surge una incertidumbre en la eficacia del medicamento, la cual no la asumirá en forma exclusiva el comprador del producto, sino también la casa farmacéutica.¹⁰²

De hecho, entre la industria farmacéutica y las entidades públicas sanitarias, se aprecia un elevado grado de asimetría informativa. En otras palabras, se puede observar grandes diferencias de información entre un laboratorio farmacéutico y las autoridades administrativas.

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² Ed Schoonveld and Stefan Kloss, Unpacking Risk Sharing and Alternative Pricing Schemes, *Pharmaceutical Commerce*, January 2010, <http://pharmaceuticalcommerce.com/business-and-finance/unpacking-risk-sharing-and-alternative-pricing-schemes/>.

La asimetría informativa, o bien, las diferencias en la información pueden afectar seriamente los resultados de ciertas decisiones administrativas; por ejemplo, entre otras, en el nivel de gasto público, el estado de salud de la población, la cuenta de resultados prevista por los proveedores de medicamentos.

Con ello, resulta evidente la existencia de asimetría informativa, los agentes involucrados poseen información desigual sobre el mismo medicamento. Dada la particular naturaleza de estos productos, nadie puede conocer con exactitud su alcance terapéutico real; por lo tanto, únicamente podrá contarse con una estimación de sus resultados esperados. Bajo esta óptica, se halla una incertidumbre terapéutica del medicamento.

Ante lo mencionado supra, las autoridades sanitarias podrían recurrir al alto grado de incertidumbre terapéutica del nuevo medicamento, para así negociar un precio a la baja. Asimismo, la Administración Pública desconoce en realidad cómo afectará la salud de los pacientes la integración de un nuevo medicamento.

En consecuencia, resulta lógico incorporar y aplicar instrumentos que ayuden a mitigar, de alguna manera, los efectos negativos de la problemática informativa, tanto de la incertidumbre financiera como de la terapéutica. Si bien la regulación administrativa del sector reduce considerablemente dichos efectos, lo cierto es que resulta incapaz de eliminarlos por completo, las consecuencias pueden incidir de forma negativa en la función administrativa.

Como se adelantó, a nivel internacional se ha venido practicando una modalidad atípica de adquisición de medicamentos por parte de autoridades públicas y privadas, las cuales han de asumir el financiamiento de estos para los pacientes.

La literatura que se ha dedicado al tema, relaciona este fenómeno con *"la incertidumbre asociada a los nuevos medicamentos"*.¹⁰³ En ese sentido, la incertidumbre se relaciona con el probable impacto presupuestario, la efectividad de los medicamentos y la utilidad de los datos sobre la relación coste-beneficio.

La doctrina relaciona estas figuras contractuales, con un objetivo básico, a saber: *"(...) modificar el sistema de pago tradicional de los medicamentos basado en un precio fijo por cada envase vendido por otro que tiene en cuenta los resultados del tratamiento"*.¹⁰⁴

De acuerdo con el sistema tradicional, el comprador adquiere la totalidad del riesgo sobre la efectividad del medicamento y el costo del tratamiento, mientras que en el caso de los contratos de riesgo compartido: *" [...] el riesgo es compartido con el productor, el cual realizará una devolución al sistema (payback) si el medicamento se prescribe en forma inadecuada más allá de las indicaciones aprobadas del fármaco, o si el medicamento no consigue ser efectivo en los pacientes tratados, o si el medicamento no consigue determinado impacto sobre el coste total del tratamiento de un determinado problema de salud (pago por resultados)"*.¹⁰⁵

¹⁰³ Jaume Puig-Junoy y Ricard Meneu, *Aplicación de los contratos de riesgo compartido a la financiación de nuevos medicamentos* (Gestión Clínica y Sanitaria 7, 2005) 88.

¹⁰⁴ Puig-Junoy and Meneu *op. cit.* P. 90).

¹⁰⁵ *Idem.*

Dicho de otra forma, en el sistema tradicional actual, por un lado, la totalidad del riesgo terapéutico y también financiero recae sobre la Administración Pública; mientras que por otro lado, en el nuevo sistema propuesto el riesgo es compartido con la casa farmacéutica, quien deberá devolver al pagador una cantidad si el medicamento no alcanza los resultados esperados y pactados o no recibir el pago si el medicamento no funciona.¹⁰⁶

A mayor abundamiento, el objetivo fundamental de los contratos de riesgo compartido en el mercado farmacéutico, consiste en la modificación del vigente sistema de financiamiento de los medicamentos que paga un precio fijo por cada unidad vendida, por otro sistema de pago variable en virtud de los resultados terapéuticos.

Bajo la misma lógica, se ha definido el contrato de riesgo compartido para la financiación de la compra de medicamentos, como aquel “[...] conjunto de mecanismos de relación económica en los que el riesgo es compartido entre financiador y proveedor, de forma que el proveedor verá modificados sus beneficios, no en función (o no únicamente) de cuántas unidades vende, sino en función de las consecuencias de la utilización y de los resultados del producto”.¹⁰⁷

De este modo, como indica el autor, “[...] cualquier tipo de acuerdo entre la industria farmacéutica y los financiadores públicos o privados que condicione los ingresos de la primera a la obtención de unos objetivos

¹⁰⁶ Ignacio Arizti Bayón, *Contratos de riesgo compartido en el mercado farmacéutico*. (Logroño: Universidad de La Rioja, 2011) 78.

¹⁰⁷ Según Tolsa *op. cit.* P. 117).

*pactados, ya sea de volumen de consumo, ya sea condiciones de utilización o de resultados, podría considerarse un CRC [...]”.*¹⁰⁸

En palabras simples, la idea fundamental del contrato de riesgo de compartido es garantizar, tanto al comprador como al consumidor, una percepción de calidad y confianza en el producto, de manera que se logre reducir la incertidumbre que caracteriza la compra de medicamentos.

En suma, como se indicó, los contratos de riesgo compartido se caracterizan por ser contrataciones basadas en resultados. De igual forma, se diferencia porque el precio, o bien, el ingreso queda determinado por el resultado terapéutico futuro, con el fin de mantenerse en unos límites predefinidos en términos de coste-efectividad.

De este modo, si bien se está frente a un contrato de suministro, lo cierto es que se trata de una modalidad atípica, puesto que existe un reparto de riesgos entre el financiador y el fabricante, circunstancia que bien puede conducir, como se ha dicho, a que se revierta el pago y sea entonces exigible una devolución de precio pagado.

Sección C: tipología de contratos de riesgo compartido

Los acuerdos basados en resultados deben comprenderse en su forma más amplia y pueden ser definidos, no solo por la efectividad terapéutica del medicamento en cuestión; sino también por otros conceptos y variables, tales como una prescripción inadecuada o un aumento del coste total del tratamiento.

¹⁰⁸ *Idem.*

Por todo ello, la tipología de los contratos de riesgo compartido, no se limita a los simples acuerdos de precio y volumen, sino que incluye sistemas complejos basados en la efectividad y garantía en resultados¹⁰⁹. En este sentido, Segú Tolsa los clasifica en tres grandes grupos, cuyas características se detallan de seguido, a saber:

Precio-volumen: los modelos que vinculan precio y volumen, son los que podrían generar una menor utilidad en el campo de la medicina individualizada. De igual forma, esta modalidad de contrato de riesgo compartido combina condicionantes de precio y volumen, cuya complejidad depende únicamente de su contenido.¹¹⁰

En otras palabras, la utilización de este modelo implica, ya sea una mera fijación de un volumen de unidades consumidas por encima del cual el precio varía globalmente (precio unitario), o bien, hasta compromisos de topes anuales de prescripciones a un paciente, pasando por escalas de modificación del precio sobre la base de volúmenes diferenciales o escalados en función de dosis medias diarias.

De hecho, este tipo de modelo resulta útil, en situaciones como las que, Segú Tolsa describe:

“Productos con efectividad o eficacia diferencial según las tipologías de población: por ejemplo, fármacos con indicaciones en la prevención de eventos cardiovasculares, que tienen una relación coste-efectividad diferencial según el riesgo cardiovascular de los pacientes. Así, no será igual el beneficio del tratamiento con

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ *Idem.*

antiagregantes plaquetarios en la prevención secundaria (pacientes que ya han padecido un evento cardiovascular) que en la prevención primaria y, dentro de ésta, no es igual un paciente diabético que un paciente que no lo es. Por consiguiente, la estimación del volumen de población susceptible de obtener el máximo beneficio del medicamento marcará los límites a partir de los cuales el precio se deberá adecuar a las marginalidades producidas.

Productos con indicaciones múltiples que generan beneficios diferenciales: por ejemplo, no se debería pagar lo mismo por un inhibidor de la enzima convertidora de la angiotensina en el tratamiento de un paciente con insuficiencia cardiaca congestiva, para el cual el beneficio esperado es alto, que en el de un paciente que únicamente presenta hipertensión arterial.

Productos con un alto riesgo de sobreutilización: por sobreconsumo o por falta de adecuación de las dosificaciones. Podría ser el caso de antidepresivos, ansiolíticos o antipsicóticos indicados en trastornos conductuales asociados a la demencia, en el que podrían aplicarse esquemas vinculados al consumo de dosis diarias medias o incluso a cantidades individuales topadas".¹¹¹

Como se aprecia, los escenarios descritos por Segú Tolsa se refieren, particularmente, a las cantidades requeridas por el comprador, con respecto a un padecimiento determinado.

Modificación del precio en función de la utilización: esta modalidad de acuerdos económicos implica una mayor complejidad en la definición y,

¹¹¹ Segú Tolsa op. cit. P. 117-118.

además, en el seguimiento. En cuanto a la utilización se concreta con la frase “no se usa bien, no se paga”, lo cual implica la promoción del uso adecuado de los medicamentos, el cumplimiento de las medidas farmacológicas y no farmacológicas, así como la garantía del seguimiento sanitario, de manera que el acuerdo incluya, por parte de la casa farmacéutica, la introducción de un programa e incluso elementos clínicos, para una utilización adecuada del producto.¹¹²

Acuerdos de garantía de resultados: se relaciona directamente con la expresión “no cura, no se paga”; es decir, el modelo en el cual el pago está condicionado a la obtención de un resultado predeterminado por las partes. Se dice que ese modelo permite reducir las incertidumbres relacionadas con los resultados sanitarios.¹¹³

Dicho de otra forma: “Los acuerdos implican a médicos, pacientes (firman un acuerdo para retirar el medicamento en caso de no obtener el beneficio deseado), industria (se compromete a promocionar los productos de acuerdo con las restricciones de acceso aprobadas) y financiadores (garantizan un presupuesto específico para financiar estos productos). También incluyen la necesaria valoración de los resultados y, por consiguiente, el acúmulo de experiencia en la aplicación y en la reducción de la incertidumbre”.¹¹⁴

Expresado lo anterior, en lo que interesa, en Costa Rica se alcanzó un acuerdo entre la Caja Costarricense de Seguro Social y la casa farmacéutica Roche, para el suministro del medicamento Tocilizumab, en

¹¹² Segú Tolsa *op. cit.* P. 118.

¹¹³ Segú Tolsa *op. cit.* Pp. 118-119.

¹¹⁴ Segú Tolsa *op. cit.* P. 120.

el que se optó por utilizar una modalidad de contrato de riesgo compartido.

En ese caso, tal y como se detallará en el próximo capítulo, se convino pactar un acuerdo de garantía de resultados, en el tanto el ingreso del fabricante queda sujeto a la consecución de un objetivo de cura –o al menos de alivio de la enfermedad-, en un plazo de seis meses.

Todo indica que el acuerdo obedece a las incertidumbres propias de medicinas de nueva generación, como es el caso de los medicamentos biológicos. Nótese que ante esa incertidumbre, la Administración opta por asegurarse un precio tope por tratamiento anual. Además, el suministro a pacientes queda sujeto a la aprobación del Comité Central de Farmacoterapia y, finalmente, se prevé la obligación de la casa farmacéutica de devolver el monto del precio pagado, en caso de que el medicamento no le cause beneficios al paciente en seis meses de tratamiento.

En suma, si bien la CCSS se inclinó por utilizar un contrato de riesgo compartido, bajo la modalidad de “acuerdo de garantía de resultados”, lo cierto es que en su decisión inicial, la Caja, el Instituto Nacional de Seguros, o bien, el Ministerio de Salud deberá demostrar cuál modelo le resulta mejor, para así satisfacer la necesidad pública. De hecho, el alcance funcional del riesgo compartido debe limitarse a determinadas circunstancias y condiciones, con el fin de ¹¹⁵evitar en todo caso su aplicación generalizada.

¹¹⁵ Medicamento biológico es aquella sustancia producida con un organismo vivo o sus productos; se usa para prevenir, diagnosticar o tratar el cáncer y otras enfermedades. También se llama producto biológico y sustancia biológica. "Diccionario de cáncer,"

Sección D: ventajas y desventajas de la adopción de contrato de riesgo compartido

Los contratos de riesgo compartido ofrecen un escenario que, si bien no es fácil de implementar, puede ayudar a que las incertidumbres asociadas a los nuevos productos sean compartidas por las partes, todas las cuales se beneficiarían y aprenderían de esa relación.

De hecho, con el sistema actual de compra de medicamentos, resulta imposible que ambas partes asuman la incertidumbre del producto farmacéutico, toda vez que los procedimientos de contratación administrativos, utilizados en Costa Rica y una vez perfeccionado el contrato, el contratista solo queda sujeto a eventuales cláusulas penales, multas, ejecución de garantía de cumplimiento ante una inobservancia contractual.

En otras palabras, el contratista no se encuentra obligado a responder por la efectividad del medicamento ofrecido; es decir, en cuanto a la respuesta eficaz del paciente al producto. En efecto, la Caja Costarricense de Seguro Social no tiende a utilizar mecanismos que le aseguren, de alguna manera, la terapia efectiva del fármaco, sino que se encuentra a la deriva.

Los procedimientos de contratación administrativa para la compra de medicamentos, más comúnmente utilizados por parte de la Administración Pública, presentan limitaciones instrumentales que no permiten una

Instituto Nacional de Cáncer, accedido el 5 de marzo de 2017, <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario?cdrid=674709>.

relación transparente de “ganar-ganar”, en la cual se discuta las incertidumbres asociadas a toda innovación terapéutica.

Al respecto, el autor Arizti Bayón consideró lo siguiente: “[...] el método de compartir el riesgo podría ayudar a disminuir las restricciones administrativas de financiación pública para ciertos medicamentos, a facilitar la planificación de la estrategia de negocio de los laboratorios, a mejorar la imagen corporativa de las empresas farmacéuticas al asumir una cierta corresponsabilidad social en la salud de la población o incluso, a mejorar las condiciones de los contratos específicos gracias a la descentralización de los acuerdos más globales aplicados hasta ahora”.¹¹⁶

Cabe mencionar que la aplicación de contratos de riesgo compartido, para la compra de medicamentos, mejora las condiciones contractuales en favor del interés público. Es más, este tipo de relaciones contractuales obliga a las partes implicadas a aclarar y, por ende, a considerar previamente las incertidumbres derivadas de los nuevos productos farmacéuticos, tanto desde la perspectiva económica como desde la sanitaria.¹¹⁷

Asimismo, permiten orientar los procedimientos de contratación administrativa, de manera que se considere la inclusión del coste-efectividad de los productos y, por tanto, hacia su valor real añadido en el mercado en el que participan. Además, posibilita la integración de consecuencias derivadas de la utilización de los productos, de forma que todas las partes observen objetivos similares y tengan los incentivos adecuados para conseguirlos.

¹¹⁶ Ignacio Arizti Bayón, *Contratos de riesgo compartido en el mercado farmacéutico*. (Logroño: Universidad de La Rioja, 2011) 82.

¹¹⁷ Segú Tolsa *op. cit.* P. 117.

Es decir, permiten que la industria farmacéutica sea corresponsable de las consecuencias reales que sus productos generan en el sistema. También, facilita la modulación de los pactos, para así obtener e integrar los mecanismos dinámicos de regulación, en virtud de las relaciones de acuerdo con los resultados.

Para Segú Tolsa, la utilización de los contratos de riesgo compartido conllevan ventajas para los procedimientos de contratación administrativa, esto incluye la innovación farmacéutica, las cuales se detallan de seguido:

- En general, permite limitar las incertidumbres de impacto económico y sanitario de las innovaciones farmacéuticas.
- Para los procedimientos de contratación administrativa, genera incentivos a la promoción del consumo y la utilización coste-efectiva de los medicamentos.
- Le proporciona a la Administración Pública un acceso a las nuevas terapias, para así satisfacer, de la mejor manera, el interés público, donde los pacientes resulten sumamente beneficiados.
- Dependiente del modelo de contrato de riesgo compartido, permite generar experiencia y conocimientos en resultados de aplicación.
- Los objetivos de la Administración Pública se alinean con los incentivos de la industria farmacéutica.

- Le posibilita a la Administración Pública disponer de opciones terapéuticas eficaces. Más aún, le permite acceder a productos que en condiciones normales sería difícil incluir.
- Por su parte, las casas farmacéuticas se corresponsabilizan en la efectividad del medicamento, durante la ejecución del contrato.

En definitiva, existen diversas razones para iniciar la implementación de los contratos de riesgo compartido, de manera que se generalice su uso en la compra de medicamentos.

Sin embargo, sin perjuicio de lo anterior, existen pocos estudios formales que las avalen y los soporten. Como se verá de seguido, algunos autores han valorado las implicaciones de los contratos de riesgo compartido.

En su estudio, Andrew Lilico formuló un contrato de riesgo compartido, para la compra de medicamentos, según el modelo de “*acuerdo de garantía de resultados*”, en donde el pago solo se realiza cuando el tratamiento tiene éxito. Lilico establece una serie de situaciones, en las cuales dicho acuerdo, se comporta positiva o negativamente, comparados con los sistemas tradicionales.¹¹⁸

En ese sentido, procede a diferenciar los resultados al determinar cuándo se presentan mejores resultados y compara escenarios donde haya menos pacientes con baja probabilidad de cura y cuanto más grave resulte la enfermedad que padecen. De igual forma señala que, al tratarse de un padecimiento grave, el acuerdo de riesgo compartido le aporta mayor credibilidad, tanto a la casa farmacéutica como a la efectividad

¹¹⁸ Andrew Lilico *Risksharing pricing models in the distribution of pharmaceutical* (Disponible en http://www.europe-economics.com/publications/risk_sharing_al.pdf, 2003).

ofrecida.¹¹⁹

Con sus análisis, el autor también apunta algunos inconvenientes derivados de compartir el riesgo, toda vez que indica la existencia de la posibilidad que pacientes con baja o escasa probabilidad de cura, podrían quedar excluidos del contrato por incumplir ciertas condiciones de elegibilidad de la casa farmacéutica. En ese mismo sentido, señala que la monitorización del tratamiento así como la verificación de sus resultados deberían realizarlos un agente externo; por lo tanto, sus costes asociados podrían superar con creces las ganancias aportadas por el riesgo compartido.¹²⁰

El autor Andrew Lilico apunta que los medicamentos de uso común por parte de la Administración Pública, aportan un potencial menor para este tipo de contratos. A manera de conclusión, Lilico destaca la importancia de generar incentivos para los fabricantes, de manera que revelen la efectividad real de su medicamento, en los diferentes tipos de pacientes. Por último, considera necesario investigar y desarrollar tanto el diseño adecuado para este tipo de contratos, así como la identificación de aquellos medicamentos cuya dispensación bajo riesgo compartido proporcione mejores resultados para las partes.¹²¹

Por su parte, los autores Zaric y O'Brien (2005), proponen los contratos de riesgo compartido, como mecanismo para disminuir la asimetría informativa. De manera tal que estos autores desarrollan un modelo teórico, para así analizar el comportamiento de los agentes en la ejecución de un contrato de riesgo compartido. En realidad, el análisis se centra en la decisión óptima del fabricante, ante un contrato de riesgo

¹¹⁹ Andrew Lilico op. cit.

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ *Idem.*

compartido específico.¹²²

En su estudio los autores Zaric y O'Brien determinan que la propuesta óptima del fabricante, sobre el impacto presupuestario de su medicamento, varía en función de los valores del resto de parámetros del modelo. A lo anterior, sugieren que un modelo sencillo de riesgo compartido podría no resultar efectivo en todas las situaciones; pues podría ser utilizado por los fabricantes para presentar una relación coste-efectiva del medicamento más favorable para su aprobación. No obstante, si se aplican las condiciones contractuales adecuadas, un contrato de riesgo compartido podría proporcionar resultados favorables, sobre todo si se utiliza con medicamentos costosos, o bien, con gran potencial terapéutico alternativo. En suma, sugieren la conveniencia de un diseño específico de contrato, para cada caso concreto.¹²³

Tanto Lilico, como Zaric y O'Brien proponen vías de avance en la investigación, tales como considerar escenarios de modelos de contratos de riesgo compartido, en donde los fabricantes reducen la incertidumbre en virtud de resultados previos. Dichos autores apuntan que sus respectivos estudios, se presentan como primer paso hacia un modelo de teoría de los juegos, sobre el comportamiento de fabricantes y financiadores considerado de forma simultánea. Con todo, los análisis esbozados demuestran que, de un escenario de riesgo compartido pueden derivarse diferentes resultados; es más, en ocasiones muy distintos a los objetivos previstos por las partes.

¹²² Gregory S. Zaric y Bernie J. O'brien, *Analysis of a Pharmaceutical Risk Sharing Agreement Based on the Purchaser's Total Budget*, *Health Econ. Health Economics* 14, no. 8 (2005), doi:10.1002/hec.976.

¹²³ *Idem*.

Asimismo, los autores Zaric y Xie en su estudio, compararon dos modalidades diferentes de riesgo compartido, para así lograr determinar las condiciones que en ambas resultan preferidas por las partes, tanto por el comprador como por el fabricante del medicamento. Para ello, desarrollan dos modelos contractuales de riesgo compartido, durante dos periodos sucesivos cada uno.¹²⁴

Como se puede apreciar, uno de los contratos desarrollados se diseñó de forma tal que el coste del medicamento es asumido por el comprador, en el primer periodo. Sin embargo, en caso que en el primer período el beneficio monetario neto proporcionado al contratante resulte negativo, el segundo período se excluye la financiación. En el otro modelo de contrato, la casa farmacéutica aplica un descuento, o bien, paga una compensación en cada periodo en donde el beneficio monetario neto sea negativo.¹²⁵

De las conclusiones más importantes, en relación con el estudio anterior, se tiene que ninguno de los dos contratos evaluados será siempre preferido por ambas partes integrantes; es decir, por el comprador y la casa farmacéutica; pues ello depende de su aceptación, para cada caso concreto.¹²⁶

Además, con su análisis se logran establecer factores importantes, para determinar el desarrollo de un acuerdo de riesgo compartido; por ejemplo, la incertidumbre sobre los resultados terapéuticos del medicamento y los costes incrementales ajenos al propio fármaco, pero asociados a su

¹²⁴ Gregory S. Zaric and Bin Xie, *The Impact of Two Pharmaceutical Risk-Sharing Agreements on Pricing, Promotion, and Net Health Benefits*, *Value in Health* 12, no. 5 (2009), doi:10.1111/j.1524-4733.2009.00510.x.

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ *Idem.*

dispensación. Más aún, al parecer de los autores, resulta necesario considerar correctamente los elementos anteriores, para una mejor comprensión del impacto de un acuerdo de riesgo compartido.¹²⁷

Con respecto a la modalidad de descuento o compensación, los autores discuten la posibilidad de que el fabricante oferte un precio alto, como medida precautoria, en caso de que le sea necesario pagar el descuento y, por ende, deje al comprador sin beneficio alguno. Sin embargo, si bien lo consideran posible, su análisis demuestra que dicha manifestación carece de fundamento; pues no representa un comportamiento de buena fe por parte del fabricante.¹²⁸

Por último, en cuanto a este estudio, el modelo de exclusión puede implicar un incentivo para el fabricante, para así fijar un precio bajo y, posteriormente, aumentar la posibilidad de incluir su medicamento en el catálogo de bienes del comprador, lo cierto es que el estudio señala la posibilidad que resulte óptimo para el fabricante, fijar el precio lo más alto posible e ignorar el segundo período. Es más, el modelo identifica determinadas condiciones para las cuales resulta óptimo para el fabricante desconocer los períodos siguientes.¹²⁹

Los autores proponen diversas extensiones para el modelo y líneas para continuar la investigación. Su análisis se centra en dos formas de contrato que podrían ampliarse a otras diferentes como acuerdos de garantía o de precio-volumen ya utilizados en la práctica.

Un supuesto fundamental en su estudio es que la efectividad del

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ *Idem.*

medicamento se distribuye de la misma manera en ambos periodos. Sin embargo, la efectividad observada en el primer periodo podría aportar información sobre la efectividad del segundo periodo, así se reduce la incertidumbre al respecto. En ese sentido, diferentes distribuciones deberían ser observadas. Se asume que la única fuente de incertidumbre es la efectividad del medicamento. Como una simplificación del modelo, los autores suponen que la efectividad del medicamento es el único término estocástico. Sin embargo, es muy probable que surjan otros parámetros inciertos, tales como el volumen de ventas o los costes. Futuras investigaciones deberían incorporar estas fuentes adicionales de incertidumbre.

Como conclusión final, los autores determinan que ninguno de los dos contratos es siempre preferido al otro y, por tanto, los fabricantes y los financiadores deberían considerar cuidadosamente su propia situación individual antes de formalizar un contrato de este tipo.

Por su parte, el autor Pita Barros consideró que, debido a la reciente puesta en práctica de contratos de riesgo compartido, se debía desarrollar una modelación teórica, con el fin de valorar su comportamiento económico; pues era necesario ser cautelosos al momento de implementarla en los procedimientos de contratación administrativa.¹³⁰

De igual forma, el autor acotó que su aplicación debía ser limitada a casas farmacéuticas, con las siguientes características: 1.- Empresas con las cuales, la Administración Pública ya se hubiera relacionado, siempre y cuando se encontrara satisfecha con el resultado de la ejecución

¹³⁰ Pedro Pita Barros, "The Simple Economics of Risk-sharing Agreements between the NHS and the Pharmaceutical Industry," *Health Econ. Health Economics* 20, No. 4 (2011), doi:10.1002/hec.1603.

contractual; 2.- Empresas con un alto grado de confianza en su producto, de manera que se logre disminuir la incertidumbre terapéutica.¹³¹

Sin embargo, sin perjuicio de lo anterior, también consideró que el riesgo compartido podría servir como incentivo común, tanto de la industria farmacéutica como de la Administración Pública sanitaria, para así valorar adecuadamente los resultados terapéuticos de los nuevos medicamentos, de tal comportamiento se deriva una mayor racionalidad en su utilización.¹³²

A su vez, agrega que los primeros resultados del modelo presentan una mayor dispensación de tratamientos, acompañada de una mengua de los pagos del sistema e indeterminación en el comportamiento de los beneficios de la industria. Asimismo señala que, si bien pueden considerarse alentadores a primera vista, su validez se encuentra condicionada al estricto cumplimiento de una fuerte restricción del modelo, un sistema de precios fijos que se mantienen invariables al incorporarse un escenario de riesgo compartido.

Igualmente, Pita Barrios sostiene que, en la realidad, parece poco probable el cumplimiento de tales limitaciones, al considerar la capacidad de negociación de la industria y su interés por establecer precios diferentes para cada caso concreto. Para el autor, cabría la posibilidad de que los precios deban ajustarse al alza, para compensar el riesgo de terapias farmacéuticas ineficaces y, por ende, no remuneradas. Con ello, la capacidad de los fabricantes de ajustar los precios disminuye las ventajas potenciales del riesgo compartido.¹³³

¹³¹ Pedro Pita Barros. *Loc. Cit.*

¹³² *Idem.*

¹³³ *Idem.*

Asimismo, el incremento en la dispensación de tratamientos, incluso podría aumentar el coste total para la Administración Pública; pues se debe considerar los gastos –tanto directos como indirectos–, de proporcionar el medicamento a un mayor número de pacientes, aunque no se pague su precio en caso de fracaso terapéutico. Para remediar el problema, como posible solución, sugiere incorporar un monto adicional, para lograr la verificación de resultados, cargado al sistema de salud para resultar eficaz.

En consecuencia, manifiesta que la solución esbozada en el párrafo anterior, constituye un factor esencial para un efectivo desarrollo del modelo y la comprensión de los resultados. Entonces, con la incorporación de un coste adicional, para verificar la efectividad del medicamento, este no será prescrito tan ampliamente como en su ausencia. Por consecuencia, si la casa farmacéutica define, en forma correcta, los costes de verificación, así podría alcanzar una dispensación eficiente bajo un esquema de riesgo compartido. Por supuesto, cabe destacar que si los costes de verificación ofrecidos resultan excesivos, se podría disminuir la cantidad de pacientes tratados de forma considerable, esto podría derivar en un nivel de bienestar social menor, incluso más bajo que un sistema sin riesgo compartido.¹³⁴

En suma, siempre que los costes de verificación sean razonables, se otorgaría un aumento en el rango de pacientes tratados bajo un sistema de riesgo compartido, entonces, se satisfaría de una mejor manera el interés público. De lo contrario, si tales costes son excesivos, el sistema de riesgo compartido, según el modelo de Pita Barros, resultaría poco atractivo para la Administración Pública. Tanto es así que, sería un

¹³⁴ *Idem.*

sinsentido aplicar un acuerdo de riesgo compartido.

Para adoptar un sistema de riesgo compartido, se debe ser cauteloso, tanto la Administración Pública como la industria farmacéutica; pues solo bajo supuestos ciertamente restrictivos, como un sistema de precios fijos, consiguen mejorar el nivel de bienestar de la población. En otras circunstancias, los resultados pueden ser inciertos. No obstante, usado como herramienta de política sanitaria puede resultar útil, al permitir una dispensación eficiente del nuevo medicamento, siempre y cuando lleve asociados unos costes adecuados de verificación.

En resumen, los procedimientos de contratación administrativa, comúnmente utilizados por la Administración Pública, para la compra de medicamentos, presentan limitaciones instrumentales que no permiten una relación transparente de “ganar-ganar”, en la que se discuta las incertidumbres asociadas a toda innovación terapéutica.

Mientras que los contratos de riesgo compartido, para la compra de medicamentos, tiene como objetivo fundamental el modificar el sistema vigente de financiación de los medicamentos que paga un precio fijo por cada unidad vendida, por otro sistema de pago variable en virtud de los resultados terapéuticos.

Los contratos de riesgo compartido ofrecen un escenario que, si bien no es fácil de implementar, puede ayudar a que las incertidumbres asociadas a los productos innovadores para el tratamiento de enfermedades, sean compartidas por las partes involucradas.

CAPÍTULO III

Del abastecimiento de medicamentos de la Caja Costarricense de Seguro Social

En materia de contratación administrativa, el ordenamiento jurídico costarricense le permite a la Administración Pública definir tipos contractuales, los cuales contribuyan a satisfacer el interés general, toda vez que se respeten los procedimientos ordinarios dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa.

Sin embargo, tal y como se detallará de seguido, existe una interpretación restrictiva del principio de legalidad que no ha permitido un desarrollo práctico del tipo abierto de contrato de riesgo administrativo.

De hecho, en vez de utilizar la figura de tipo abierto, como lo es el contrato administrativo de riesgo compartido, la Administración Pública (entiéndase la Caja Costarricense de Seguro Social) ha optado por emplear una contratación directa por único oferente, aunque en el expediente administrativo no se acredita tal condición.

Por lo anterior, se desarrollará una serie de propuestas que, a criterio de la autora de este trabajo de investigación, deberán ser consideradas por la institución pública contratante, para promover y utilizar el contrato administrativo de riesgo compartido, en sus diferentes modalidades.

Sección A: del principio de legalidad en los contratos atípicos

Si bien las instituciones públicas, de acuerdo con el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, se encuentran facultadas para definir tipos contractuales que contribuyan a satisfacer el interés general, siempre y cuando respeten los procedimientos ordinarios dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa, lo cierto es que existe una indebida interpretación del principio de legalidad que ha impedido implementar, de manera efectiva, la figura del tipo abierto como lo es el contrato de riesgo compartido en el suministro de medicamentos.

Por lo tanto, se considera necesario determinar distintas formas de interpretación del ordenamiento jurídico vigente, las cuales permitan a la Administración Pública utilizar efectivamente el contrato de riesgo compartido en el suministro de medicamentos.

De conformidad con el artículo 11 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, las instituciones públicas actúan sometidas al ordenamiento jurídico; por lo que solo podrán ejecutar actos, o bien, prestar servicios dispuestos en el marco normativo. Por lo tanto, la Administración Pública se encuentra obligada a cumplir con los deberes impuestos por ley, además, no puede arrogarse facultades no concedidas en el ordenamiento legal.

De lo anterior, se desprende el principio de legalidad. Este refleja la existencia de una primacía de la Ley, como expresión jurídica del Sistema Democrático.¹³⁵ La sujeción de la Administración Pública a la Ley puede

¹³⁵ Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho* (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986) 89.

contener dos connotaciones, en efecto, históricamente dos han sido las fundamentales, a saber¹³⁶:

- **Vinculación positiva:** la norma se constituye en un fundamento para la actuación administrativa. En otras palabras, el marco jurídico se entiende como una base previa y necesaria, para el cumplimiento de una determinada acción por parte la Administración Pública.¹³⁷
- **Vinculación negativa:** en este caso, la norma funciona como límite de la actuación administrativa; es decir, la Administración Pública puede ejecutar cualquier acción, siempre y cuando no contradiga la normativa vigente ¹³⁸. Se entiende que todo lo que no está prohibido por la norma está permitido.

En suma, el contenido del principio remite al sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho y, además, a la necesidad de apoderamientos legales para la ejecución de actividades ablatorias.¹³⁹

Con todo, si bien existen dos concepciones del principio de legalidad, lo cierto es que, predominantemente, la Administración costarricense se maneja por el régimen de vinculación positiva; pues apoya y justifica sus actuaciones en una ley previa que la faculte para realizarlas. Lo anterior se refleja en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, donde se establece que *“La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar*

¹³⁶ Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1998) 88.

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ Santamaría Pastor *op. cit.* P. 89.

aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes”.

Al parecer, la tendencia a este modelo de sujeción a la Ley ha propiciado la no utilización de tipos abiertos, dispuestos en el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, como se estudiará más adelante.

Al respecto, la Sección II del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, entre otras, en su sentencia número 138 de las ocho horas con veinticinco minutos del veinticuatro de abril de dos mil nueve, consideró lo siguiente:

“VII- SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: (principio de juridicidad de la administración): *Implica que la Administración Pública no actúa cuando quiere, sino cuando exista un principio o norma escrita que así se lo permita. No es libre su actuación, debe de seguir un proceso ya preestablecido por el ordenamiento jurídico, autorizando con ello su actuar. La sujeción principal de la Administración, es que todo acto o comportamiento de la administración que afecte los derechos del particular debe estar autorizado por el ordenamiento jurídico. La administración puede y debe hacer sólo lo que legalmente le está establecido. Permisividad u autorización que tiene rango constitucional y legal conforme lo dispone el artículo 11 de la Carta Magna y desarrolla el mismo numeral de nuestra Ley General de la Administración Pública, por ello se dice que **lo que no está autorizado, está prohibido.** Como consecuencia de la sumisión de la Administración al ordenamiento jurídico, está la posibilidad de controlar su conducta, ello por parte del orbe jurisdiccional (Juez) en respeto y aplicación pura y simple también de la máxima*

constitucional del artículo 49, de manera que el rompimiento de este principio tiene como sanción la responsabilidad del Estado y sus funcionarios, dispuesta en el numeral 9 de nuestra Constitución Política. El bloque de legalidad está compuesto no solo por la ley, sino que en primer lugar por el bloque de Constitucionalidad, (derechos y principios constitucionales), además por todas las normas escritas (reglamentos, decretos, directrices y otros) y no escritas (costumbres o prácticas administrativas, jurisprudencia y principios del derecho que integran aquel ordenamiento). Este principio no puede ser obviado por la administración Pública, ya que una actuación realizada fuera del bloque de legalidad deviene de ilegal y nula, con las consecuencias naturales, procesales y legales de tal declaratoria”.

Por su parte, entre muchas otras la Sala Constitucional en su voto número 962 de las nueve horas cinco minutos del veintisiete de enero de dos mil doce, dispuso lo siguiente:

“El principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar sometidos a la ley, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico, es lo que se conoce como el principio de juridicidad de la Administración, sea que las instituciones públicas solo pueden actuar en la medida en la que se encuentre apoderadas para hacerlo por el mismo ordenamiento y normalmente a texto expreso, en consecuencia solo le es permitido lo que esté constitucionalmente y legalmente autorizado en forma expresa y todo lo que no les esté autorizado, les está vedado”.

Así las cosas, dado que el ordenamiento jurídico vigente, en materia de contratación administrativa permite regular un contrato irregular no

contenido en la Ley de Contratación Administrativa, la Administración Pública bien puede crear una norma reglamentaria que regule un modelo de contratación atípica.

De conformidad con lo anterior, a finales de 2016, el Poder Ejecutivo, mediante Decreto No. 39965-H-MP, decretó un "Reglamento para los Contratos de Colaboración Público Privada", en cuanto al tema que interesa se fundamenta en los artículos 55 de la Ley de Contratación Administrativa y 146 de su Reglamento, donde se regula un contrato irregular, a saber, los contratos de colaboración público privada.

Como se puede apreciar, de manera expresa, el Reglamento establece, en su considerando, lo siguiente:

"[...] el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa dispone que los tipos de contratación regulados por dicha ley no excluyen la posibilidad para la Administración de definir, vía reglamento, cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general. Asimismo, señala que los reglamentos que se emitan para tales efectos deberán ser consultados previamente a la Contraloría General de la República, a fin de que está presente las recomendaciones que estime procedentes, en relación con los aspectos de su competencia, sin que su pronunciamiento tenga carácter vinculante".

Al respecto, la Contraloría General de la República, en su oficio No. 08934 (DCA-1746) del 8 de julio de 2016, al atender la consulta relacionada con el referido Reglamento, expresamente se puntualizó la dificultad de la Administración Pública para aplicar formas contractuales novedosas

desarrolladas por el Derecho Privado en la contratación administrativa, al respetar, de manera irrestricta, el principio de legalidad en su vinculación positiva:

“Uno de los mayores retos a los que se enfrenta el operador jurídico en la materia de contratación pública, es el de abordar la dicotomía existente entre la aplicación del principio de legalidad como pilar del Derecho Administrativo, por un lado, y la dinámica de las relaciones contractuales privadas que se desarrolla en el Derecho Mercantil, por el otro”.

Cabe observar, sin discutir cuestiones de fondo, que el Poder Ejecutivo logró desarrollar una normativa para regular un contrato irregular, cuyo objetivo es involucrar a un sujeto privado en el financiamiento, desarrollo y explotación de la infraestructura pública.

En consecuencia, tanto la Caja Costarricense de Seguro Social, como el Instituto Nacional de Seguros, bien pueden definir –vía reglamento– un contrato de riesgo compartido, para la compra de medicamentos.

Si bien la Caja Costarricense de Seguro Social, como se verá de continuo, ha conseguido utilizar la figura del contrato de riesgo compartido, lo cierto es que lo ha hecho por medio de un inadecuado procedimiento de contratación administrativa.

Sección B: procedimiento de contratación administrativo habitual, para la compra de medicamentos

La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el artículo 2 de la sesión número 7586, celebrada el 4 de octubre de 2001, aprobó el "*Reglamento para compra de medicamentos, materias primas, envases y reactivos*", el cual rige de la compra de medicamentos de la Caja Costarricense de Seguro Social, en concordancia con los artículos 71 y 72 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.

De acuerdo con el artículo 19 de dicho cuerpo normativo, el procedimiento de compra se realizará con fundamento en el registro de medicamentos, materias primas, reactivos y empaques, las condiciones generales aprobadas por Junta Directiva y, además, los requerimientos técnicos y administrativos específicos de la compra.

El plazo para recibir ofertas será de un máximo de quince días hábiles. Las ofertas deben presentarse de acuerdo con lo que dispone cada uno de los carteles de compra. Las ofertas podrán presentar mejoras de precios, según lo establecido por el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y el cartel respectivo de compra.

Una vez cumplido dicho plazo y realizada la apertura de ofertas, se procederá con la valoración administrativa y financiera de las ofertas. El plazo para dictar el acto final de procedimiento no será mayor a dos meses, contados a partir de la apertura de ofertas, el cual puede prorrogarse por única vez y por un periodo igual de manera excepcional y justificada.

Según el artículo 20 del Reglamento para compra de medicamentos, materias primas, envases y reactivos, la contratación de medicamentos (de la lista oficial de medicamentos almacenables o la lista complementaria), materias primas, reactivos o empaques, cuyo aprovisionamiento sea urgente por razones de desabastecimiento, independientemente de las causas que lo originen, o bien, por resolución judicial que obligue a la institución a proveer un determinado producto, dentro de un plazo específico, se tramitarán bajo la modalidad de procedimiento de urgencia de conformidad con lo dispuesto en la Lista Oficial de Medicamentos (LOM), la política general de compra de medicamentos aprobada por Junta Directiva.

Cuando el desabastecimiento sea producto de una deficiente gestión administrativa, por falta o mala planificación u originadas en una ausencia de control de vencimientos de contratos suscritos a plazo, entre otros, se adoptarán las acciones correctivas y sancionadoras correspondientes contra los presuntos funcionarios responsables.

Cuando la compra urgente se trate de medicamentos fuera de la lista oficial, se realizará por las cantidades y los supuestos expresamente establecidos en la LOM.

En el trámite de urgencia de medicamentos, el encargado de compras gestionará de inmediato la compra sin ser necesario instrumentar el dictado de un acto administrativo, basta para el inicio de la compra la receta médica confeccionada por el médico prescriptor autorizada por el director o administrador del centro de salud, donde conste el tipo de medicamento.

La jefatura de guardia recomendará la oferta idónea, siempre tomará en consideración el cumplimiento de requerimientos técnicos, precio y tiempo de entrega. La elección de la oferta más conveniente podrá resolverse sin más trámite que la autoridad competente para adjudicar dentro de un plazo razonable.

De los antecedentes se remitirá copia al Director del Centro de Atención de Salud y al Comité Central de Farmacoterapia dentro del primer día hábil laboral posterior a la adjudicación realizada.

Sección C: utilización del contrato de riesgo compartido en su modalidad de acuerdo de garantía de resultados

En el 2013, por medio de su Dirección de Farmacoepidemiología, la Caja Costarricense del Seguro Social alcanzó un acuerdo de riesgo compartido con Roche para la compra de Tocilizumab. La contratación se celebró de acuerdo con los términos detallados en el oficio DFE-0765-06-13 de 14 de junio de 2013.

En el citado oficio, se puntualiza el alcance de lo convenido en su último párrafo. Según se indica ahí, “[...] se acordó que el costo de tratamiento anual para una persona de 70 kg. sería de \$9.400 y la empresa Roche aceptó un riesgo compartido en los pacientes con artritis reumatoide que tratados por primera vez con terapia biológica, en el entendido que si el paciente a los 6 meses de tratamiento no responde la Empresa Roche se compromete a reintegrar el costo de dicho tratamiento a la Institución. Las necesidades de este medicamento aún no se tienen definidas pues dependerá de las nuevas solicitudes de terapia biológicas autorizadas por el Comité Central de Farmacoterapia para los pacientes con artritis

reumatoide refractaria".

Destacan en el citado acuerdo, las siguientes estipulaciones:

- Definición de un costo fijo del tratamiento anual;
- obligación de la empresa de reintegrar el precio pagado, en caso de que el paciente no responda al tratamiento en seis meses.

Como salta a la vista, por parte de la CCSS existe incertidumbre en relación con las necesidades del producto; pues se trata de un tratamiento en ese momento innovador y en virtud del cual no se contaba con registros del número de terapias requeridas.

Por otra parte, tales terapias quedan sujetas a la previa aprobación del Comité de Farmacoterapia, el cual evaluará cada caso en concreto.

Dicho esto, el acuerdo alcanzado por la CCSS y Roche para la adquisición de Tocilizumab, puede catalogarse como parte de la modalidad de contrato de riesgo compartido denominado "[...] *no cura, no se paga*", en el tanto la retribución del fabricante queda sujeta a la consecución de un objetivo de cura o al menos de alivio de la enfermedad.

Todo indica que el acuerdo obedece a las incertidumbres propias de medicamentos de nueva generación, como es el caso de los medicamentos biológicos. Nótese que ante esa incertidumbre, la Institución opta por asegurarse un precio tope por tratamiento anual.

Además, el ingreso de nuevos pacientes como receptores del medicamento queda sujeto a la aprobación del Comité Central de Farmacoterapia y, se insiste, se establece la obligación del proveedor de devolver el monto del precio pagado, en caso de que el medicamento no le cause beneficios al paciente en un plazo previamente definido.

De este modo, si bien se está frente a un contrato de suministro, lo cierto es que se trata de una modalidad atípica; pues existe un reparto de riesgos entre la Institución y el fabricante, circunstancia que bien puede conducir, como se ha dicho, a que se revierta el pago y sea entonces exigible el reintegro.

Por lo tanto, en el caso costarricense, sí existen cuanto menos tres antecedentes en la implementación de un contrato de riesgo compartido en el suministro de medicamentos. Según como sigue:

C.1.- DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA No. 2014CD-000174-51

La contratación directa de referencia fue promovida, bajo el modelo de riesgo compartido. En el oficio No. APBS-2975-2014 del 10 de junio de 2014 se señala lo que, de seguido, se detalla:

“[...] estas compras son un tanto diferentes a las típicas [...] el cual fue negociado por el Comité Central de Farmoterapia directamente con el oferente Roche S.A., por lo que debe comprársele a esta empresa.”

[...]

- *Incluir la leyenda del Riesgo compartido acordado en sesión 2013-16, CCF 5870-12- 13, del 12 de diciembre de 2013, que dice*
 - *La institución comprará de forma centralizada la cantidad de tratamiento necesario para abastecer a los pacientes por 12 meses (según proyecciones de la CCSS).*
 - *Después de 6 meses, los Servicios de Reumatología informarán la cantidad de pacientes que no respondieron al tratamiento, así como los viales de tocilizumab que esto representa.*
 - *De esta forma, en la próxima compra de producto que haga la institución, Roche se compromete a descontar del monto total el costo de esos viales consumidos por los pacientes que no*

respondieron en los 6 meses acordados."

Como se puede observar, surge un reparto de riesgos entre la Caja Costarricense de Seguro Social y Roche Servicios S.A., donde la casa farmacéutica se compromete a descontar del monto total el costo de esos viales consumidos por los pacientes que no respondan en los seis meses acordados.

Además, visible en folio cuatro del expediente administrativo de la contratación directa, se indica que la Caja decidió *"Adquirir directamente a la Empresa Roche S.A. debido a que la negociación de Farmacoepidemiología y avalado por CCF del riesgo compartido es con esta empresa, además por ser la primera contratación de este tipo"*.

En folio 18 del expediente administrativo de la contratación directa, en carta extendida por el Gerente General de Roche Servicios S.A., de manera expresa se indica que *"Roche se compromete a descontar del monto total el costo de esos viales consumidos por los pacientes que no respondientes en los 6 meses acordados"*.

En el mismo sentido, en el oficio No. APBS-4712-2013 del 05 de noviembre de 2013 se dispone que: *"[...] la Gerencia de Logística que considera la opción de abrir una línea de crédito a 6 meses, con el laboratorio fabricante, de modo que se pague únicamente por los pacientes que respondan, o que se dé un crédito aplicable a la compra de otros medicamentos del mismo laboratorio fabricante, ya que resulta más conveniente para la Institución que recibir más cantidad de Tocilizumab"*.

En este caso, la Administración no pretende que se le devuelva el monto pagado en pacientes que no respondan al tratamiento, sino considera

más conveniente obtener más cantidad del medicamento, sin que se le cobre por ello.

C.2.- DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA No. 2015CD-000152-51

El oficio No. AGM-2503-2015 del 13 de abril de 2015: *“Además es importante indicar que anteriormente se ha comprado este medicamento utilizando la negociación del Riesgo compartido, el cual en la orden de compra originada al efecto indica en el sustento que la ampara “[...]Aplicación del artículo 127 y 131 inciso a), del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa”, por lo que se presume que la aplicación sería de la misma manera anterior, toda vez que no se ha cambiado nada en la información que se les incluyó ni respecto a la compra anterior”.*

Como se observa, la Caja Costarricense de Seguridad Social se fundamenta en el artículo 139 inciso a) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, para iniciar dos procedimientos de contratación directa, donde alega la existencia de un único oferente.

La potestad para contratar por razones de oferente único opera cuando se ha acreditado: *“[...] que la opción propuesta es la única apropiada y no sólo la más conveniente”;* entre otras causales previstas por el artículo 139 inciso a) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

A mayor abundamiento, en lo que interesa, el artículo 139 inciso a) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece de manera expresa lo que de seguido se transcribe:

“Objetos de naturaleza o circunstancia concurrente incompatibles con el concurso. La Administración, podrá contratar de forma directa

los siguientes bienes o servicios que, por su naturaleza o circunstancias concurrentes, no puede o no conviene adquirirse por medio de un concurso, así como los que habilite la Contraloría General de la República:

a) Oferente único: Los bienes o servicios en los que se acredite que solamente una persona o empresa está en condiciones de suministrar o brindar, sin que existan en el mercado alternativas que puedan considerarse idóneas para satisfacer la necesidad institucional. La procedencia de este supuesto ha de determinarse con apego a parámetros objetivos en relación con la necesidad, acreditando que la opción propuesta es la única apropiada y no sólo la más conveniente.

[...]

En los casos de contrataciones sujetas a prórrogas, de previo a convenir una de ellas, la Administración se encuentra obligada a estudiar el mercado para determinar si han surgido nuevas opciones idóneas, en cuyo caso han de adoptarse las medidas oportunas tendientes a iniciar el procedimiento concursal que corresponda.

[...]"

En otras palabras, de acuerdo con la CCSS existe un único oferente, para ese caso concreto, el cual pueda satisfacer las necesidades de los pacientes y el interés institucional.

Sin embargo, en el expediente administrativo de las contrataciones directas, no se logra apreciar un estudio detallado que permita determinar la existencia de un único oferente.

De hecho, en la resolución de inicio, de manera expresa se indicó que *“estas compras son un tanto diferentes a las típicas [...] fue negociado por el Comité Central de Farmoterapia directamente con el oferente Roche S.A., por lo que debe comprarse a esta empresa”*.

Así las cosas, al parecer la motivación de la CCSS se basa en indicar que se trata de un único oferente y, por ello, se negoció directamente con una determinada empresa; sin que exista una justificación detallada, donde se logre determinar que, en efecto, solo Roche Servicios S.A. puede proveer a la Administración.

De hecho, en folio 073 del expediente administrativo de la contratación directa No. 2015CD-000152-01, el Área de Adquisición de Bienes y Servicios de la Caja Costarricense de Seguro Social, expresamente, señaló lo siguiente:

“En relación a su oficio AGM.2503-2015 recibido el 13 de abril del años en curso y con el fin de dar inicio a la confección de la Decisión Inicial para la contratación mencionada [...]), le indicamos que la administración no presume los elementos fácticos que son base para la aplicación de una excepción a la Ley como lo indica el artículo 131 inciso a) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Por lo expuesto se hace necesario cuando se prorroga o se realiza una nueva contratación, se verifique que permanece la causa de excepción sea en este caso la condición de exclusividad. Razón por la cual se solicita gestionar nuevamente la constancia que acredita la exclusividad que nos ocupa”.

En consecuencia, no se aportaron elementos probatorios ni se logró justificar con criterio técnico y no de conveniencia, que los procedimientos de contratación directa, se enmarque dentro del supuesto de un oferente único.

En ese sentido, no se evidencia que la Administración haya efectuado un estudio de mercado, en donde se concluya que la única opción es la empresa contratista. Tampoco se aprecia que exista una imposibilidad técnica que limite considerar opciones de otros oferentes, como tampoco queda acreditada la unicidad del oferente seleccionado como el único posible de atender las necesidades de la Administración.

C.3.- De la contratación directa No. 2016CD-000022-5101

El procedimiento de contratación directiva promovido en el 2016, al igual que las dos anteriores, se desarrolló bajo la modalidad de oferente único, se aducía que se debía adquirir directamente con la empresa Roche Servicios S.A.; pues con ella se había dado la negociación de Farmacoepidemiología.

No obstante, mal hace la CCSS al invocar la existencia de un único oferente, para luego indicar que fue con Roche Servicios S.A. con quien se dio la negociación inicial y, por ende, solo se podía contratar con ella.

De nuevo, la contratación directa de 2016 peca por no incluir suficientes estudios técnicos y de mercado, los cuales permitieran concluir la existencia de un único oferente.

En ese sentido, si la CCSS hubiera demostrado, de manera fehaciente, la existencia de un único proveedor, bien podría seguir utilizando la figura del

contrato de riesgo compartido, sin que sus actuaciones se vean afectadas por una posible gestión de nulidad.

De hecho, le sería mucho más fácil regular el contrato administrativo de riesgo compartido, para luego aplicar la figura, sin que le sea necesario buscar una "excusa" para aplicarlo.

Sección D: posibilidades de utilización de este tipo de relación en las compras públicas de medicamentos

Sin perjuicio de lo anterior, en realidad, siempre y cuando exista un estudio donde se acredite que solamente una empresa está en condiciones de suministrar un determinado medicamento, sin que exista alternativa alguna en el mercado que pueda considerarse idónea para satisfacer la necesidad institucional, la Administración Pública bien podría negociar las condiciones de la contratación administrativa con el único oferente, de manera que se logre distribuir los riesgos del contrato y así se pueda reducir las incertidumbres relacionadas con los resultados del medicamento.

Si bien en el fondo las contrataciones directas promovidas por la CCSS aplican la figura del riesgo compartido; lo cierto es que en la forma (entiéndase procedimiento administrativo), la modalidad de oferente único no fue correctamente justificado y, por ende, se expone a una posible nulidad.

Entendido lo anterior, tal y como se adelantó, la Administración Pública bien podría promover un reglamento, con fundamento en el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa y 146 de su Reglamento, para regular la figura del contrato de riesgo compartido.

Cabe indicar que el alcance funcional del riesgo compartido se debe limitar a determinadas circunstancias y condiciones, con el fin de evitar en todo caso su aplicación generalizada.

Para desarrollar un marco normativo competente y adecuado, en relación con el contrato de riesgo compartido, surgen ciertas consideraciones de peso, las cuales asisten y, de alguna forma, guían la formación de un cuerpo regulatorio respetuoso del ordenamiento jurídico en materia de contratación administrativa.

En consecuencia, se pretende efectuar una breve referencia de los elementos fundamentales, los cuales debe contener un marco medular regulatorio del contrato de riesgo compartido.

En primer lugar, cabe indicar que en el caso de este trabajo de investigación, será el Poder Ejecutivo quien deberá emitir la reglamentación; es decir, la Presidencia de la República con el Ministerio de Salud.

A mayor abundamiento, por disposición de los artículos 55 de la Ley de Contratación Administrativa y 146 de su Reglamento, el Poder Ejecutivo deberá elaborar un proyecto de Reglamento, cuyo contenido tienda a regular el contrato atípico de riesgo compartido.

Una vez elaborado el proyecto, se remitirá a la Contraloría General de la República, en carácter de consulta, para que esta emita las recomendaciones que estime pertinentes.

En ese sentido, en la regulación propuesta resulta de vital importancia implementar, los principios fundamentales en materia de contratación administrativa, contenidos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

De igual forma, en cuanto a la cobertura del tipo contractual, por razones obvias, el Reglamento podrá ser utilizado en las compras públicas de medicamentos, promovidas por el Ministerio de Salud, la Caja Costarricense de Seguro Social y el Instituto Nacional de Seguros.

Además, el Reglamento deberá contener un artículo que establezca, expresamente, la definición y el objeto del contrato de riesgo compartido. Para ilustrar lo anterior, podría redactarse de la siguiente manera:

“Los contratos de riesgo compartido en la compra de medicamentos implican que, la incertidumbre terapéutica de un producto farmacéutico será compartido por la Administración Pública contratante y la casa farmacéutica, esta última deberá devolver al pagador una cantidad si el medicamento no alcanza los resultados esperados y pactados, o bien, no recibir el pago si el medicamento no funciona,

El contrato de riesgo compartido tiene como objetivo garantizar, tanto a la Administración como al paciente, una percepción de calidad y de confianza en el producto, de manera que se logre reducir la incertidumbre que caracteriza la compra de medicamentos innovadores”.

Igualmente, es oportuno agregar en el Reglamento una disposición donde se establezca que la Administración Pública deberá predefinir, en el cartel respectivo, los resultados aceptables, al considerar la cantidad de pacientes que recibirán el medicamento, de acuerdo con la información suministrada por el centro hospitalario.

Es más, en el cuerpo reglamentario resulta esencial adicionar que los médicos encargados, previamente definidos en el pliego de condiciones, deberán emitir un informe individualizado, de manera periódica, sobre la evolución de los pacientes con el medicamento suministrado.

En consecuencia, dicho informe deberá incluir todos los pacientes, tanto los que hayan respondido como los que hayan tenido fallas terapéuticas y, también, a quienes se les haya sido suspendido el tratamiento por algún motivo, siempre y cuando se detalle. Más aún, en el cartel se deberá definir el seguimiento periódico que deberá darse a los pacientes, para así determinar la efectividad del medicamento en el tiempo pactado.

También, se considera pertinente que en el Reglamento se establezca que, en el cartel se definirán las condiciones con las cuales debe cumplir el paciente, para ser candidato al tratamiento con terapia biológica.

Los elementos esenciales del contrato administrativo de riesgo compartido, entendidos como el plazo, la retribución económica, las obligaciones de las partes, entre otros, se definirán en el cartel y el contrato, en función del modelo de negocio que se prevea.

Aunado a lo anterior, cabe indicar que, como se indicó supra, el contrato administrativo de riesgo compartido se debe limitar a determinadas

circunstancias y condiciones, con el fin de evitar su aplicación generalizada.

En otras palabras, la utilización del contrato de riesgo compartido deberá ser valorada de manera casuística y no en todos los casos, pues la verificación de resultados puede resultar compleja.

En tal sentido, el Reglamento también podría contener la tipología de contratos de riesgo compartido, entendidos como *numerus apertus*, toda vez que no se limita a los simples acuerdos de precio y volumen, sino que incluye sistemas complejos basados en la efectividad y la garantía en resultados.

Dicho de otra forma, se podrían establecer los siguientes lineamientos, para guiar la actuación de la Administración Pública, de manera que aplique el tipo de contrato riesgo compartido que mejor le convenga y, además, mejor satisfaga el interés público:

“Precio-volumen: la utilización de este modelo implica, ya sea una mera fijación de un volumen de unidades consumidas por encima del cual el precio varía globalmente (precio unitario), o bien, hasta compromisos de topes anuales de prescripciones a un paciente, pasando por escalas de modificación del precio sobre la base de volúmenes diferenciales o escalados en función de dosis medias diarias.

Modificación del precio en función de la utilización: su aplicación implica la promoción del uso adecuado de los medicamentos, por parte de la casa farmacéutica, el cumplimiento de las medidas

farmacológicas y no farmacológicas y, también, la garantía del seguimiento sanitario, de manera que el acuerdo incluya la introducción de un programa e incluso elementos clínicos, para una utilización adecuada del producto.

Acuerdos de garantía de resultados: modelo en el cual el pago está condicionado a la obtención de un resultado predeterminado por las partes, con el objetivo de reducir las incertidumbres relacionadas con los resultados sanitarios".

Asimismo, de manera expresa, se deberá indicar que en caso de omisión de la normativa reglamentaria, el oferente debe someterse a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa, el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y las Leyes conexas.

Las breves referencias anteriores, resultan útiles y ventajosas por cuanto permiten establecer una serie de pautas y objetivos a seguir, con el fin de garantizar la aplicación real del contrato de riesgo compartido.

CONCLUSIONES

Los mecanismos actuales de decisión para comprar medicamentos presentan limitaciones instrumentales, las cuales no permiten una relación transparente, en donde se discutan incertidumbres asociadas a toda innovación terapéutica.

Una de las fórmulas innovadoras que se proponen para comprar los medicamentos son los contratos de riesgo compartido, entendidos como cualquier tipo de acuerdo que distribuye los riesgos asociados a los resultados de una relación entre las partes implicadas, de tal forma que ante las incertidumbres derivadas de una relación, el que paga y el que cobra comparten beneficios y riesgos.

Para ello, como remedio, el ordenamiento jurídico costarricense permite a la Administración Pública regular, mediante la emisión de reglamentos, formas contractuales atípicas, para satisfacer el interés general, en estricto apego a los procedimientos ordinarios fijados en la Ley de Contratación Administrativa, donde se permita negociar las incertidumbres terapéuticas del medicamento por comprar.

Es así como la Administración, en aras de atender el interés general, puede desarrollar otras formas contractuales novedosas, siempre y cuando atienda plenamente las reglas procedimentales y los principios constitucionales y legales de la contratación administrativa.

De conformidad con el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política, el Poder Ejecutivo se encuentra habilitado para dictar un decreto

reglamentario, con la finalidad de propiciar la efectiva ejecución de los artículos 55 de la Ley de Contratación Administrativa y 146 de su Reglamento, con el fin de prever mecanismos innominados de contratación administrativa que se ajusten a las necesidades concretas, para así satisfacer el interés general.

Sin embargo, ante la falta de regulación específica relativa al contrato de riesgo compartido para el suministro de medicamentos, la Administración Pública costarricense ha sostenido una interpretación limitante, la cual ha impedido la puesta en práctica de la figura, pese a que el marco normativo general lo permite.

En consecuencia, la Administración Pública limita sus actuaciones por acoplarse a una vinculación positiva del principio de legalidad, de manera que, a pesar de que existe normativa habilitante para regular un contrato irregular, como lo es el contrato de riesgo compartido, ha decidido utilizarlo alegando una presunta existencia de “único oferente”.

En todo caso, si la CCSS hubiera demostrado, con estudios técnicos y de mercado la existencia de un único proveedor, bien podría seguir utilizando la figura del contrato de riesgo compartido, sin que sus actuaciones sean objeto de posibles nulidades.

Independientemente de lo anterior, la Administración Pública se encuentra facultada para establecer un régimen regulatorio, el cual permita la utilización de la figura del contrato de riesgo compartido, donde se establezca cómo y en qué circunstancias podrá ser aplicado.

Recuérdese que el contrato de riesgo compartido no puede ser aplicado

de manera genérica, sino que debe ser limitado a determinadas circunstancias y condiciones, con el fin de evitar en todo caso su aplicación generalizada.

Los contratos de riesgo compartido ofrecen un escenario que, si bien no es fácil de implementar, puede ayudar a que las incertidumbres asociadas a los productos innovadores, para el tratamiento de enfermedades, sean compartidas por las partes involucradas.

Los procedimientos de contratación administrativa, comúnmente utilizados por Administración Pública para la compra de medicamentos, presentan limitaciones instrumentales que no permiten una relación transparente de “ganar-ganar”, en donde se discuta las incertidumbres asociadas a toda innovación terapéutica.

Mientras que los contratos de riesgo compartido, para la compra de medicamentos, tiene como objetivo fundamental la modificación del sistema vigente de financiamiento de los medicamentos que paga un precio fijo por cada unidad vendida, por otro sistema de pago variable en función de los resultados terapéuticos.

Bibliografía

Normativa

1. Constitución Política de Costa Rica.
2. Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.
3. Reforma Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social.
4. Reglamento para la Compra de Medicamentos y Materias Primas, Envases y Reactivos.
5. Ley General de Salud.
6. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
7. Ley General de la Administración Pública.
8. Ley de Contratación Administrativa.
9. Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.
10. Reglamento para la autorización para la importación y adquisición de medicamentos no registrados.
11. Lineamientos Generales y Específicos para el Abastecimiento de Medicamentos, Insumos Médicos y Producción Industrial de Bienes y Servicios de la CCSS.
12. "Ley de Bases y Garantías," Sistema Costarricense de Información Jurídica, accedida el 5 de marzo de 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=59660&nValor3=66659&strTipM=TC.
13. "Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Costa Rica." Sistema Costarricense de Información Jurídica, accedida el 5 de marzo de 2017, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=59660&nValor3=66659&strTipM=TC.

[to_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=59661&nValor3=66706&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=59661&nValor3=66706&strTipM=TC).

14. "Constitución Política del 10 de febrero de 1847." Sistema Costarricense de Información Jurídica, accedida el 5 de marzo de 2017.

15. "Constitución de la República (Constitución Reformada) del 30 de noviembre de 1848." Sistema Costarricense de Información Jurídica. Accedida el 5 de marzo de 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=23394&nValor3=66939&strTipM=TC.

16. "Constitución Política del 27 de diciembre de 1858." Sistema Costarricense de Información Jurídica. Accedida el 5 de marzo de 2017. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=59771&nValor3=66940&strTipM=TC.

Libros

1. Arizti Bayón, Ignacio. *Contratos de riesgo compartido en el mercado farmacéutico*. Logroño: Universidad de La Rioja, 2011.
2. Boquera Oliver, J. *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1996.
3. Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
4. García de Enterría, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986.

5. García de Enterría, Eduardo and Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1984.
6. Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998.
7. Franco Gutiérrez, Omar. *La Contratación Administrativa*. Santa Fe, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
8. Jinesta Lobo, Ernesto. *Contratación Administrativa Tomo IV Tratado de Derecho Administrativo*. San José, Costa Rica: Ediciones Guayacán, 2010.
9. Ortiz Ortiz, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo: Tomo III*. San José, Costa Rica: Stradtman Editorial, 2002.
10. Peces-Barba, Gregorio. *Temas Clave de la Constitución Española: Los Valores Superiores*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1986.
11. Preker, Alexander and Carrin, Guy. *Health Financing for Poor People: Resource Mobilization and Risk Sharing*. Washington DC: The International Bank for Reconstruction and Development, 2004.
12. Reepmeyer, Gerrit. *Risk-sharing in the Pharmaceutical Industry: The Case of Out-licensing*. New York: Physica – Verlag, 2006.
13. Romero Pérez, J. *Derecho Administrativo Especial: Contratación Administrativa*. San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2002.
14. Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1998.
15. Stober, Rolf. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992.

Artículos

1. Barros, Pedro Pita. "The Simple Economics of Risk-sharing Agreements between the NHS and the Pharmaceutical Industry." *Health Econ. Health Economics* 20, no. 4 (2011): 461-70. doi:10.1002/hec.1603
2. Espín Balbino, Jaime. La financiación de medicamentos basada en resultados: los contratos de riesgo compartido. *Salud* 2000 127 (junio 2010): 7-10.
3. Puig-Junoy, Jaume. *Los medicamentos genéricos pagan el precio de ser referencia*. *Revista de Administración Sanitaria* 2 (2004): 35-59.
4. Puig-Junoy Jaume. *La financiación y la regulación del precio de los medicamentos en el Sistema Nacional de Salud: cambios y continuidad*. *Gaceta Sanitaria* 21 (2007): 1-4.
5. Puig-Junoy Jaume and Meneu Ricard. *Aplicación de los contratos de riesgo compartido a la financiación de nuevos medicamentos*. *Gestión Clínica y Sanitaria* 7 (2005): 88-94.

Artículos en Internet

1. Antonanzas, Fernando, Carmelo Juárez-Castello, and Roberto Rodríguez-Ibeas. "Should Health Authorities Offer Risk-sharing Contracts to Pharmaceutical Firms? A Theoretical Approach." *Health Economics, Policy and Law* 6, no. 03 (2011): 391-403. doi:10.1017/s1744133111000016.
2. Capri, Stefano and Levaggi, Rosella. "Shifting the Risk in Pricing and Reimbursement Schemes? A Model of Risk-Sharing Agreements for Innovative Drugs." *SSRN Electronic Journal*, May 2, 2011.

doi:10.2139/ssrn.1851487

3. Segú Tolsa, José Luis. "Nuevos medicamentos y nuevas formas de financiación: contratos de riesgo compartido. La evaluación económica en Farmacogenómica Oncológica y Hematológica". Instituto Roche. Disponible en: http://www.institutoroche.es/web/pdf/2009/farmacoroche/FarmacoRoche_10.pdf, 2010.
4. Schoonveld, Ed and Kloss, Stefan. "Unpacking Risk Sharing and Alternative Pricing Schemes." *Pharmaceutical Commerce*, January 2010. <http://pharmaceuticalcommerce.com/business-and-finance/unpacking-risk-sharing-and-alternative-pricing-schemes/>.
5. Zaric, Gregory S., and Bernie J. O'brien. "Analysis of a Pharmaceutical Risk Sharing Agreement Based on the Purchaser's Total Budget." *Health Econ. Health Economics* 14, no. 8 (2005): 793-803. doi:10.1002/hec.976.
6. Zaric, Gregory S., and Bin Xie. "The Impact of Two Pharmaceutical Risk-Sharing Agreements on Pricing, Promotion, and Net Health Benefits." *Value in Health* 12, no. 5 (2009): 838-45. doi:10.1111/j.1524-4733.2009.00510.x.

Páginas en Internet

1. "Diccionario de cáncer." Instituto Nacional de Cáncer. Accedido el día 25 de febrero de 2017. <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario?cdrid=674709>.
2. "Enfermedad de Gaucher". MedlinePlus en español. Accedido el día 25 de febrero de 2017. <https://medlineplus.gov/spanish/gaucherdisease.html>.

3. "Hiperplasia prostática benigna," 218 / Enfermedades Prostáticas, accedida el día 25 de febrero de 2017, <http://manualmerck.tripod.com/MMCap218.htm>.
4. "Esquizofrenia refractaria" 193 / Esquizofrenia y trastornos asociados, accedido el día 25 de febrero de 2017, <http://manualmerck.tripod.com/MMCap193.htm>.

Resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

1. Resolución No. 998-98 de las once horas con treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.
2. Resolución No. 962-11 de las nueve horas cinco minutos del veintisiete de enero de dos mil doce.
3. Resolución No. 18472-06 de las diez horas con cincuenta y tres minutos del veintidós de diciembre de dos mil seis.

Resoluciones de la Contraloría General de la República

1. Oficio 0476 (DGCA-66-97) del 15 de enero de 1997
2. Oficio 05192 (DJ-2151-2010) del 2 de junio de 2010.
3. R-DCA-053-2011 de las doce horas del treinta y uno de enero de dos mil once.
4. Oficio 00647 (DCA-0132) del 16 de enero de 2015.